

MÁRIO LUIZ RAMIDOFF

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE:

POR UMA PROPEDÊUTICA JURÍDICO-PROTETIVA TRANSDISCIPLINAR

Tese apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como exigência parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Prof^o. Dr. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS

Orientador

Curitiba (PR)

2007

TERMO DE APROVAÇÃO

A Tese DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: POR UMA PROPEDEÚTICA JURÍDICO-PROTETIVA TRANSDISCIPLINAR, elaborada

POR

MÁRIO LUIZ RAMIDOFF

foi julgada adequada, por todos os membros da Comissão Examinadora, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, uma vez que aprovada, em sua forma final.

Curitiba (PR), 09 de julho de 2007 (segunda-feira).

Orientador: Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Professor Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Professor Doutor Juarez Tavares
Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ

Professor Doutor Carlos María Carcova
Universidade de Buenos Aires – UBA

Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa
Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente ao Orientador Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos pela absoluta confiança depositada, pelos ensinamentos, pelas correções, pelas pistas, e, acima de tudo, pela (con)vivência pessoal e acadêmica respeitosa e responsável, permitindo-me ampla autonomia e liberdade na elaboração da pesquisa.

Aos Coordenadores Aldacy Rachid Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Erouths Cortiano em cujas pessoas, também, agradeço a todos os Professores, Servidores – em especial à Laura da Silva e à Sandra Mara Pinheiro Maciel – e Acadêmicos do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná.

Ao Professor Doutor Carlos Maria Cárcova da Universidade de Buenos Aires pelo intercâmbio de idéias fundantes. Aos membros do Núcleo de Direito e Psicanálise, do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná e integrantes dos Encontros Treze Luas.

Ao Ministério Público do Estado do Paraná que sem sombra de dúvidas, na área da infância e da juventude, histórica e culturalmente sempre esteve na vanguarda das conquistas humanitárias em prol da criança e do adolescente – senão, também, aqui, pelo apoio incontestável. À Jussara e ao pessoal da biblioteca do Ministério Público do Estado do Paraná, pelo carinho, compreensão e inúmeras contribuições nessas idas e vindas referenciais.

Às Faculdades Integradas Curitiba, atualmente, Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba, cuja tradição acadêmica – a mais de 57 anos – enquanto Instituição de Ensino Superior, também, permitiu a construção de outras tradições, inscrevendo, assim, no cotidiano social e político do Estado do Paraná, conquistas civilizatórias e humanitárias afetas a infância e juventude.

Aos Professores do Instituto Paranaense de Estudos Criminais – IPEC, na pessoa do seu idealizador Eduardo Sanz de Oliveira e Silva pela fraternidade das discussões, coragem e dedicação ao tratamento de questões penais vinculadas ao cotidiano social e político nacional, as quais têm propiciado importantes contribuições para o desenvolvimento humanitário.

Aos Professores, Servidores e Acadêmicos das Faculdades Integradas Curitiba, atualmente, Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba, nas pessoas dos

Professores Ana Cristina de Souza Luz (pelas “conversas legais”), Bortolo Valle (pela bibliografia “silenciosa” em Wittgenstein), Carlos Alberto Peixoto Baptista (laços de união Brasil-Portugal), Clayton Reis (profundo sentimento de respeito e intuição), Guilherme Germano Télles Bauer (pelas “fustigações sociológicas”), Marta Marília Tonin (conquistas junto ao Conanda), Renata Maria Santos Ferreira (pelas traduções e linguagens), Sérgio Luiz Lacerda (pelas “fustigações político-econômicas”), Roberto di Benedetto (pelas diuturnas “fustigações acadêmicas”), Waldir Grisard Filho (pelas “provocações compartilhadas”).

Aos amigos de trajetórias Alexandre Morais da Rosa e André Luís Souza Costa (membros do núcleo irreduzível); aos amigos das jornadas paranaenses Edward Rocha de Carvalho, Eloete Camilli, Gilson Bonato, Horácio Nelson de Miranda Coutinho, Lijeane Cristina Pereira dos Santos e o mineiríssimo Túlio Viana; e aos novos parceiros acadêmicos do Núcleo Crítico de Criminologia – antigo Partido Acadêmico Noam Chomsky – são eles: Alaor Carlos Lopes Leite, André Szezs, Chrysantho Sholl Figueiredo, Cristiano Knapp, Felipe Augusto Vicari de Carli, João Carlos Ferreira da Rosa, Lidiane Mühlstedt e Luiz Henrique Merlin.

Aos membros da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude – ABMP, na pessoa de sua presidente a Promotora de Justiça Laila Shukair. Aos membros do Fórum Nacional de Saúde Mental Infanto-Juvenil, na pessoa da Juíza de Direito e Professora Doutora Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima.

Às matriarcas “Dona Marlene” e “Dona Irene”, aos meus irmãos Cláudio José, Sérgio Ricardo e Ana Carolina, e, aos meus filhos Luísa, Henrique e Guilherme que suportaram a minha ausência tanto quanto a minha presença.

In memoriam do meu pai Cláudio Iporan Ramidoff.

Agradecimentos a todos aqueles que de uma maneira ou de outra, direta ou indiretamente contribuíram para a confecção, discussões, mutações, inclusões e expurgos deste trabalho de pesquisa.

Para “minha” Regina.

A ilha tem trilhas
Como têm trilhas todas as ilhas
A ilha não tem só uma lua
Mas, muito mais do que uma, talvez, trezeluas
Porque a lua é mais lua quando for trezeluas
É que trezeluas não é só uma lua, mas lua, lua, lua...
Assim como Zezé nunca foi só uma
Mas, Maria e José, para sempre, trezeluas...

SUMÁRIO

Título	i
Termo de Aprovação	ii
Agradecimentos	iii
Dedicatórias	v
Sumário	vii
Apresentação	xi
Resumo	xiv
Abstract	xv
Resumen	xvi
Introdução	1
Parte I – Deontologia Jurídico-Protetiva	14
Capítulo 1 – (Re)Fundamentação Epistêmica	14
1. Introdução Epistêmica à Teoria Jurídico-Protetiva	14
1.1. Atividade e Campo de Conhecimento Moderno	17
1.2. Contribuições Epistemológicas Transdisciplinares	20
2. Estatuto Epistemológico da Doutrina da Proteção Integral	22
2.1. Proposições Epistemológicas da Doutrina da Proteção Integral	27
2.2. Construção Deontológica da Teoria Jurídico-Protetiva	31
2.3. Intercâmbios Propedêuticos	34
Capítulo 2 – Racionalidade Jurídico-Protetiva	39
1. Conceitografia Jurídico-Protetiva	39
1.1. Direito e Subjetividade	44
1.2. Estatuto Deontológico Jurídico da Criança e do Adolescente	48
1.3. Ser ou Dever Ser	53
2. Razão e Racionalidade	55
2.1. Racionalismo Público e Racionalidade Jurídica	59
2.2. Racionalidade Crítica	62
Capítulo 3 – Linguagem Jurídico-Protetiva	70
1. Condições de Possibilidade Racionais	70
1.1. Linguagem e Argumentação Jurídicas	75
1.2. Jogos de Linguagem	82
2. Mutações Lingüísticas Culturais e Ideológicas	85
2.1. <i>Logos</i> e o Logocentrismo	87
2.2. Controle Social Global	90
2.3. Discurso do Limite e a (Des)ordem do (Dis)curso	92
2.4. Poderes Psicanalizante, Sociologizante e Filosofante	95
Parte II – Estruturas Dialéticas Compartilhadas	99
Capítulo 4 – Poder Psicanalizante	99
1. Contribuições Psicanalíticas	99
1.1. Questões de Faticidade	102
1.2. Viragem Psicanalítica	108
1.3. Psicologia da Infância e da Juventude	114

2. Construção Psicanalítica da Subjetividade	119
2.1. Comportamento Humano e Psicodiagnósticos	125
2.2. Psicanálise: Instintos e Pulsões	128
Capítulo 5 – Poder Sociologizante	136
1. Contribuições Sociológicas	136
1.1. Crise Social	143
1.2. Poder Político-Sociologizante	148
1.3. Poder Econômico-Politizante	151
1.4. Sociabilidades Compartilhadas	153
2. Conselhos	155
2.1. Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente	155
2.2. Políticas Públicas	160
2.3. Conselhos Tutelares	163
2.4. Rede de Proteção e Sistema de Garantias	169
Capítulo 6 – Poder Filosofante	186
1. Contribuições Filosóficas	186
1.1. Contextualização da Verdade Jurídica	191
1.2. Crise do Direito	196
1.3. Filosofia Emancipatória	198
2. Poder Filosofante	199
2.1. Interpretações Constitucionais Emancipatórias	202
2.2. (Des)compreensão Filosófica e Concepções Filosóficas do Jurídico	204
2.3. Filosofia Jurídico-Protetiva	207
Parte III – Direito da Criança e do Adolescente	213
Capítulo 7 – Teoria Jurídica do Direito da Criança e do Adolescente	213
1. Teoria Jurídico-Protetiva	213
1.1. Código Deontológico Jurídico-Protetivo	217
1.2. Doutrina da Proteção Integral	221
1.3. Pessoa Humana e Cidadania	228
1.4. (Re)Definição da Cidadania Infanto-Juvenil	233
2. Hermenêutica Jurídico-Protetiva	240
2.1. Hermenêutica Humanitária Emancipatória	248
2.2. Condição Humana Infanto-Juvenil	256
2.3. Processualidade Jurídico-Protetiva	260
Capítulo 8 – Propedêutica Jurídico-Protetiva dos Direitos Fundamentais	262
1. Propedêutica Jurídico-Protetiva	262
2. Direitos Fundamentais	269
2.1. Direito à Vida e à Saúde	270
2.1.1. Saúde Mental Infanto-Juvenil	271
2.1.2. Sistema Manicomial	274
2.2. Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade	283
2.3. Direito à Convivência Familiar e Comunitária	286
2.4. Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer	294
2.5. Direito à Profissionalização e à Proteção no Trabalho	306

Capítulo 9 – Responsabilização Socioeducativa

	308
1. Propedêutica Jurídica Socioeducativa	308
1.1. Implicações Psicanalíticas na Infracionalogia (Infracinalidade)	310
1.2. Justiça Restaurativa	319
1.3. Direito Penal Juvenil	324
1.4. Direito Penal do Inimigo Juvenil	343
2. Proteção Socioeducativa Transdisciplinar	347
2.1. Institucionalização	355
2.2. Ato Infracional e Medida Socioeducativa	358
2.3. Jurisdicionalização Protetiva da Responsabilização Diferenciada	363
Capítulo 10 – Redução da Idade de Maioridade Penal	371
1. Idade de Maioridade Penal	371
1.1. Propostas de Redução da Idade de Maioridade Penal	372
1.2. Repúdio à Responsabilização Penal de Adolescentes Infratores	380
1.3. Responsabilização Penal sem Culpa	387
2. Redução da Idade de Maioridade Penal: Inconseqüente Idealismo	392
2.1. Compromisso Humanitário Jurídico-Protetivo	401
2.2. Sistema Jurídico-Protetivo Vigente	407
2.3. Processos de Expulsão Social	412
2.4. Inimputabilidade Penal Infanto-Juvenil	415
Considerações Finais	422
Referências	431

APRESENTAÇÃO

Humildade é a palavra primeira com que firmo minhas iniciais impressões pessoais nesta nova etapa comunicativa da convivência acadêmica (curricular-metodológica do conhecimento). E, por certo, deverá ser a que também tentarei me pautar na ainda desconhecida pós-etapa ressaltar a propriedade de sua permanência não por um mero aspecto metodológico, mas, sim, pela compreensão optada ideologicamente como postura comportamental humanitária.

As primeiras impressões que se possa ter sobre qualquer assunto, por cautela, requerem investigação e pesquisa diante mesmo do sentimento profundo de desalento e de distanciamento com o que poderia ser um objeto privilegiado da investigação, pois procurei, ao máximo, evitar durante a composição do trabalho que a metodologia adotada apesar do caos inicialmente provocador pudesse desenvolver alguns sentidos, impedindo-se, assim, uma total confusão de idéias. Pois, apesar de se buscar sempre manter próximo das margens seguras que circundam o objeto de investigação, por vezes, surge aqui e acolá um desvio necessário, um outro caminho que poderia ser adotado, uma outra leitura indispensável, e, pronto! Lá se foi a verticalidade pretendida para o espaço através mesmo das rupturas epistemológicas nem sempre conscientemente desejáveis.

Pensar uma tese acadêmica é antes de tudo (re)pensar a própria existência pessoal do pesquisador. Os caminhos percorridos até então para que fosse possível alcançar um lugar tão privilegiado do conhecimento, por vezes, nem sempre foram almejados conscientemente, quando, não, com a assunção inconsciente, mas, sempre, prazerosa que demanda imensas acoplamentos associativos entre dores-e-prazeres, senão, de prazeres-e-dores. A tese acadêmica encobre-se de subterfúgios, por vezes, desnecessários. A sua construção depende e muito do estado de espírito do pesquisador. As etapas são confundíveis. A preocupação pelo esquecimento ou a não contemplação do que ali deveria ser encontrado permeia toda atividade acadêmica, mas, indiscutivelmente, é na tese que este sentimento se acentua, revelando-se ao mais seguro e disciplinado pesquisador.

A regra parece ser precisamente esta, qual seja: uma tese é sempre um trabalho acadêmico rigoroso e profundamente incompleto pelo menos na dimensão

sensitiva do pesquisador, pois sempre lhe parece faltar alguma coisa. Contudo, uma tese jamais deixará de ser uma tese seja ela acadêmica ou não enquanto não esboçar a superação teórico-pragmática da própria construção intelectual em direção a outros saberes. Isto é, uma tese deve ser uma proposição superadora e emancipatória da imanente natureza academicista, ou seja, a mera “afirmação de uma posição; por isto é que *se defende* uma tese: porque há nela alguma coisa que se sabe, e que alguém, por convicção ou dever, contesta” – segundo Márcio Tavares D’Amaral¹, para quem – apesar de existir intenso sentimento de sofrimento e dor, também, reside na pessoa do pesquisador um profundo sentimento de coragem para se aventurar no estudo do conhecimento daquilo que ainda não se constituiu como tal.

Uma tese, portanto, para ser constituir como tal academicamente não nasce do nada, pois pressupõe indissociavelmente o resultado de inúmeros e necessários ensaios que, ao final, já se encontram assimilados e por vezes esquecidos. Por isso, com alguma razão, é possível dizer com Márcio Tavares D’Amaral² que a “forma acadêmica deste esquecimento é a *Tese*.”. Entretanto, permanece a advertência acerca da potencialidade cognitiva, segundo a qual as proposições e questionamentos fundamentais sobre determinadas temáticas são mais importantes do que propriamente as respostas que lhes possam ser oferecidas, motivo pelo qual a metodologia empregada deve proporcionar a investigação e a pesquisa ao invés de ser um mero “instrumento de intervenção”³, pois somente assim será possível aqui refletir sobre o que ainda não se constituiu como saber reconhecido: uma teoria jurídico-protetiva de viés transdisciplinar do direito da criança e do adolescente.

Isto é, a possibilidade da construção de uma teoria rigorosa, crítica e humanitária que possa delinear marcos epistemológicos orientados pela doutrina da proteção integral e da garantia de prioridade absoluta, estabelecendo, assim, limites cognitivos para a constituição de uma teoria jurídico-protetiva específica, por assim

¹ D’AMARAL, Márcio Tavares. *O homem sem fundamentos: sobre linguagem, sujeito e tempo*. Rio de Janeiro: UFRJ; Tempo Brasileiro, 1995, p. 9 e ss. Para o autor, uma tese deveria ser antes de tudo um exercício acadêmico, enfim, uma atitude a ser adotada pela “Universidade, especialmente na Pós-graduação.” Pois, como afirma “nós nos acostumamos tanto – tanto nos acostumaram – à natureza predicativa do conhecimento – isto é aquilo – e à forma conclusiva, redonda e sábia das teses acadêmicas, que acabamos nos esquecendo de que nada é mais ensaístico, aleatório, livre e ao mesmo tempo existencialmente comprometido do que o pensamento.”

² D’AMARAL, Márcio Tavares. *Op. cit.* O autor descreve o ensaio como uma “forma dessa experiência da ignorância curiosa, como a *tese* foi a da curiosidade saciada.”

³ D’AMARAL, Márcio Tavares. *Op. cit.* Para o autor a ignorância e a curiosidade devem voltar a se instalar, “e perguntar volta a ser mais importante do que responder, e o método volta a ser um caminho, ao invés de um instrumento de intervenção”.

dizer, um estudo preparatório e inaugural, enfim, uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar do que se tem denominado de direito da criança e do adolescente.

Uma tal teoria jurídico-protetiva deve servir para filtragem das normatividades que se pretendem ver constituídas, aqui, nessa nova área do direito, que se deve operar através da mediação e do acolhimento das importantes contribuições oferecidas pelos demais campos do conhecimento (políticas, sociais, culturais, psicanalíticas, filosóficas, etc.).

Uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar deve cumprir teoricamente a sua missão organizacional, estrutural e funcional, de forma rigorosa e criativa, procurando, assim, oferecer proposições resolutivas adequadas às novas demandas que se vinculem aos interesses e direitos individuais, difusos e coletivos, bem como às garantias fundamentais afetas à infância e à juventude.

É o que aqui se procurou delimitar, de maneira introdutória e preliminar, acerca da epistemologia, racionalidade, linguagem, contribuições transdisciplinares psicanalíticas, sociológicas e filosóficas, e da juridicidade – teoria jurídica, direitos fundamentais, medidas legais protetivas e socioeducativas e a inimputabilidade penal –, com o intuito precípua de que fossem estabelecidos alguns marcos inaugurais para discussão e reflexão sobre uma possível teoria jurídico-protetiva de viés transdisciplinar que especifique aquilo que conceitograficamente se tem referenciado como “Direito da Criança e do Adolescente”.

RESUMO

A proposta desta tese é a formulação de uma propedêutica jurídico-protetiva específica que sirva não só para a construção de um conhecimento próprio, mas, também, teórico-pragmaticamente para interpretação e aplicação dos institutos e categorias elementares estabelecidos constitucional e estatutariamente em prol dos interesses, direitos e garantias fundamentais afetos à criança e ao adolescente. Uma tal proposta caracteriza-se metodologicamente pela adoção das importantes contribuições transdisciplinares procurando, desta forma, a constituição de uma específica teoria jurídica cultural e ideologicamente voltada para a consolidação e efetivação dos direitos humanos destinados à formação das pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento, isto é, na infância ou na juventude. As perspectivas psicanalíticas, psicológicas, políticas, econômicas, sociais, epistêmicas, jurídicas, filosóficas dentre tantas outras, aqui, na seara jurídico-legal destinada à infância e à juventude, contribuem decisivamente para a construção de uma teoria jurídica protetiva que opere metodologias e objetos com absoluta prioridade, conforme constitucionalmente delimitado. Enfim, o reconhecimento gnosiológico deste novel Direito da Criança e do Adolescente não só como subsistema jurídico integrante do Ordenamento Jurídico brasileiro (Sistema Jurídico) por seus próprios marcos legais, teóricos, pragmáticos, fundamentais, principiológicos, objetivos e sujeitos, mas, também, como detentor de saber específico destinado ao tratamento (acertamento) adequado de questões vinculadas a crianças e adolescentes que lhe sejam propostas à resolução. Eis, pois, o que se propõe a constituir – e, assim, também ser constituído – como Direito da Criança e do Adolescente, isto é, a possibilidade de (re)construção de específicas regulamentações das relações sociais (de poder) – e democratizantes – através de uma nova propedêutica jurídico-protetiva que enseje a formatação paritária e democrática de normatividades humanitárias, com ênfase prioritariamente absoluta na implementação dos direitos individuais fundamentais afetos à infância e à juventude.

Palavras-chave: Criança e Adolescente; Propedêutica; Proteção Integral; Teoria Jurídica; Transdisciplinaridade.

The purpose of this Thesis is the formulation of a specific legal-protective propedeutic that serves, not only for the construction of an proper knowledge, but, also teoric-pragmatically for the interpretation and application of the stately and constitutionally established institutes and elementary categories in favor of the elementary interests, rights and warranties affect to the kids and the adolescents. Such proposal is methodologically characterized by the adoption of the most important transdisciplinary contributions, seeking, at this way, the formation of a specific legal cultural theory e ideologically concerned with a consolidation and a execution of the human rights destined to the formation of the people that where find in the peculiar condition of development, that is, in infancy or youth. The psychoanalytic, psychological, economic, social, epistemological, legal, philosophic, among many others perspectives, here, in the legal harvest destined to the infancy and to the youth, contribute decisively for the construction of a legal protective theory that operate methodologies and objects with absolute priority, as constitutionally delimited. At last, the gnosiologic recognition of this new Right of Kids and Adolescents not just as a legal sub-system integrant of the Brazilian Legal Ordainment (Legal System) by it's own objective and citizen, legal, theoreticians, pragmatic, fundamental, principled, landmarks, but also, as keeper of specific knowledge destined to the adequate treatment (adjustment) of issues entailed to child and teenagers which where proposals to resolution. Here it is, therefore, what is considered to constitute – and, thus, also be constituted – as Right of the Kids and the Adolescents, that is, the possibility of (re) construction of specific regulations of the social relations (of power) – and democratizing – through a new legal-protective propedeutic that tries the democratic and parity formatting of humanitarian normalization, with priority absolute emphasis on the implementation of the fundamental individual rights, affect to the child and the teenager.

Keywords: Kids and Adolescent; Propedeutic; Integral Protection; Legal Theory; Transdisciplinary.

RESUMEN

El propósito de esta Tesis es la formulación de una propedéutica jurídico-protectora específica que sirva, no sólo para la construcción de un conocimiento apropiado, pero, también teórico-pragmáticamente para la interpretación y el uso de los institutos y de las categorías elementales establecidos constitucional e estatutariamente a favor de los intereses, de los derechos y de las garantías elementales afecta a los niños y a los adolescentes. Tal oferta es caracterizada metodológicamente por la adopción de las contribuciones transdisciplinarias más importantes, buscando, en esta manera, la formación de una teoría jurídica cultural e ideológicamente dirigida a una consolidación y a una ejecución de los derechos humanos destinados a la formación de la gente que donde hallazgo en las condiciones peculiares del desarrollo, es decir, en infancia o la juventud. El psicoanalíticos, psicológicos, económicos, sociales, epistemológicos, jurídicos, filosóficos, entre muchos otros las perspectivas, aquí, en la cosecha jurídico-legal destinada a la infancia y a la juventud, contribuyen decisivamente para la construcción de una teoría jurídico protectora que opere metodologías y objetos con prioridad absoluta, según lo constitucional delimitado. En el último, el reconocimiento gnoseológico de lo este nuevo derecho de los niños y los adolescentes no apenas como subsistema legal integrante del ordenamiento jurídico brasileño (Sistema Jurídico) por él es poseer objetivo y ciudadano, jurídico, los teóricos, pragmático, fundamental, principio-lógico, las señales, pero también, como encargado del conocimiento específico destinado al tratamiento adecuado (ajuste) de las ediciones exigidas al niño y a los adolescentes que donde las ofertas a la resolución. Aquí está, por lo tanto, qué se considera constituir – y, así, también ser constituido – como a lo derecho de los niños y de los adolescentes, es decir, la posibilidad (re)construcción de regulaciones específicas de las relaciones sociales (de lo poder) – y democratización – con un nueva propedéutica jurídico-protectora que intente el formato democrático y de la paridad de las normas humanitarias, con énfasis absoluta de la prioridad en la puesta en práctica de los derechos individuales fundamentales afectos al niño y al adolescente.

Palabras-llaves: Niños y Adolescentes; Propedéutica; Protección Integral; Teoría Jurídica; Transdisciplinaridade.

INTRODUÇÃO

A presente proposta de trabalho procura estabelecer a comunicação e o debate entre os principais entendimentos teóricos acerca da intersecção do direito com as outras áreas do conhecimento moderno sobre as questões afetas à infância e à juventude. Não fosse isto, busca-se identificar quais seriam as instituições legalmente constituídas que, na prática, desenvolveriam atribuições proposicionais para a promoção e para a defesa dos interesses, dos direitos e das garantias fundamentais das crianças e dos adolescentes. Com efeito, será levado em conta as principais situações e circunstâncias – os contextos familiares, sociais, políticos, econômicos dentre outros – nas quais crianças e adolescentes eventualmente possam se encontrar em risco pessoal e ou social, como, por exemplo, pelo cometimento de um comportamento conflitante com a lei – “ato infracional” – que pode até mesmo ensejar a sua institucionalização.

Nesta proposição teórica, procurou-se oferecer subsídios para auxiliar o estabelecimento de pautas públicas acerca das temáticas aqui desenvolvidas inserindo-as nas agendas sociais para amplo debate – espacialidade pública da palavra e da ação⁴ –, pois o primeiro e grande passo para a mudança comportamental é precisamente a reflexão séria dos pressupostos estabelecidos pelas instâncias culturais (valorativas), e, assim, tornar essas novas subjetividades humanas visíveis socialmente e dizíveis politicamente enquanto condições de possibilidade para a superação da onipotência legislativa e, principalmente, para emancipação das “castas tutelares”⁵ que ali e acolá subvertem as metas e objetivos consagrados nos pressupostos humanitários da Doutrina da Proteção Integral.

Desta forma, torna-se imprescindível trabalhar com questões sociais como, por exemplo, a violência, a vitimização, a educação, a saúde, a mídia – veículos de comunicação social – dentre outras tantas temáticas correlatas, com o intuito de que se possa conjugar disputas teórico-argumentativas que buscam explicar, justificar e legitimar as posturas e opções adotadas pelos respectivos pensamentos em prol dos direitos da criança e do adolescente.

⁴ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

⁵ JECUPÉ, Kaka Werá. *Todas as vezes que dissemos adeus*. (Oré awé roiru’a ma). 2ª ed. São Paulo: Triom, 2002.

Bem por isso, não se pode delimitar a perspectiva a uma temática específica – como, por exemplo, apenas pela visão jurídico-legal do mundo da vida vivida –, a aceitação das contribuições transdisciplinares pode ser muito importante para alcançar resoluções cada vez mais adequada – apesar de complexas – para as inúmeras e diversificadas questões estabelecidas socialmente.

Destarte, as dificuldades anteriormente encontradas – lacunas e antinomias – as quais através da hermenêutica jurídica, tradicionalmente eram resolvidas, hoje, estabelecem a possibilidade de dizer o jurídico para além da legalidade – ou do legalismo, enquanto movimento teórico-pragmático (dogmatismo jurídico) – mediante as importantes contribuições transdisciplinares – sem se descuidar primeiramente da intersubjetividade – dos direitos humanos, das novas teorias jurídicas, da filosofia (epistemologia), da sociologia, da criminologia crítica, e, em particular, nas intersecções psicanalíticas freud-lacanianas.

O que fundamentalmente se procura demonstrar é a plausibilidade doutrinária de que se dispõe, sim, de uma teoria jurídica pertinente aos direitos da criança e do adolescente, enfim, uma teoria jurídica que possibilite a aplicação direta daqueles direitos sem que, contudo, utilize-se imediatamente de outras instâncias jurídico-legais e ou de suas respectivas teorias jurídicas, as quais, porém, deverão ser aplicadas em *ultima ratio*, isto é, subsidiariamente, consoante determinação estatutária – Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Ademais, o estudo dialético e transdisciplinar da complexidade de situações e circunstâncias que ensejam as inúmeras formas de violência e de suas deletérias conseqüências, também deve compreender o estudo crítico acerca do ato infracional – daí, pois a novel nomenclatura de “infracionalogia” – enquanto fato socialmente (re)produzido por processos de “infracionalização” que são operados pelas diversas instâncias do poder estatal. O ponto central aqui se encontra precisamente na resistência teórico-cultural em face das inúmeras tentativas de redução da idade de maioridade penal. Pois, quando se pretende reduzir a idade de maioridade penal, no fundo, o que se pretende é proibir a possibilidade de adolecer, senão, o reconhecimento da própria condição de adolescência.

A (re)fundamentação transdisciplinar do direito da criança e do adolescente visa, na verdade, certa coordenação (sistematização) das diversas legislações extraordinárias que também possuem normativas que regulamentam direitos individuais e garantias de cunho fundamental – personalíssimos – destas novas subjetividades.

A pretendida coordenação, por certo, não se fecha ou mesmo limita à mera sistematização, mas, pelo contrário, procura renovar os princípios baseados nos pressupostos humanitários – aqui, na doutrina da proteção integral – através da permanente adequação metodológica (flexibilização) estabelecendo, assim, estratégias e abordagens diferenciadas. Porém, antes de tudo, afigura-se indispensável à modificação das instâncias culturais que tanto demandam o imaginário, quanto o simbólico coletivo – a opinião pública – bem como, e, talvez, principalmente, o senso comum jurídico-social. A coordenação, assim, encerra um permanente retorno (recorrência) às opções políticas substanciais – liberdades substanciais, segundo Amartya K. Sen⁶ – então adotadas na Constituinte de 1987/1988, por decorrência mesmo da autodeterminação do povo brasileiro. Pois, como diria Martin Heidegger⁷, muito mais importante do que discutir os elementos constitutivos – ou não! – dos “entes” que se analisam, por certo, constituir-se-ia em melhor preocupação pensar o próprio “ente”.

Entretanto, isto demanda a construção de uma nova forma de conhecimento que não só se funde em uma sistematização legislativa e mesmo principiológica, mas, sobretudo, na estruturação argumentativa (justificativa discursiva que estabelece certa lógica emancipatória, e, superativa dos obstáculos legais e das questões do mundo social), como, também, das técnicas e métodos que possibilitem a instrumentalização do acesso, tornando-o indiferenciado para todas as crianças e adolescentes.

⁶ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

⁷ HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 254 e ss. (Coleção Os Pensadores). De acordo com o Pensador, “o ser, pensá-lo propriamente, exige que se afastem os olhos do ser na medida em que, como em toda metafísica, é explorado e explicitado apenas a partir do ente e em função deste, como seu fundamento. Pensar o ser propriamente exige que se abandone o ser como o fundamento do ente em favor do dar que joga velado no desvelar, isto é, em favor do dá-Se.”

Enfim, é fundamental o (re)estabelecimento de uma epistemologia jurídico-social diferenciada – filosofante (verdadeiras causas) e psicanalítica (viragem lingüística e compreensiva do ser) – precisamente por exigir que se perpassasse por outras dimensões cognitivas e instâncias culturais que jamais substituíram o lugar central do discurso jurídico, mas, certamente, proporcionaram importantes contribuições para uma (re)construção transdisciplinar que possibilite cada vez mais resoluções adequadas às questões relativas aos interesses, direitos e garantias das crianças e dos adolescentes.

Por isso, não se trata tão somente de uma filosofia ou de uma metodologia e muito menos de uma mera proposição de novos valores – pressupostos e princípios – mas, fundamentalmente, de uma construção teórico-jurídica de base que coordene as ações a serem adotadas nesta novel seara, evitando, inclusive, com isto, o estabelecimento de teorias esparsas. As teorias esparsas além de possibilitarem a utilização indevida de institutos jurídicos estranhos ao direito da criança e do adolescente, também, justificam inúmeras “castas tutelares”⁸ que cuidam e se preocupam muito mais com as categorias jurídicas clássicas tentando amoldá-las aos novos institutos jurídico-legais do que propriamente pensar/cuidar das pessoas que se encontram nesta peculiar fase de suas vidas.

Através do desenvolvimento epistemológico, busca-se demonstrar a fundação de um novo paradigma jurídico que orienta uma nova seara jurídica, vale dizer, com a adoção da diretriz internacional da doutrina da proteção integral, por opção política, tem-se que, mais do que um novel princípio travejado pela centralidade da pessoa humana, estabeleceu-se, sim, uma nova dimensão subjetiva de titularidade em direito, ou seja, de titulares de um também novo direito da criança e do adolescente. A doutrina da proteção integral, desta forma, é um novo paradigma epistemológico deste novo direito especificamente próprio aos interesses individuais, difusos e coletivos da infância e da juventude⁹.

A transdisciplinaridade se torna necessária a partir de então, pois para que se possa verdadeiramente construir uma nova espacialidade jurídica, em

⁸ JECUPÉ, Kaka Werá. *Op. cit.*

⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry e SILVA, Moacyr Motta da. *A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 84 e ss. Os Autores assinalam que “a norma específica, reguladora da proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, em relação à criança e ao adolescente, é o Estatuto da Criança e do Adolescente.”.

perspectiva aberta, vale dizer, em condições de possibilidade da emergência do novo, torna-se indispensável o abandono da arrogante postura do jurista que através do viés jurídico pretende realizar o (re)ordenamento do mundo. Antes de tudo é imperativo, daqui para sempre, não só nesta nova seara jurídica, mas, de maneira geral, uma postura de humildade diante das limitações pessoais, materiais, técnicas e científicas – segundo a idéia de conhecimento mais rigoroso e falsificável, verificável. É necessário, pois, educar os operadores e construtores jurídico-sociais para a percepção. É preciso educar, conscientizar para perceber.

A utilização dos estudos da criminologia crítica, em especial, segundo o seu aspecto sociológico, precisamente, para desmistificar a credence denominada criminalidade juvenil que se inseriu tanto na opinião pública, quanto no senso comum dos construtores jurídicos e sociais. Com isto, busca-se evidenciar os diversos processos de vitimização, criminalização e estigmatização pelos quais passam as crianças e os adolescentes, principalmente, das famílias empobrecidas, quando, não, os enraizados processos de controle social e as suas sofisticadas formas de manutenção do *status quo* das classes que detêm acesso aos bens que a riqueza proporciona. Pois, desvelar esses interesses nem sempre confessáveis, não é tarefa fácil, pelo que, já se constitui num enorme passo.

Até porque, a verdadeira transformação que se deve operar é na disposição de espírito, através da conscientização dos operadores/construtores jurídicos sociais, e, assim, o que parece pouco pode ser muito. O desenvolvimento dos fundamentos dos direitos humanos como o viés jurídico a partir do qual decorrem os direitos fundamentais, enquanto opções político-ideológicas próprias dos valores ético-morais, então, vigentes na formação da Constituição da República de 1988 que se operaram pelo Poder Constituinte de 1987/1988. A teoria de base desta virada de foco é justamente a doutrina da proteção integral.

Ao se estabelecer um novo estatuto epistemológico para este novo direito da criança e do adolescente, o que se pretende na verdade é proporcionar uma proteção diferenciada para este novo grupo de cidadania, então, constituído pelas crianças e adolescentes, tornando-se imperiosa a manutenção do art. 228 da Constituição da República de 1988, uma vez que é precisamente esta figura legislativa constitucional que define quem são estas novas titularidades jurídicas, senão,

subjetividade, em perspectiva emancipatória. O compromisso com a causa da infância e juventude enquanto uma utopia possível, antes de tudo, deve servir como norte orientativo da disposição de espírito – vontade e desejo – dos operadores/construtores jurídicos e sociais.

Deve ficar patente a concepção de que este novo direito da criança e do adolescente fundado na doutrina da proteção integral é uma dimensão em aberto que enseja condições de possibilidade para efetivação dos direitos fundamentais destas novas cidadanias, através mesmo da implementação de estratégias políticas – sobretudo, pela integração, articulação e municipalização das políticas públicas de atendimento – para tal desiderato. E isto, certamente, significa acreditar não só a doutrina da proteção integral, então, sintetizada no artigo 227, da Constituição da República de 1988, mas, sobretudo, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – como o novo Código Deontológico Protetivo. Para implementação das políticas públicas, por exemplo, será de fundamental importância a utilização dos institutos e instrumentais estatutários, aplicando-se, assim, a sistemática jurídico-protetiva para a promoção e defesa dos direitos destas novas e diferenciadas subjetividades. É certo que o Estatuto da Criança e do Adolescente é suficientemente apto, coerente e compatível para a resolução das variegadas demandas infanto-juvenis que não só dos adolescentes autores de ações conflitantes com a lei. É precisamente esta tensão entre a norma, a convenção, a hipótese e o mundo fenomenológico dos fatos que proporcionará uma tessitura aberta de possibilidades para o futuro. O caminho é construído segundo a credulidade que se tem nos modelos, no compartilhamento do paradigma e nas principais matrizes da teoria enquanto orientação capaz de possibilitar tal construção.

O primeiro passo em direção à mudança cultural e ideológica é o de acreditar, de forma convincente, que o novo direito da criança e do adolescente, então, travejado pelo princípio da doutrina da proteção integral, e, instrumentalizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente possui as condições necessárias para construção de possibilidades legais e legítimas que efetivem e implementem os direitos fundamentais afetos à criança e ao adolescente. A perspectiva transdisciplinar tem sido o movimento crítico mais importante dos últimos tempos, na área jurídica. O objeto de todo estudo crítico é justamente o próprio ordenamento jurídico brasileiro. A proposta

da presente análise é oferecer uma fundamentação diferenciada ao estudo do direito da criança e do adolescente, que, na verdade, ainda se encontra por ser estabelecido como tal categoria jurídica, principalmente, nos currículos dos Cursos de Direito nas diversas Faculdades de Direito do Brasil. Adverte-se, porém, que não se trata de uma simples questão de possibilidade de transferência teórica, mas, sim, em linha mesmo com o pensamento crítico, estabelecer fundamentadamente uma via distinta à garantia dos direitos mais comezinhos da personalidade humana, daqueles que, na maioria das relações em que se encontram inseridos, não têm visibilidade social e dizibilidade política¹⁰: crianças e adolescentes. Ressalte-se, porém, que a mera inscrição no texto constitucional, por opção política, de uma síntese da doutrina da proteção integral, enquanto diretriz internacional dos direitos humanos, quando, não, o próprio advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, não pode se constituir numa falácia garantista ou mesmo politicista, haja vista que se torna imperioso a aplicação/efetividade daqueles valores optados e objetivados, agora, sim, através de uma estratégia doutrinária/interpretativa que, muito além de oferecer princípios, oportunize a mudança de comportamento dos diversos construtores sócio-jurídicos, convertendo-os culturalmente para a promoção e proteção daqueles valores personalíssimos, de cunho fundamental. Na constante reflexão do conteúdo ideológico das normas, afigura-se de importância capital não só asseguramento, mas, sobretudo, a materialização dos direitos individuais, coletivos e difusos relativos à pessoa, principalmente, daquelas em desenvolvimento – crianças e adolescentes.

De outro lado, as investigações têm por objetivo demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro apenas tem servido para legitimar e reproduzir as desigualdades e injustiças sociais, evidenciando, inclusive, que, sequer, tem oportunizado a construção de um Estado de Direito, e, muito menos democrático. Conquanto, discute-se mesmo o aspecto metodológico da ciência, questionando-se, então, qualquer aceitação acrítica das definições legais como princípios determinantes para a identificação da realidade a ser estudada, bem como a adoção de resultados finais de todos os mecanismos de definição e seleção que funcionam na aplicação da norma jurídica.

¹⁰ MELO, Oswaldo. *Fundamentos políticos do direito*. Porto Alegre: Safe; CPGD-UFSC, 1994.

Por isso, torna-se imprescindível uma (re)leitura psicanalítica das diversas dimensões da personalidade, com o fito precípua de que se possa estabelecer as relações existentes entre o sujeito de direito e o sujeito do desejo, quando, não, do comportamento humano e os impulsos determinados pelas pulsões e instintos. As possíveis interseções que se podem operar entre direito e psicanálise cingem-se aos efeitos que um produz – ou pode produzir – no outro. Contudo, jamais, substituir-se um pelo outro. A transdisciplinaridade se tornou indispensável na contemporaneidade. O direito, assim, também, busca uma aproximação com o campo da psicanálise. A racionalidade jurídica apesar de agonizante e das diversas críticas que se possam fazer dela afigura-se insubstituível, pois, ainda, não se encontrou nada para se colocar no seu lugar.

O discurso do direito pode mesmo não representar um nada aos próprios operadores jurídicos, haja vista que, por vezes, sequer, desvela quais as possibilidades em que se pode constituir a própria essência do direito. Ademais, busca-se através do desvelamento das “verdadeiras causas”, senão, da aproximação que se pode operar investigatoriamente implementar uma nova fundamentação do exercício de um conjunto de direitos e garantias aos jovens brasileiros que, no fundo, não seja um mero limitador do exercício da força, mas, principalmente, possibilidade um deslocamento para o respeito pela opção política, então, objetivada constitucionalmente pela implantação da diretriz internacional oriunda dos direitos humanos então sintetizada no Brasil como a doutrina da proteção integral.

Destarte, em que pese considerar a subjetividade como algo que deva advir intempestivamente para alterar as rotinas e os sentidos estabelecidos e produzir o novo¹¹, é preciso sempre manter na retentiva que tanto a infância e a juventude são fases do desenvolvimento da pessoa humana que se protraí limitativamente no tempo, e, que, bem por isso, exige a assunção imediata senão de forma antecipada de tudo aquilo que seja necessário à constituição do patrimônio subjetivo para a plenitude da personalidade humana. O pensamento crítico de corte transdisciplinar, particularmente, na área jurídica, tem oferecido importantes contributos para o reconhecimento das novas subjetividades, quando, não, instrumental necessário para a efetivação das regras de proteção às pessoas que se encontram na especial e peculiar condição de

¹¹ MORAIS, José Luis Bolzan de. *A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998, p. 121 e ss.

desenvolvimento de suas personalidades – crianças e adolescentes – enquanto amplo projeto de (re)personalização das relações sociais.

Contudo, não é raro encontrar situações fático-jurídicas que ainda permanecem sem solução adequada precisamente pela insistência de construtores jurídico-sociais continuarem a aplicar regras de interpretação – aos novos institutos jurídicos instrumentalizados no Estatuto da Criança e do Adolescente e fundados na Constituição da República de 1988 – que, na verdade, são próprias à dogmática jurídico-penal, e, não diversamente a Doutrina da Proteção Integral enquanto vertente da diretriz internacional dos Direitos Humanos.

O que se quer referenciar é precisamente a necessidade de um olhar não preconceituoso sobre o denominado “ato infracional” e menos ainda preconceituoso sobre as “conseqüências materiais graves” decorrentes da conduta conflitante com a lei praticada por adolescente. Pois, também, o que importa aqui é a própria pessoa do adolescente e principalmente a sua dimensão humana. É precisamente para esta percepção que se está por (re)fundar epistemologicamente um novo marco teórico jurídico-protetivo, a partir mesmo de uma hermenêutica jurídica emancipatória que transcenda do mero aspecto externo-normativo, e, assim, ofereça um reforço substancial e vinculativo pelos valores humanos e mais comezinhos à própria personalidade humana.

Com a adoção da doutrina da proteção integral e especial, através da opção política do constituinte de 1987/1988, pelos valores humanos, por conseqüência, da própria assunção à diretriz internacional dos Direitos Humanos, objetivou-se no texto da Constituição da República de 1988 – artigos 227 e 228 –, significativamente, um novo marco cultural, agora, sistematizado, em prol das crianças e dos adolescentes brasileiros. Bem por isso, impõe-se o estabelecimento de uma metodologia que se funde numa certa transdisciplinaridade ante mesmo à dimensão real dos mecanismos de seleção e imunização que funcionam no interior do ordenamento jurídico brasileiro, então, operada pelas diversas instâncias utilizadas pelas hegemonias sociais que, de forma excludente, ocupam o lugar privilegiado da “tomada de decisão”, mantendo, assim, argumentativa e comunicacionalmente, padrões de dignidade humana, que, no fundo, impedem a construção, reconhecimento e emancipação da própria subjetividade da infância e juventude brasileira. Através da perspectiva transdisciplinar –

particularmente, psicanalítica, sociológica, política e filosófica –, buscar-se-á muito além do desvelamento da discursividade meramente instrumental que legitima e renova, de forma performática, os mecanismos de dominação – seletividade e etiquetamento, próprias do ordenamento jurídico brasileiro –, também, evidenciar que não só as “Leis de Regência” (Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente), mas, inclusive, outras normativas jurídicas especiais que cuidam do atendimento das necessidades vitais básicas da infância e da juventude brasileira ainda não estão sendo efetivamente cumpridas.

E isto se dará mediante a rediscussão dos marcos teóricos – Doutrina da Proteção Integral/Direitos Humanos – que foram adotados enquanto opções políticas pelo Constituinte de 1987/1988, vale dizer, ou se busca uma nova (re)fundamentação epistemológica, que, possibilite a (re)personalização das relações jurídico-sociais que se baseie na humanização e respeito pela pessoa, principalmente, quando se encontre na peculiar condição de desenvolvimento de sua personalidade ou então se admite o indevido retorno à dogmática jurídico-penal – binômio repressivo-punitivo – para dar conta das novas pautas estabelecidas pela emergência destas novas subjetividades.

Em decorrência disto, importa agora (re)fundar a teoria jurídica do direito da criança e do adolescente em linha com os pensamentos humanitários que perpassam toda a área de atuação infanto-juvenil e que não se limite apenas ao âmbito jurídico-social. Desta forma, entende-se que a questão central se fixa na renovação dos fundamentos humanitários – epistêmico-transcendentais – que apresentam propostas plausíveis ao travejamento teórico-pragmático e à legitimação jurídica, política e ideológica de instrumentos asseguradores (políticas públicas permanentes) dos direitos das pessoas que se encontrem na peculiar situação de desenvolvimento da personalidade (crianças e adolescentes), promovendo-lhes, assim, emancipação subjetiva através da aquisição e incorporação ao seu patrimônio personalíssimo – construção de um projeto de vida afetiva e responsável – dos direitos mais mezinhos à personalidade humana, então, denominados, em seu conjunto, de cidadania.

A proposta da Tese é analisar em que medida a intersecção transdisciplinar pode oferecer um novo marco fundamental para a consolidação de uma

teoria jurídico-protetiva do direito da criança e do adolescente, deslocando-se, assim, o foco da perspectiva puramente jurídica para outras áreas do conhecimento afins para além da normatização/sistematização legal.

Assim, será possível, acima de tudo, não só evidenciar, mas, evitar, na prática, a reprodução das injustiças estruturais por este novo subsistema jurídico-protetivo infanto-juvenil do ordenamento jurídico brasileiro, quando, não, (re)legitimar as funções públicas que agora devem possibilitar a (re)construção das condições de efetividade dos direitos mais mezinhos da personalidade humana, principalmente, das pessoas que se encontram em desenvolvimento. Não fosse isto, propõe-se também demonstrar até que ponto uma teoria jurídico-protetiva de viés transdisciplinar pode (re)orientar a construção de decisões jurídicas que necessariamente devem ultrapassar a mera limitação cognitiva vinculada ao restrito “espírito da lei”¹².

A tarefa de construção não é e nunca foi fácil. No entanto, o importante mesmo é se colocar em movimento nesta direção, enfim, é não se acomodar com respostas simplistas e imediatas acerca de questões históricas, culturais e ideologicamente complexas. Em virtude mesmo da natureza transdisciplinar da vertente pesquisa busca-se, nas dimensões críticas, outros aspectos e relações que não apenas jurídicas, para desmistificar o que se tem dito sobre a legitimidade pela legalidade – ou só por sua juridicidade –, mas, também, quando se procura alicerçar alguns parâmetros nos emergentes interesses individuais, difusos e coletivos assegurados como direitos afetos à infância e à juventude¹³.

Nesta seara, indiscutivelmente, a diversificação das pesquisas teóricas é de importância capital para sustentação da propositura final, qual seja, a (re)fundamentação de um direito próprio e específico, através da construção epistêmico-transdisciplinar de uma teoria jurídico-protetiva específica que determine

¹² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*: as formas de governo; a divisão dos poderes. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 79 e ss. Segundo Montesquieu “a lei, em geral, é a razão humana, tanto que ela governe todos os povos da Terra; e as leis políticas e civis de cada Nação não devem constituir senão casos particulares em que se aplica essa razão humana. (...) Enfim, elas guardam relação entre si, e com a sua origem, com o objetivo do legislador, com a ordem das coisas para as quais são estabelecidas. É sob todos esses aspectos que precisa considerá-las. (...) Elas formam, todas juntas, o que se chama *o espírito das leis*.”.

¹³ MACCORMICK, Neil. *Derecho legal y socialdemocracia*: ensayos sobre filosofía jurídica y política. Trad. Maria Lola González Soler. Madrid: Tecnos, 1990. Para o Autor, “cada niño tiene derecho a ser alimentado, cuidado y, en lo posible, querido” é uma expressão moral de um direito que “no ha sido un derecho legal universalmente reconocido”, entretanto, “Ocurre que hoy en día nuestros sistemas legales protegen el derecho en cuestión, así que para nosotros, ahora, es un derecho tanto legal como moral.”. Isto é, constitui-se num “principio moral sustantivo” a “atribución de ese derecho a todos los niños”, pois expressa “el principio moral mediante el recurso lingüístico del sustantivo ‘un derecho’.”.

reconhecimento e (re)significações do e pelo direito da criança e do adolescente, enquanto subsistema jurídico apto à resolução das questões formais (processualidades) e materiais (substancialidade) que se apresentem perante esta nova seara jurídica.

Enfim, uma teoria jurídico-protetiva de viés transdisciplinar acerca do direito da criança e do adolescente que legitime discursiva (argumentativa) e pragmaticamente a existência de medidas legais que para além de assegurarem direitos e garantias afetas à infância e a juventude, também consagrem a adequabilidade das categorias e institutos elementares para formação, capacitação e emancipação dessas novas subjetividades. Para o mais, uma tal teoria não deve se limitar à dimensão estritamente jurídico legal, mas, senão, principalmente, (re) fundar uma nova política jurídica¹⁴ para o direito da criança e do adolescente.

Isto é, a teoria jurídico-protetiva de viés transdisciplinar acerca do direito da criança e do adolescente deve antes de tudo provocar o estabelecimento de estratégias viáveis e de instrumentos políticos capazes de proporcionar auxílio aos infantes, aos jovens e também aos respectivos núcleos familiares para o pleno desenvolvimento de suas personalidades, provocando, assim, tanto à sociedade civil organizada ou não, quanto o Poder Público, para construção paritária e democrática de políticas públicas que deverão ser implementadas permanentemente para o asseguramento dos direitos individuais, coletivos e difusos inerentes à infância e à juventude. A teoria jurídico-protetiva de viés transdisciplinar do direito da criança e do adolescente, precisamente, por cuidar de elementos fundamentais de um direito novo tem como o seu principal desafio justamente a construção, conscientização, mobilização, implementação e eficácia dos novos valores humanos que encerra em prol daquelas novas subjetividades: a criança e o adolescente.

¹⁴ MELO, Oswaldo. *Op. cit.*

PARTE I

DEONTOLOGIA JURÍDICO-PROTETIVA

CAPÍTULO 1 – (RE)FUNDAMENTAÇÃO EPISTÊMICA

1. INTRODUÇÃO EPISTÊMICA À TEORIA JURÍDICO-PROTETIVA

O novo direito da criança e do adolescente demanda reflexão acerca dos seus também novos fundamentos, pois enquanto instância jurídica particularmente própria para a resolução jurídica das questões inerentes à infância e juventude, indiscutivelmente, necessita de marcos teóricos distintos e peculiares que caracterizem a autonomia jurídico-legal então conquistada legítima e democraticamente. A especialização da matéria contemplada pelo direito da criança e do adolescente – decorrente mesmo da autonomia jurídico-legal então constitucionalmente garantida – impõe, sim, a necessidade do estabelecimento também de autonomia teórico-científica, a qual exige fundamentos, princípios e objetivos específicos para o atendimento, promoção e defesa dos direitos mais mezinhos à personalidade humana infanto-juvenil. É importante dizer que o presente trabalho de doutoramento leva consigo o desencanto acerca da satisfação resolutiva que aparentemente é produzida pelos novos conhecimentos, como preleciona Jean-Pierre Lebrun¹⁵. Isto é, o desencanto de que todo

¹⁵ MELMAN, Charles. *O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço*. Entrevistas por Jean-Pierre Lebrun. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003.

e qualquer conhecimento por mais exaustivo que se pretenda jamais terá o condão de compreender a totalidade resolutória das inúmeras questões que neste novel âmbito jurídico-social infanto-juvenil são encerradas. As questões fundamentais ligadas à infância e à juventude em razão das quais restaram adotados e desenvolvidos os marcos teórico-pragmáticos pertinentes à doutrina da proteção integral, por certo, determinaram-lhe a adoção de orientações e matizes resolutivos específicos ao tempo em que, de igual forma, impulsionam-lhe o desenvolvimento e mutações cognitivas, culturais e ideológicas.

Bem por isso, não se pode legitimamente descurar das importantes e fundantes contribuições oferecidas pelo viés transdisciplinar para o tratamento da matéria relativa à infância e juventude. Por mais que se tenha estabelecido legalmente essa nova instância jurídico-protetiva, certamente, ainda não se operou socialmente a conversão cultural e ideológica pelos novos valores humanos em prol da criança e do adolescente. Neste sentido, Jean-Pierre Lebrun ao prefaciá-la obra de Charles Melman¹⁶, adverte para o fato de que as pessoas atualmente têm maiores dificuldades para estabelecerem critérios que possam “tornar mais claras as tomadas de decisões quanto para analisar as situações com as quais se defrontam.” Exemplo disto seria a surpreendente assunção de uma nova atitude das pessoas diante dos “acazos dos direitos da criança”.

Não é raro identificar dentre as pessoas que desenvolvem atividades no interior do complexo sistema de justiça infanto-juvenil brasileiro a total incredulidade na eficácia resolutiva oferecida pelo direito da criança e do adolescente, quando, não, estão convencidas de que tais questões podem ser satisfatoriamente resolvidas independentemente do estabelecimento de “novos conhecimentos”¹⁷. É

¹⁶ MELMAN, Charles. *Op. cit.* De acordo com Lebrun, “poderíamos pensar que, confrontados com todas essas questões, será suficiente produzir novos conhecimentos para nos guiar e nos permitir navegar com tranqüilidade nesse novo mundo. Mas deveremos rapidamente nos desencantar: o mais exaustivo dos saberes não evita ter que construir sua própria opinião para poder decidir como fazer face a evoluções maiores. Deve-se até dizer mais: é precisamente ali onde o saber vem a faltar que não podemos escapar à necessidade do julgamento. Por isso, se contarmos com um aumento dos conhecimentos, apenas remetemos para amanhã a confrontação com essa falta inelutável no saber, e nosso engajamento subjetivo só se tornaria mais difícil”.

¹⁷ BOMBASSARO, Luiz Carlos. *As fronteiras da epistemologia: como se produz o conhecimento*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 9 e ss. Para o Autor “a epistemologia, enquanto disciplina específica que trata do conhecimento” tem “importância para tradição do conhecimento”, tanto no “nível normativo (metodológico)”, quanto no “nível descritivo (histórico)”, contudo, apesar de “necessária não é suficiente para tratar da questão” acerca das “condições de possibilidade de todo o conhecimento” o que permite a “complementação entre epistemologia e hermenêutica como uma saída interdisciplinar viável”.

preciso evitar as generalizações normativas que se estabelecem através da abundante produção legislativa que paralelamente passam a cuidar de forma concorrente de idêntica matéria impossibilitando, assim, a compreensão acerca da regulamentação das atividades e comportamentos a serem desenvolvidos na comunidade em que se vive, senão, do sentido da norma que também visa implementar mutações culturais e ideológicas.

Este novo âmbito de conhecimento jurídico-legal – teórico e pragmático – requer também a construção de uma teoria jurídica específica que descreva as categorias elementares e os institutos fundamentais, precisamente, para que com isto se evite a reprodução das lógicas e técnicas legislativas que tão somente procuram funcionalmente proporcionar aparentes certezas e seguranças jurídicas¹⁸. Atualmente, não se pode mais de forma absoluta acreditar que tão somente a razão é capaz de prescrever as leis acerca da essência última de todas as coisas, como pretendia Immanuel Kant¹⁹. Contudo, um certo grau de imprecisão é essencial, segundo Alan F. Chalmers²⁰, pois quaisquer posturas cognitivas que se assumam teórica ou ideologicamente sobre a relação entre os inúmeros saberes e o mundo a respeito do qual versam tais conhecimentos, por certo, não devem excluir a possibilidade de desenvolvimento futuro. Entretanto, é preciso ter cuidado com o que se tem denominado de “ideologia da ciência”, a qual relativiza o conceito de ciência tanto quanto o de verdade com o objetivo único de assegurar a manutenção de “posições conservadoras”, ou seja, “categorias gerais de ciência e de método científico são usadas também para excluir ou suprimir áreas de estudo”, segundo Alan F. Chalmers²¹.

¹⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. *Idéias e instituições na modernidade jurídica*. In Revista Seqüência, Estudos Jurídicos e Políticos, Ano 16, nº 30, jun./1995, Florianópolis: CPGD-UFSC, p. 17-23. Neste sentido, conclui o autor que “a idéia de ‘ordem normativa’ e ‘segurança-fim’ deve estar subordinada às exigências humanas de legitimação e não a uma idealização tecno-formal sem limites, o que tem se revelado numa cultura individual-positivista natural impedimento da transformação e do avanço do Direito”.

¹⁹ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Valério Rohden e Udo Balduur Moosburger, 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. VIII (Os Pensadores; 7). De acordo com a consultoria de Marilena de Souza Chauí, “Kant foi ‘despertado do sono metafísico’ pelo pensamento de David Hume cujas análises, especialmente do conceito de causalidade, demoliam as pretensões do dogmatismo metafísico de afirmar verdades eternas a respeito da essência última de todas as coisas”.

²⁰ CHALMERS, Alan F. *O que é ciência afinal?* Trad. Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 211.

²¹ CHALMERS, Alan F. *Op. cit.* O Autor encerra sua obra afirmando que “embora um dos objetivos de meu livro seja acabar com o uso ilegítimo de concepções de ciência e método científico, eu espero também que ele faça algo para compensar as reações extremamente individualistas ou relativistas contra a ideologia da ciência. Não é o caso de que uma visão é tão boa quanto qualquer outra. Se uma situação deve ser mudada de uma forma controlada, quer a situação envolva o estado de desenvolvimento de algum ramo do conhecimento ou o estado de

1.1. ATIVIDADE E CAMPO DE CONHECIMENTO MODERNO

As idéias devem ser refletidas nas ações socialmente compartilhadas. No entanto, as ações devem ser orientadas pelas idéias que são defendidas publicamente. Por isso, não se pode admitir licença alguma para se subtrair ao compromisso público assumido a partir de pressupostos epistemológicos estabelecidos democraticamente – formal e materialmente – para orientação, criação e manutenção de opções políticas adotadas por determinado grupo social. Não é possível uma certa abstenção de coerência entre a idéia, a palavra e a ação. Pois, é precisamente nos espaços públicos que uma tal coerência pode e deve ser exigida, apesar das reações inusitadas e, por vezes, bisonhas que se possam contrapor. Esta tendência acadêmica absenteísta a todo o momento tem permitido a desvinculação com as posições teóricas e pragmáticas assumidas acerca de questões cruciais não só para o desenvolvimento epistemológico do novo conhecimento, mas, principalmente, para o desenvolvimento cultural da comunidade política.

Os direitos humanos destinados à criança e ao adolescente se constituem, por assim dizer, nesses pressupostos epistemológicos que fundamentam e comprometem publicamente toda a sociedade civil organizada ou não e as instâncias públicas de poder, pois “tem suas fontes em longínquos, sucessivos e permanentes esforços de mudança em favor da criança e do jovem, sistematicamente sufocados pelas concepções e práticas sustentadoras de um panorama legal e de um ordenamento institucional que transformaram os seus destinatários em objetos de medidas legais”, como bem ficou pontuado na Justificativa da proposição legislativa que criou o

desenvolvimento de algum aspecto da sociedade, isto será mais bem conseguido por meio de um controle da situação e de um domínio dos meios disponíveis para mudá-la. Isto envolverá ação cooperativa. A política ‘valeduto’, interpretada num sentido mais geral daquele que Feyerabend provavelmente pretendeu, deve ser evitada devido à sua impotência. Para citar novamente John Krige, *vale tudo...* significa que na prática, *tudo permanece*.”.

Estatuto da Criança e do Adolescente, então, formulada pelo Senador Ronan Tito²², enquanto Relator do Projeto de Lei.

A coerência teórico-pragmática ultrapassa os umbrais acadêmicos, exigindo, portanto, muito além da mera compatibilidade comportamental com as idéias que se defendem, também, a resistência afirmativa diante da “avalanche de casos trágicos” que são pinçados do caos existencial tão peculiar ao mundo da vida vivida, e, analiticamente, tão desorganizado – sintomático e necessário – precisamente, para fundamentar o discurso e a lógica cientificista, cuja proposição primeira é o próprio (re)ordenamento deste dado mundo existencial. A questão é que o âmbito meramente científico – ainda que, pragmático-experimental – não dá conta das necessidades sociais, precisamente, por oferecer estratégias e metodologias que nem sempre atendem minimamente as necessidades mais urgentes.

A mutação paradigmática empreendida pelas concepções fundantes do Direito da Criança e do Adolescente – quais sejam: a) de que criança e adolescente são sujeitos de direito; e b) de que devem ser respeitados por somente se encontrarem numa destas fases da vida, isto é, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, vulneráveis, pois, material, pessoal e socialmente –, por certo, demandam além da (re)orientação substancial, também, a metodológica, vale dizer, é preciso (re)tomar a estrada em direção à humanidade como centro de atenção de toda e qualquer norma jurídica.

Eis, o problema fundamental do conhecimento, segundo Pontes de Miranda²³, para quem toda forma de conhecimento – gnosiologia – que se pretenda verificável – falsificável por ser expressão científica –, na verdade, deveria funcionar como “um sistema de proposições e não um rol de conceitos: o jeto que extraímos pode

²² LABANCA, Luís Edmundo. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 3. Na justificativa do Projeto de Lei está dito que “o novo paradigma jurídico e de atendimento de direitos representado pelo presente projeto de Estatuto não nasceu exclusivamente da vontade e da competência, ainda que bem-intencionada, de um seletivo grupo de minoristas. Ao contrário, ele tem suas fontes em longínquos, sucessivos e permanentes esforços de mudança em favor da criança e do jovem, sistematicamente sufocados pelas concepções e práticas sustentadoras de um panorama legal e de um ordenamento institucional que transformaram os seus destinatários em objetos de medidas legais – e não em sujeitos de direitos – rotulando-os por uma conceitualização estigmatizante que, em lugar de propiciar o ‘bem-estar’ dos marginalizados, perseguia de fato e sistematicamente ‘a segurança e o desenvolvimento’ das estruturas marginalizadoras”.

²³ MIRANDA, Pontes de. *O problema fundamental do conhecimento*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999, p. 305 e ss. O Autor afirma que “por ser construtora e dissolvente de entidades do senso comum, entidades apontadas por ela mesma, no seu fazer-se indicativo, está ela a cada momento a impor certo recuo ao que o senso comum e a filosofia lhe apontam como coisa em si.”

servir antes de se lhe explicitar o conceito; é isso o que deu ao positivismo lógico a ilusão, no terreno gnosiológico, de ser necessariamente primeira a proposição. Cumpre separar o jeto e o conceito dele, mas ainda o jeto e a explicação do conceito.”.

Além disso, também se preocupa com a confirmação empírica da proposição teórica ideologicamente assumida, contudo, a confirmação/demonstração fática pode esbarrar num assim denominado “determinismo” estabelecido pelo “domínio coercitivo de uma causalidade insuperável”. Em virtude disso, a opção lógica que determina a demonstração metódica das posições que eventualmente podem ser assumidas – e não propriamente daquelas que foram assumidas – inverte a própria metodologia estabelecida para tal empreendimento, haja vista que se torna teórico-cientificamente insustentável/indemonstrável os motivos pelos quais ideologicamente uma tal posição foi assumida, a não ser precisamente pela subtração daquela lógica metódica estabelecida. No fundo, é estabelecida uma metodologia – método + lógica – que depõe contra essa própria lógica.

E isto se opera, precisamente, quando se permite uma indevida licença para dizer “coisas” a respeito das quais sequer convincentemente se acredita. Enfim, uma certa advertência acadêmica deve preceder a tais “licenças”, impedindo, pois, que pressupostos epistemológicos, pensamentos, idéias e palavras de que não se compartilham pragmaticamente possam constituir “coisas”, que, não raras as vezes, são indevidamente apropriadas para funcionar de forma performática e instrumental como discurso argumentativamente legitimador da atribuição de sentido – lógica – ao que em si e por si não possui e não pode possuir sentido.

A característica evolutiva do conhecimento não pode corresponder à mera sofisticação da barbárie, tornando-a cada vez mais palatável e conformadora. Diversamente, a evolução do conhecimento deveria possibilitar a construção – ordem construtivista, segundo Pontes de Miranda²⁴ – ao mesmo tempo em que deveria desvelar os preconceitos que permeiam o imaginário coletivo – tanto a opinião pública, quanto o senso comum jurídico-teórico – os quais são forjados cinicamente por meios

²⁴ MIRANDA, *Op. cit.* Segundo o Autor, o “realismo ou ‘coisismo’ é o presente de certas convicções (que sabemos, pela experiência, transitórias) sobre termos ou sobre relações violentamente ‘realizadas’ (no sentido de tornadas ‘coisas’). A referência à causa do fato, do objeto, é uma das maiores temeridades do espírito – referência geral, supõe tal relação onde talvez não exista, por ser ilusório o fato mesmo e indeterminada a explicação.”.

ilusórios acerca das causas de alguns acontecimentos que são colhidos de forma arbitrária para sustentar certas convicções.

1.2. CONTRIBUIÇÕES EPISTEMOLÓGICAS TRANSDISCIPLINARES

Uma forma de conhecer melhor e ou mais aperfeiçoada necessariamente não é a só científica – ou mesmo metodologicamente mais adequada sistemática e disciplinarmente – mas, sim, que deva ser mais consistente e coerente e, portanto, pelo menos aparentemente muito mais aceitável que os conhecimentos predecessores. A base do moderno conhecimento científico – e porque não dizer também o seu principal instrumental – é a estatística.

A estatística, segundo Hannah Arendt²⁵, é o tratamento matemático da realidade. E, desta forma, em sendo possível (re)significar os fenômenos sociais através desta estratégia científica, torna-se importante observar que a uniformidade estatística já não é mais um ideal científico inócuo, e, sim, passa a se constituir num ideal político de uma sociedade que aceita pacificamente a concepção científica inerente à sua própria existência.

A idéia primeira foi exatamente abordar o tratamento da epistemologia a partir do viés transdisciplinar, em particular, através das concepções filosóficas para, assim, contrapô-la tanto com as concepções sociológicas, quanto com as concepções psicanalíticas (conforme se verá na Parte II, desta Tese), pois toda e qualquer categoria elementar seja ela científica ou mesmo metodológica não pode mais ser utilizadas para “excluir ou suprimir áreas de estudo”, de acordo com o que já se disse com Alan F. Chalmers²⁶.

Mas, sim, propor um “re-direcionamento, talvez uma unificação, dos esforços empreendidos em diferentes campos do conhecimento, e que conduziram, lenta mas seguramente, ao núcleo do que constitui sua proposta: adesão ao real, descoberta da verdade pela recusa de negar, distorcer ou omitir a realidade.”, aos moldes de uma teoria crítica do direito como descrita por Luiz Fernando Coelho²⁷.

²⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 8ª ed., Rio de Janeiro. Forense, 1997, p. 47-59.

²⁶ CHALMERS, Alan F. *Op. cit.*

²⁷ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. Curitiba: L. F. Coelho, 1987, p. 66 e ss.

Eis, pois, o que se pretende oferecer para a constituição transdisciplinar de uma teoria jurídica do direito da criança e do adolescente, isto é, a formação de uma teoria jurídica que oriente a aplicação das regras legais estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro a respeito destas novas cidadanias – subjetividades – que demandam uma tendência, um encaminhamento para o atendimento das finalidades humanitárias optadas politicamente em prol da infância e da juventude.

Mas, isto também requer estratégias teóricas e pragmáticas que possibilitem o preenchimento do conteúdo daquelas regras (texto legal) consoante os valores (humanos) optados politicamente, pois, a atribuição de sentido (interpretação) deverá levar em conta os objetivos e finalidades traçados para a melhoria da qualidade de vida para além da mera regulação de comportamentos humanos, uma vez que somente assim será possível ampliar a efetividade jurídica e social das normatividades construídas de forma paritária e democrática em prol da infância e da juventude.

A proposição epistemológica se funda, por assim dizer, na transformação não só da perspectiva analítica que se possa estabelecer acerca dos valores sociais objetivados num determinado texto jurídico-legal – uma vez que se deve “assumir seu ponto de vista de classe, voltado para a transformação da sociedade”, segundo Luiz Fernando Coelho²⁸ –, mas, principalmente, na conformação ideológica que se disputa individual e comunitariamente no interior da sociedade brasileira acerca das questões teóricas e práticas jurídicas, políticas, culturais, econômicas, educacionais, etc. vinculadas à infância e à juventude.

2. ESTATUTO EPISTEMOLÓGICO DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

²⁸ COELHO, Luiz Fernando. *Op. cit.* Para o Autor, “mais importante do que fazer ciência é assumir a consciência do papel criador e transformador do cientista, tanto na natureza quanto na sociedade, mais importante do que o padrão metodológico é o projeto político, e, mais importante do que a descrição do projeto é a sua realização.”

Em que pese o fato de se ter politicamente adotado na Constituição da República de 1988 a doutrina da proteção integral antes mesmo da oficialização do conjunto de instrumentos legislativos internacionais – e dentre eles, em particular, a Convenção Internacional dos Direitos Humanos da Criança que é do ano de 1989 – percebe-se que intenso movimento popular brasileiro já havia ensejado (re)alinhamento democrático interno com as diversas dimensões humanitárias dos direitos mais comezinhos àquelas pessoas que se encontrassem na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade.

A sistematização da doutrina da proteção integral encontra-se sintetizada no art. 227 da Constituição da República de 1988, na qual é possível observar uma dupla dimensão estratégico-metodológica, isto é, ao mesmo tempo em que determina a adoção de medidas em prol dos direitos humanos da criança e do adolescente, também, preceitua limitações e restrições à intervenção que ameace, coloque em risco ou mesmo viole tais direitos. Neste sentido, Sérgio Augusto Guedes Pereira de Souza²⁹ esclarece que a doutrina da proteção integral se compõe de um sistema que possui “duas vertentes: uma positiva e outra negativa”.

A dimensão positiva da doutrina da proteção integral ensejaria o reconhecimento de uma sistemática de concessões à criança e ao adolescente, isto é, enquanto sujeitos de direitos originários e fundamentais são merecedores das medidas legais, políticas, sociais, econômicas dentre outras para a “fruição de tais direitos (informação, saúde, desenvolvimento, etc.)”. A dimensão negativa daquela doutrina determinaria “um sistema de restrições às ações e condutas” que pudessem se constituir em ameaça, risco ou violação aos direitos humanos afetos à infância e à juventude, inclusive, utilizando-se de medidas legislativas necessárias para tal desiderato.

A doutrina da proteção integral é decorrente da assunção interna de valores humanos afetos especificamente à infância e à juventude disputados tanto no âmbito interno, quanto no âmbito internacional, isto é, somente com o advento da

²⁹ SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os direitos da criança e os direitos humanos*. Porto Alegre: Safe, 2001, p. 71 e ss.

Constituição da República de 1988 estabelece-se, no Brasil, um sistema teórico-pragmático calcado em valores densificados internacionalmente como diretrizes, as quais, por certo, não se encontravam apenas especificados nas declarações, convenções e tratados internacionais.

Eis, pois, o compromisso humanitário e civilizatório assumido pelo Brasil no momento em que aceitou e ratificou a Convenção, devendo-se, então, implementar o compromisso assumido de “construir uma ordem legal interna voltada para a efetivação dessa proteção integral”³⁰, isto é, a construção não só dos marcos legais, mas, também, o desenvolvimento de políticas públicas orientadas pelas diretrizes humanitárias que promovam as mudanças sociais, políticas, ideológicas e culturais em prol dos valores humanos destinados especificamente à criança e ao adolescente.

Os pilares desta vertente internacional no ordenamento jurídico brasileiro, são a proteção integral específica e a prioridade absoluta. A promoção e defesa dos interesses da criança e do adolescente requerem para a sua mais perfeita operacionalização e integralidade de um instrumental teórico-pragmático que muito além de facilitar a adoção de medidas adequadas, também, ofereça permanência e emancipação.

A teorização de uma doutrina que fortaleça e especifique uma proteção integral certamente demanda a exegese necessária para a implementação de um conjunto de medidas legais e políticas a serem adotadas por diversos atores e construtores sociais, compartilhando responsabilidades – segundo o art. 227, da Constituição da República de 1988, inerentes à família, à sociedade e ao Estado – através do estabelecimento de uma rede de sistemas de proteções e garantias, em prol das crianças e dos adolescentes, zelando, pois pelos seus interesses e direitos.

A doutrina da proteção integral propondo a emancipação subjetiva e humanitária das pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento – art. 6º, da Lei Federal sob nº 8.069, de 13 de julho de 1990 –, então, representada pelo melhor ou superior interesse da infância e da juventude, por certo, rompeu com os valores decorrentes da teorização menorista que orientava a aplicação e implementação das categorias elementares e dos institutos jurídicos estabelecidos pela Lei Federal sob nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, então, denominado de “Código de Menores” cuja vertente caracterizava-se por ser peculiarmente repressivo-punitiva a tutela jurisdicional oferecida. A prioridade absoluta é uma opção política com efeitos

³⁰ SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Op. cit.*

jurídicos vinculantes, isto é, dentre inúmeras prioridades elencadas na Constituição da República de 1988, a criança e o adolescente merece e, por isso, destina-se atendimento prioritário dos direitos mais comezinhos (enquanto direitos individuais fundamentais, liberdades substanciais) à personalidade humana – como, por exemplo, à saúde, educação, habitação, alimentação, etc. Entretanto, no cumprimento e elaboração de políticos públicos para atendimento das funções estatais previamente definidos por lei, também, impera o primado da prioridade absoluta, vale dizer, dando-se preferência ao atendimento e cumprimento de políticas públicas que versem sobre interesses, direitos e garantias da criança e do adolescente, consoante mesmo dispõe o parágrafo único, do art. 4º, do Estatuto – em especial, a sua alínea “d)”³¹. A presente proposta de Tese acerca da possibilidade teórico-pragmática de (re)formulação do Direito da Criança e do Adolescente a partir de sua base epistemológica – senão também pelo viés metodológico transdisciplinar –, certamente, não poderia olvidar das questões relacionadas à linguagem específica a ser adotada a partir de então para expressar os novos valores humanitários que foram consignados significantes dos símbolos vivos da cidadania.

Diz-se, assim, “(re)formulação” para significar tanto a ruptura com os anteriores Sistemas de Justiça estabelecidos para a resolução de questões relativas à criança e ao adolescente, quanto para estabelecer uma nova dimensão jurídico-legal epistemologicamente humanitária e transdisciplinar. A linguagem própria e distinta das demais que expressão outros valores e sentidos, assim, não deixa de ser objeto de estudo também na presente proposta teórico-pragmática para o estabelecimento de um conhecimento específico relacionado às regras jurídicas de proteção especial e prioritária da infância e da juventude.

A proposição de (re)formulação epistêmico-transdisciplinar do Direito da Criança e do Adolescente – se é que anteriormente se pode dizer validamente que existiu um – certamente, também, passa pela utilização vernacular específica, vale dizer, é preciso “equipar-se com um vocabulário tão diferente” que os gestores do sistema de atendimento (rede de proteção) e os operadores do direito (sistema de garantias) não possam “tomar-lhe designações emprestadas” – com bem adverte Charles Sanders Peirce³² – aqui, especialmente sensível nos casos de responsabilização diferenciada do adolescente que eventualmente se envolveu na prática de condutas conflitantes com a lei. Pois, não é raro ainda perceber a utilização de expressões

³¹ Lei Federal sob nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

³² PEIRCE, Charles Sanders. *Escritos coligidos: gramática especulativa*. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 99-101. O autor adverte que é de “boa economia para a filosofia equipar-se com um vocabulário tão diferente que os filósofos pouco precisos não tentem tomar-lhe designações emprestadas.”

discriminatórias como, por exemplo, “menores infratores”, “delinquentes juvenis”, etc. e de institutos jurídico-penais, de cunho repressivo-punitivo como, por exemplo, “acusação”, “imputação”, pretensão de habilitação de “assistente de acusação”, “reincidência”, etc.

Entretanto, adverte-se que apesar da pretensão de uma terminologia específica e técnica, certamente, não se olvida das importantes contribuições transdisciplinares, estabelecendo-se, assim, uma comunidade de idéias humanitárias que se constitua pela liberdade de pensamento sob orientação da dignidade da pessoa humana enquanto símbolo do desenvolvimento teórico-pragmático das pesquisas a serem levadas a cabo acerca desta nova cidadania formada por crianças e adolescentes.

Como adverte Charles Sanders Peirce³³, o símbolo é coisa viva que muda lentamente apesar do significado crescer inevitavelmente, incorporando elementos novos e, por vezes, eliminando outros, pois, assim, é possível agregar novas concepções que facilitam a não só a compreensão, mas, também, a resolução das novas questões estabelecidas socialmente, e, aqui, em particular, naquelas relações em que se encontram envolvidos interesses, direitos e garantias das crianças e dos adolescentes.

³³ PEIRCE, Charles Sanders. *Op. cit.*

2.1. PROPOSIÇÕES EPISTEMOLÓGICAS DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Os novos institutos jurídicos, princípios, fundamentos, objetos e objetivos, em que se constitui este novel ramo do direito, considerando-se, pois, o próprio estabelecimento de um novo regime jurídico-legal que se inaugurou com o advento da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – orientada pela síntese da Doutrina da Proteção Integral objetivada no artigo 227, da Constituição da República de 1988.

Ademais, não se pode desprezar as implicações que a análise transdisciplinar tem oferecido para o reconhecimento de novas formas de relações humanas e sociais que se estabelecem nas diversas formas de convivência que se podem inserir crianças, adolescentes e seus respectivos núcleos familiares, pois, estas dimensões da personalidade humana estão por exigir reconhecimento e proteção jurídico-legal diferenciadas.

A questão se encontra na comunidade científica que não se destina ao estudo e pesquisa acerca dos direitos da criança e do adolescente, em particular, de fundo constitucional, isto é, enquanto expressão de opções políticas direcionadas à consolidação dos valores humanitários mais comezinhos à personalidade, à cidadania, senão, à própria democracia inerente às pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento, consoante consignado no art. 6º, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)³⁴.

³⁴ BRASIL, Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

No art. 227 da Constituição da República de 1988³⁵ foi descrita a síntese da denominada doutrina da proteção integral e especial então destinada à infância e à juventude, destacando-se, assim, para além do interesse superior da criança e do adolescente, a absoluta prioridade no asseguramento de seus direitos individuais de cunho fundamental. A diversificação da processualidade ficou a cargo do Estatuto da Criança e do Adolescente – arts. 152 a 224 – cuidando, assim, de maneira especial e diferenciada das inúmeras relações legais que crianças e adolescentes devam ser

³⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: 5 de outubro de 1988.

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

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

I – aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

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

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

II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III – garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

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

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

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

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

protegidas enquanto núcleo de preocupação da norma, haja vista o cunho humanitário traçado pela diretriz internacional, aqui, denominada de doutrina da proteção integral.

Em face disto, discute-se teoricamente a possibilidade do reconhecimento de inúmeros interesses que consoante a doutrina da proteção integral superam a dimensão social – solidariedade, fraternidade, dever moral –, para assim se estabelecer numa vinculação jurídica mais forte através da consignação legislativa, constitucional e estatutária. Deve-se, pois, respeitar muito mais a criança e o adolescente enquanto seres humanos titulares de direitos indisponíveis, vale dizer, enquanto sujeitos de direito (subjektividades), e não tanto por decorrência da obrigatoriedade de observância dos deveres legais destinados aos pais biológicos e ou responsável para criação, educação e afeto. Por exemplo, o direito à convivência familiar e comunitária, nos termos do art. 19 e seguintes, do Estatuto da Criança e do Adolescente, certamente, configura-se numa das espécies de direitos fundamentais que se destinam à infância e à juventude, que, contudo, através de prestações que não vinculam apenas a instância pública, isto é, às funções inerentes aos Poderes Públicos, mas, também, à sociedade civil e ao próprio núcleo familiar a que pertence a criança e ou o adolescente. Direitos que permitem a oposição, inclusive, aos pais biológicos enquanto detentores do poder familiar, ao responsável e a terceiros. Por isso, indaga-se: é possível o estabelecimento de um âmbito jurídico-legal específico para a resolução e tratamento das questões relacionadas com os interesses e direitos individuais, difusos e coletivos afetos à infância e à juventude? Enfim, um subsistema jurídico-legal específico junto ao ordenamento jurídico brasileiro que se destine à regulamentação do cuidado e do afeto referentes às relações sociais (de poder) que se estabelecem em prol da criança e do adolescente? Isto é, não só dos cuidados e das afetividades, mas, principalmente, do direito ao cuidado especial e diferenciado? As obrigações do guardião são legais, seja ele o próprio pai ou sua própria mãe ou mesmo o responsável legal. Mas, com fundo moral ou contratual, isto é, são decorrentes da solidariedade (social) ou então do reconhecimento político-humanitário da dignidade da pessoa humana que se encontra na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade? Ou o respeito aos interesses e direitos individuais, difusos e coletivos

afetos à infância e à juventude, enquanto adoção ideológica dos valores consignados na diretriz internacional humanitária denominada de doutrina da proteção integral?

O ponto essencial teórico-pragmático se vincula, aqui, precisamente, na possibilidade ou não do reconhecimento de direitos afetos à infância e à juventude, quando, não, por decorrência mesmo disto, a possibilidade da construção (reconhecimento existencial) de uma teoria jurídica específica (propedêutica) destinada ao direito da criança e do adolescente enquanto subsistema jurídico-legal delimitado (contextualizado programaticamente) na Constituição da República de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente, e, também, nas demais legislações que possuam figuras e regras jurídicas que cuidem de questões relativas aos interesses e direitos individuais, difusos e coletivos daquelas subjetividades.

2.2. CONSTRUÇÃO DEONTOLÓGICA DA TEORIA JURÍDICO-PROTETIVA

A idéia de direito como ordenamento jurídico, senão, como um dos seus subsistemas ou mesmo como disciplina jurídica curricular (saber) deve conter dimensões semânticas acerca do objeto (infância e juventude enquanto condição peculiar de desenvolvimento da personalidade humana), objetivos (proteção integral enquanto cuidado especial dos direitos individuais, difusos e coletivos afetos à criança e ao adolescente para emancipação da personalidade humana), fundamentos (direitos humanos e direitos fundamentais), metodologia (estratégias de viés transdisciplinar), princípios (dignidade da pessoa humana e doutrina da proteção integral), e, os sujeitos de direito (criança e adolescente – subjetividades). A primeira distinção que se deve realizar, por certo, destina-se a especificação dos objetos que serão tratados jurídico-legalmente neste novel âmbito do direito, quais sejam a infância e a juventude enquanto condição peculiar de desenvolvimento da personalidade humana, isto é, fases circunstanciais da vida do ser humano. Por isso, não se confundem com a criança e o adolescente enquanto sujeitos de direito, os quais se constituem em novas subjetividades, enfim, numa nova totalidade cidadã. É possível, pois, o reconhecimento teórico-pragmático do Direito da Criança e do Adolescente, enquanto subsistema jurídico-legal do ordenamento jurídico brasileiro (sistema), precisamente, por sua pertinência constitucional. A guarda possui como característica principal a sua precariedade maior ou menor segundo o caso concreto (previdenciária, provisória, peculiar, compensatória, compartilhada, propriamente dita por ser decorrente – consectário – do poder familiar). – arts. 33 e 248, do Estatuto. Uma norma jurídica para se constituir como tal deve ser necessariamente referenciada por um ordenamento jurídico, do qual então passa a partir disso a fazer parte. Contudo, insere-se numa espécie dos inúmeros subconjuntos de normas que exercem funções de reconhecimento dos diversos institutos jurídicos que possibilitam variegadas maneiras de imputação, estabelecendo-se, assim, relações entre as normas e as circunstâncias individualizadoras (fenomenológicas) então identificadas agora como condições significantes dos sujeitos do Direito – seres e entes jurídicos.

No entanto, é imperioso que se determine também algum critério para distinção tanto das normas, quanto dos subconjuntos e conjunto de normas para que se

possam dizer jurídicas. Para tanto, agrega-se tanto às normas, quanto aos conjuntos e subconjuntos de normas ditas jurídicas um critério distinto: a sanção jurídica. A funcionalidade de uma sanção jurídica é estabelecida no marco referencial do Direito, isto é, não só designa e distingue uma norma jurídica de qualquer outra variedade de norma – como, por exemplo, a decorrente de um esforço puramente moral – mas, também, confirma a propriedade jurídica da norma e do conjunto e subconjunto de norma a que pertence.

A sanção jurídica, assim, exerce uma função de reconhecimento, identificação e confirmação das normas e dos conjuntos e subconjuntos de normas jurídicas. A partir destas aproximações normativas, certamente, de viés kelseniano³⁶ – conforme as assertivas acima mencionadas – torna-se possível (re)discutir questões teóricas, por vezes, esquecidas, mas que importam na própria construção do que se tem dito e admitido como “Direito”. Esta espécie de recorrência – “lei de fluxo e refluxo”³⁷ –, no fundo, descreve a ampliação da espiral através da agregação de um novo elemento a cada volta que os giros criativo-constructivos realizam.

A realidade ontológica é propositalmente esquecida estratégica e metodologicamente para que, assim, fixe-se importância significativa nas normas jurídicas agrupadas em conjunto e subconjuntos, precisamente, através destes recursos metodológicos criativo-constructivos. A estes núcleos irreduzíveis de competência atribuem-se critérios constitutivos, os quais passam então a estabelecer o próprio centro de imputação de normas – isto é, os assim denominados “subconjuntos e conjuntos jurídicos”.

Desta forma, passa a ser lógico – e assim agregar legitimidade – quando não inteligível a concepção do sujeito do “Direito” como uma personalidade jurídica (“pessoa física”), uma vez que ao indivíduo atomizado são estabelecidas

³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984 (Coleção Studium).

³⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1986, p. 142 (Coleção Documentos Brasileiros, vol. 1). Nas lições do Autor, a advertência de sempre acerca da adequabilidade local, enfim, da brasilidade. Pois, “se no terreno político e social os princípios do liberalismo têm sido uma inútil e onerosa superfetação, não será pela experiência de outras elaborações engenhosas que nos encontraremos um dia com a nossa realidade. Poderemos ensaiar a organização de nossa desordem segundo esquemas sábios e de virtude provada, mas há de restar um mundo de essências mais íntimas que, esse, permanecerá sempre intacto, irreduzível e desdenhoso das invenções humanas. Querer ignorar esse mundo será renunciar ao nosso próprio ritmo espontâneo, à lei do fluxo e refluxo, por um compasso mecânico e uma harmonia falsa.”.

relações através de normas a partir de um subconjunto e ou mesmo de um conjunto de normas jurídicas. A sanção jurídica é o que deve ser segundo a norma jurídica, resgatando, assim, a validade desta estratégia metodologia empregada para não só confirmar tal lógica, mas, também, para angariar a sua aceitação. A sanção jurídica é o único conceito definido intencionalmente por suas características próprias e não relativa a qualquer outro conceito jurídico.

2.3. INTERCÂMBIOS PROPEDÊUTICOS

Os enigmas científicos estabeleceram uma nova metodologia investigatória: o intercâmbio reflexivo através das contribuições transdisciplinares. Enigmáticas propedêuticas constituem-se no ponto de partida para a análise tanto do

objeto a ser construído, quanto da metodologia construída para tal desiderato. A enigmática propedêutica é uma espécie de construção dedutiva e silogística de indagações que suscitem discussões multidisciplinares e analíticas acerca de assuntos de interesse comum à civilização humana, com base nas categorias cognitivas fundantes das diversas teorias do conhecimento que se constroem epistemologicamente acerca dos distintos objetos de análise.

Assim, de forma muito semelhante à metódica socrática, busca-se não mais respostas ou saídas escapatórias para questões meramente pragmáticas, mas, sim, a formulação de problemas-chaves, enfim, de perguntas e questionamentos que coloquem em marcha discussões acerca de assuntos cujo interesse importa a toda coletividade, através mesmo das inúmeras contribuições que os estudos transdisciplinares podem suscitar.

Desta forma, observa-se que a importância já não se encontra no deslinde das questões teóricas que podem ser formuladas sobre a resolução de problemas técnicos, jurídicos, sociais, culturais, políticos, econômicos, etc., ou seja, com vista às realizações pragmáticas, mas, diferentemente, no estabelecimento de intercâmbios reflexivos acerca de determinadas e importantes temáticas, como, por exemplo, a utilização científica da tecnologia das “células-tronco”, do “aborto de anencefálico”, do casamento e da adoção por homossexuais (homofobia e homocultura), dentre outros tantos assuntos. Um novo ramo do conhecimento jurídico – como o que aqui se pretende reconhecimento teórico-pragmático – certamente demanda construção epistêmica e metodológica que possa superar a condição sistêmica impelida pela teoria geral do direito que invariavelmente impõe os seus “autoreferenciais”.

O direito da criança e do adolescente também deve possuir suas categorias jurídicas elementares, senão, significado distinguido precisamente pelos objetos, objetivos, fundamentos, sujeitos que cuidar ontológica, sociológica, psicanalítica, filosófica e juridicamente. Dificuldade epistêmica e metodológica que se impõe ao direito da criança e do adolescente também é comum aos demais e já reconhecidos âmbitos jurídicos, pois vários são os significados que os termos lei, norma e direito possuem ou pretendem ter. As reflexões teóricas acerca do direito da

criança e do adolescente, enfim, as indagações de tipos epistemológicos, por certo, remontam a que espécie de conhecimento é ou deva ser este novo ramo jurídico-legal, o qual também possui distinguida “dogmática jurídica”, vale dizer, mecanismo de angariar conhecimento que supõe invariavelmente incorporação de valores e preconceitos.

A complexidade da interação social dificulta a assunção de novos valores independentemente da proposição política ou ideológica que subliminarmente a constitua. A dificuldade da constituição de vínculos de responsabilidade social que os paradigmas humanitários possam projetar e de que depende a própria existência humana, inscreve-se precisamente na falta de comunhão cultural com as novas proposições paradigmáticas de cunho humanitário, como aqui se identifica o da proteção integral.

O isolamento jurídico-legal tem demandado um comportamento distanciado dos “juristas” que invariavelmente vivem dentro dos códigos, mas, muito apartados dos “códigos” da vida vivida. A opinião pública e principalmente as pessoas que desenvolvem atividades junto ao Sistema de Justiça ainda acreditam que o mero sancionamento de uma legislação, senão, por vezes, a decisão ou o julgamento, por si só têm o condão de modificar o mundo fenomenológico da vida vivida. Na verdade, as complexas interações são as que modificam o mundo da vida vivida, através dos movimentos sociais e não através meramente da lei, isto é, uma sua expressão decorrente da produção legislativa ou da decisão judicial.

A lei não é em si uma ciência, mas, sim objeto do conhecimento que na valoração deste objeto deverá utilizar as outras contribuições disciplinares através de metodologia própria para construção de soluções adequadas aos casos concretos. Entretanto, é preciso ter cuidado com os denominados construtivismos radicais³⁸ que a tudo explicam através de um só método da avaliação, resultado e verdade, independentemente, da compreensão que se possa buscar através de teorias interpretativas, hermenêuticas, sociológicas, lingüísticas, dentre tantas outras

³⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: UnB, 1981 (Coleção Pensamento Político, 50). O Autor não descreve ou assume nada, sequer, uma ideologia, em particular, assim é possível reconhecer que o produto acontecido na sociedade estaria justificado, enfim, auto-legitimado.

contribuições disciplinares que pela importância estratégica requeira do conhecimento jurídico-científico uma abertura mais ampla para conhecer o objeto que se propõe: a lei.

Por isso mesmo, impõe-se o afastamento de certos idealismos filosóficos precisamente por não se ter uma única “sistemática jurídica” que possibilite perfeitamente ou de forma ideal o conhecimento do “direito”, pois apesar de existirem categorias homólogas em várias áreas do direito é razoavelmente compreensivo que existam noções diferentes entre os próprios teóricos ainda que de um mesmo setor do conhecimento jurídico-legal – por exemplo, o denominado direito penal juvenil tratado no Capítulo IX, da Parte III, desta Tese.

O pensamento jurídico é estruturado organizacionalmente por mecanismos implícitos que se direcionam a resolução de conflitos, por isso, as interpretações que se estabelecem dizem mais do que uma coisa, pois é indispensável a contextualização do texto legislativo às circunstâncias que dão peculiaridade a um caso concreto (contextualidade aberta). Até porque, a interpretação jurídica como sói acontecer com grande parte de toda prática social para além de possuir natureza discursiva, também, vincula o sentido das normas às intersecções subjetivas. Por isso, é possível o reconhecimento de novas dimensões do direito, senão, a própria possibilidade de (re)significar-se distintamente dos demais âmbitos jurídico-legais.

Teoria do conhecimento, assim, proporciona a superação da dogmática, enquanto forma de conhecimento, cuja base de trabalho acerca dos textos legais tem por característica ser sistemática, não contraditória, completa, coerente, consistência, simples e completa, para produzir ajustes do que parecia e até poderia ser uma contradição. Diversamente, a perspectiva epistemológica e metodológica mais ampla busca compreender a totalidade do objeto independentemente da nomenclatura que as várias disciplinas possam assumir, mas que por característica possuem reflexões sobre valores – fundamentos/limites próximos e remontados –, pois quando se faz direito, também se faz política, economia, etc., como, por exemplo, uma decisão legislativa, a qual pede solução à política para que se instrumentalize (veicule) através de lei um determinado valor.

Por isso, as decisões judiciais devem conter elementos derivados em sincronia disciplinar dos saberes e práticas que constituem a totalidade social. Pois, somente assim será possível reconhecer ao direito, enquanto prática social, o *status* validade como conhecimento cuja capacidade de predizer e explicar que o caracteriza muito mais do que a mera atividade de classificar. Esta característica crítica do direito o constitui como conhecimento interveniente, isto é, a predicação da conduta social é a própria predicação que não me permite neutralidade, pois o assunto possui mútua implicação com quem o faz. O assunto é implicado e ao mesmo implica aqueles que dele cuidam. Através dos mecanismos de legitimação o conhecimento opera a fundamentação e racionalidade de um saber que por si oferece uma outra legitimidade, enfim, uma outra explicação. De acordo com a proposta weberiana³⁹, para uma ordem funcionar é preciso que tenha potencialidade de organização que especifique as funções e estruturas sociais.

O direito enquanto organização estrutural e funcional pretende dar ordem ao mundo da vida vivida. Porém, só alguns eleitos manejam tal instrumento, por isso dizer Michel Foucault⁴⁰ que o saber enquanto prática do discurso implica poder, isto é, quando se sabe como verdadeiramente a sociedade funciona. Conhecendo a regra do jogo, poder social se incrementa, aumenta a inacessibilidade de outras pessoas neste saber, neste jogo, neste poder. A sofisticação do discurso jurídico utilizado pelos variados âmbitos do direito tem demandado outras especialidades, isto é, outros modelos discursivos de dominação, como, por exemplo, o uso alternativo do direito que no fundo é o direito alternativo “metabolizado” pelo direito estatal, pelas agências estatais para que assim lhe possa ser conferida uma utilidade (função) jurídico-legal no interior do Sistema de Justiça.

³⁹ PAIVA, Luis Henrique. *Weber e Popper: filosofia das ciências sociais*. São Paulo: Unimep, 1997, p. 41 e ss. Segundo o Autor, “o fato de um conhecimento ser útil a uma camada ou classe social específica não quer dizer que membros de outras camadas ou classes não possam reconhecer-lhe a verdade. (...) A presença de regras de validação específicas das ciências sociais, então, não se torna problema para uma epistemologia que, longe de deixar de reconhecer as especificidades substantivas que marcam as diferenças entre as ciências sociais e as naturais, fez perceber que a questão da objetividade do conhecimento tem determinantes gerais (o contraste entre a infinitude do real e a parcialidade – e finitude – do conhecimento) que independem de tais especificidades.”

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1996, p. 145. Segundo Foucault, a prática do discurso no interior das práticas sociais importa num “efeito, obedecendo, conseqüentemente, a uma estratégia. (...) discurso como ritual, como prática, como estratégia no interior das práticas sociais.”

Em decorrência disto, impõe-se a alternância lingüística em prol da nova conceitografia protetiva infanto-juvenil que demanda mesmo a mudança da orientação teórica do conhecimento. A doutrina da proteção integral passa a ter como objeto privilegiado de estudo tudo aquilo que é pertinente à criança e ao adolescente, constituindo, assim, uma epistemologia própria (teoria do conhecimento) para a resolução de casos concretos, através de formas sofisticadas e transdisciplinares que demandam a assunção dos novos valores humanitários e seus signos lingüísticos – como é particularmente próprio ao estabelecimento de uma nova teoria.

CAPÍTULO 2 – RACIONALIDADE JURÍDICO-PROTETIVA

1. CONCEITOGRAFIA JURÍDICO-PROTETIVA

Com o advento de um novo regime jurídico que passou a regulamentar as diversas relações, comportamentos e atividades socialmente desenvolvidas por crianças e adolescentes, e, por entidades e demais instituições acerca da infância e da juventude, tem-se que não só o marco legal, mas, também, particularmente, a partir daí foi estabelecida uma rede de princípios sistematicamente orientada pelo primado fundamental da dignidade da pessoa humana – art. 1º, inc. III, da Constituição da República de 1988⁴¹.

⁴¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: 5 de outubro de 1988.

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;”.

Mas, não foi só. Às crianças e adolescentes enquanto pessoas, seres humanos, enfim, protagonistas de suas vidas em plenitude, entendidos, assim, como sujeitos de direito, destinou-se especificamente o primado constitucional da proteção integral, nos termos do art. 227, da Constituição da República de 1988⁴² e do art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴³ – diga-se, também, especial e prioritariamente absoluta – por reconhecimento político que culturalmente, portanto, adotou os valores humanitários pertinentes àquelas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade – art. 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁴.

Em decorrência mesmo disto, é possível legitimamente afirmar que o primado constitucional da proteção integral, especial e prioritariamente absoluta também encerra em si o marco teórico-pragmático dos direitos humanos da criança e do adolescente então denominado de Doutrina da Proteção Integral. A Doutrina da Proteção Integral, assim, consolida-se epistemologicamente como o conjunto de conhecimentos e estudos teóricos e pragmáticos que descrevem conceitograficamente⁴⁵ as novas e elementares categorias jurídicas que compõem os direitos individuais e as garantias fundamentais inerentes à infância e a juventude, isto é, constitui-se como fundamento de um novo subsistema jurídico-legal que se estabeleceu no ordenamento jurídico brasileiro, então, denominado de Direito da Criança e do Adolescente.

A Doutrina da Proteção Integral constitui-se, assim, no que denominou Johann Gottlob Frege⁴⁶, “um centro firme à volta do qual reúnem-se representações”,

⁴² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: 5 de outubro de 1988.

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

⁴³ BRASIL, Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

“Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”

⁴⁴ BRASIL, Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

“Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar de criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

⁴⁵ FREGE, Johann Gottlob. Sobre a justificação científica de uma conceitografia. In PEIRCE, Charles Sanders FREGE, Johann Gottlob. *Escritos coligidos*. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 191-195 (Os Pensadores). De acordo com o Autor, “Nas partes abstratas da ciência faz-se sentir continuamente a falta de um meio de evitar mal-entendidos e, ao mesmo tempo, erros no próprio pensamento. Pois carecemos sempre de sinais sensíveis para pensar. Nossa atenção é por natureza orientada para o exterior. (...) de não ser mais preciso falar em voz alta para pensar; pois apesar de tudo pensamos em palavras, e se não em palavras, ao menos em sinais matemáticos ou outros quaisquer. (...) Sem sinais, também dificilmente nos elevaríamos ao pensamento conceitual. Atribuindo o mesmo sinal a coisas semelhantes, designamos propriamente não mais a coisa singular mas o que lhes é comum, o conceito”.

⁴⁶ FREGE, Johann Gottlob. *Op. cit.* Como adverte o Autor “apenas obtemos este conceito designando-o; pois sendo em si mesmo não-intuitivo, carece de um representante intuitivo a fim de poder aparecer-nos. Assim o

isto é, um núcleo irreduzível de liberdades substanciais e dos consectários de suas expressões à volta do qual reúnem-se os direitos individuais e as garantias, ambos de cunho fundamental, que, possibilitam a construção e manutenção dos Direitos Humanos da Criança e do Adolescente para o atendimento das necessidades mais comezinhas dessas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento. Os novos institutos legais e categorias elementares que constituem e, por assim dizer, também, encontram-se fundamentados pelo Direito da Criança e do Adolescente, devem ser pensados conceitualmente segundo os novos valores humanos destinados à infância e à juventude, então, consignados e orientados pela Doutrina da Proteção Integral.

O marco legal funciona assim como ponto de partida para o asseguramento dos novos valores humanos para a infância e a juventude, quando, não, para o estabelecimento dos princípios, dos conceitos, dos objetos, dos fundamentos deste novo direito da criança e do adolescente, pois, como adverte Johann G. Frege⁴⁷, os sinais possibilitam não só a representação dessas conquistas civilizatórias e humanitárias, mas, também, consignam expressamente os valores histórica e culturalmente alcançados para que seja sempre possível tê-los presente na memória. A Doutrina da Proteção Integral, assim, expressamente consignada tanto constitucional quanto estatutariamente constitui-se no novo “centro firme” que tem afirmado o mencionado autor, à volta do qual gravitam, agora, os direitos humanos das crianças e adolescentes em forma de direitos individuais e garantias, de cunho fundamental.

Por isso, nunca é demais se reafirmar os valores humanos que foram consignados tanto na Constituição da República de 1988, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em prol da infância e da juventude, pois, hoje, apesar dos avanços alcançados principalmente com as práticas de atendimento, as políticas públicas e as organizações sociais, observa-se que ainda é preciso avançar mais na direção prioritária acerca das dotações orçamentárias e do apoio institucional do poder público. O superior interesse é porque em relações a outros interesses a serem preservados, certamente, o pertinente à infância e ao da juventude deve ser sempre

sensível descortina para nós o mundo do que não é sensível.”

⁴⁷ FREGE, Johann Gottlob. *Op. cit.* O autor afirma que “mesmo sem sinais a percepção de uma coisa pudesse reunir à sua volta um conjunto de imagens da memória. Mas não seria possível concentrarmo-nos nelas: uma nova percepção faria estas imagens mergulharem na noite e emergirem outras. Se produzirmos porém um sinal para uma representação evocada por uma percepção, criamos assim um novo centro firme à volta do qual reúnem-se representações.”

considerado superior enquanto decorrência lógica do princípio constitucional da prioridade absoluta, isto é, no atendimento e prestação de serviços a criança e o adolescente serão primeiramente contemplados, prevalecerão.

Assim, tanto o superior quanto o melhor interesse da criança e do adolescente devem possuir conteúdo humanitário e por isso mesmo enquanto opção político-constitucional devem ser tidos como fundamentais. Pois, somente assim será possível fugir do lugar comum que apesar de sempre significar algo não raras as vezes encontra-se vazio de sentido.

O melhor interesse para a infância e para a juventude, certamente, não decorre do que egoisticamente se pode entender como tal nos inúmeros acontecimentos e relações que possam se encontrar a criança e o adolescente, mas, sim, deve ser resultado da compreensão que se possa paritariamente alcançar a partir do que determinam as leis de regência – em especial, a Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente – e as circunstâncias de cada um dos casos concretos oferecem para a construção de uma resolução que se configure a mais vantajosa para o asseguramento e efetivação dos direitos individuais e das garantias fundamentais pertinentes à infância e à juventude.

Destarte, ao se afirmar o atendimento das funções estatais mínimas para a realização dos direitos mais mezinhos da personalidade humana ou então na implementação de medida legal aplicada administrativa ou judicialmente com base no superior ou no melhor interesse da criança ou do adolescente, deve-se sempre procurar dar expressão material às liberdades substanciais, isto é, aos direitos individuais como, por exemplo, à saúde, à educação, à convivência familiar e comunitária, dentre tantos outros, forjando-se, desta maneira, o conteúdo humanitário e, político-constitucionalmente fundamental.

A determinação do conteúdo humanitário vincula-se integralmente à centralização da atenção e do respeito destinados à pessoa humana, e, aqui, com especial cuidado àquelas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade, vale dizer, assegurando-se as condições mínimas para a construção digna destas novas subjetividades denominadas de crianças e adolescentes que encontram como condição elementar a necessidade de materialização do primado constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana – art. 1º, inc.

III, da Constituição da República de 1988. A conceitografia requer distinção entre conceito e objeto, segundo Johann G. Frege⁴⁸. Enquanto doutrina é expressão de direitos, enquanto princípio é elemento integrativo. Como doutrina estabelece uma rede de princípios protetivos, especiais, prioritários e humanitários em prol da infância e da juventude.

O Direito da Criança e do Adolescente, assim, passa a tratar dos assuntos, interesses, direitos e garantias, como, também, dos riscos e conflitos a que se submetem a infância e a juventude brasileiras enquanto novas dimensões da cidadania que é pertinente àquelas pessoas que se encontram naquela condição peculiar de desenvolvimento.

Entretanto, Gaston Bachelard⁴⁹ adverte para o risco sempre presente acerca da conceituação de institutos – isto é, a conceitografia enquanto “hábito de conhecimento” – que apesar de muito auxiliar a construção de regras que possibilitem a proteção, promoção e defesa de direitos individuais, difusos e coletivos indisponíveis afetos à criança e ao adolescente, por certo, também terminam por aprisionar através da linguagem técnica a liberdade indispensável (criação) que a transdisciplinaridade requer para oferecer importantes contribuições à resolução do caso concreto. Pois, aqui, no âmbito jurídico-legal, o sentido invariavelmente é delimitado – senão perdido – precisamente para se atender ao desejo incontável de segurança jurídica e da certeza do direito, ainda, que, funcionem apenas como anteparos (promessas) argumentativos para discursivamente justificarem (legitimarem) o controle social que se opera através da intervenção estatal.

⁴⁸ FREGE, Johann Gottlob. *Op. cit.* .

⁴⁹ BACHELARD, Gaston. *O ar e os sonhos: ensaio sobre a imaginação do movimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1990. Com o autor “poderíamos ligar nossas conclusões e colocar o problema da libertação no próprio plano da imagem literária. Com efeito, na linguagem ativa da literatura, o psiquismo quer reunir, como em todas as suas funções, a mudança e a segurança. Organiza hábitos de conhecimento – conceitos – que irão auxiliá-lo e aprisioná-lo. Isto em benefício da segurança, a triste segurança. Mas ele renova suas imagens, e é pela imagem que se produz a mudança. Se examinarmos o ato pelo qual a imagem deforma e extrapola o conceito, sentiremos em ação uma evolução de duas flechas. De fato, a imagem literária que acaba de formar-se se adapta à linguagem antecedente, inscreve-se como um cristal novo no solo da língua, mas antes, no instante de sua formação, a imagem literária satisfaz a necessidades de expansão, de exuberância, de expressão. E os dois devires estão ligados, pois parece que, para exprimir o inefável, o evasivo, o aéreo, todo escritor tem necessidade de desenvolver temas de riquezas íntimas, riquezas que têm o peso das certezas íntimas”.

1.1. DIREITO E SUBJETIVIDADE

É possível estabelecer outros horizontes de sentidos não só através da cientificidade, pois, como se sabe, noções de espaço e de tempo passam por mutações cada vez mais complexas e dinâmicas que acabam por demandar a partir da modernidade uma nova (re)interpretação do mundo. Os expectadores hoje dos acontecimentos e fenômenos necessitam de um esforço cada vez maior para desvelar os interesses nem sempre confessados que se imiscuíram nas diversas dimensões do conhecimento humano. Pois, é precisamente através de tais acontecimentos (fatos, fenômenos) que são transmitidos através da comunicação – mental e socialmente – de geração a geração as tradições culturais – princípios, valores, metas e objetivos – através da aquisição de linguagens cada vez mais sofisticadas e racionais. Assim, já não é rara a substituição das instâncias naturais pelas instâncias culturais que tanto subvertem os valores humanos em nome de uma pretensa ordem mental e social. Sociedades receptoras caracteristicamente são interculturais. As sociedades receptoras possuem, assim, uma diversidade de guetos culturais que necessariamente devem se comunicar, e, por isso, devem estabelecer canais de comunicação diferenciados e que não se limitem a mera tolerância⁵⁰, mas, particularmente, no respeito e responsabilidade⁵¹ que muito bem pode se operar através do reconhecimento mútuo das diferenças na busca comum da superação das desigualdades. A racionalidade é representação cultural da realidade. A política, em face disto, é chamada para dar conta dos lugares comuns. Porém, a intervenção política nem sempre é orientada por valores compatíveis com tal desiderato, quando, não, estruturada faticamente na corrupção –

⁵⁰ MOORE JR, Barrington; MARCUSE, Herbert; e WOLFF, Robert Paul. *Crítica da tolerância pura*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. De acordo com Herbert Marcuse, a questão fundamental acerca da tolerância é a sua utilização quase sempre arbitrária e conformativa, pois é preciso “romper a tirania da opinião pública e de seus manipuladores na sociedade fechada.”

⁵¹ APEL, Karl-Otto. *Estudos de moral moderna*. Trad. Benno Dischinger. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 193 e ss. O Autor afirma que “o novo problema consistiria, portanto, na necessidade de uma *Macro-ética*. Nela – além da responsabilidade moral de cada um em face de seu próximo, e também além da responsabilidade do político, no sentido convencional da ‘razão de estado’ – tratar-se-ia de organizar a responsabilidade da humanidade ante os efeitos principais e colaterais de suas ações coletivas em medida planetária.”

em todos os sentidos – e que se torna referencial comunicativo para a sociedade, impondo-se, uma viragem na mirada que a sociedade deve fazer sobre si mesma.

A racionalidade⁵² se torna a cada dia um processo mais complexo e contraditório, em decorrência mesmo da universalização pretendida de valores (globalização⁵³), sem, contudo, desprezar a necessidade do reconhecimento também cada vez maior das novas subjetividades (individualidades). A materialidade enquanto faticidade (fenômeno) também é sentido – ainda que agregado de outros sentidos – enfim, é construção humana, social, histórica, objetiva e subjetiva. Com efeito, uma nova teoria do imaginário se impõe. Isto é, uma nova concepção teórico-pragmática do subjetivo a ser construído pela sociologia e conhecimentos afins que a partir de agora reconheçam não só os sujeitos individuais, mas, também, os sujeitos coletivos – subjetividades coletivas – e, principalmente, as articulações que se realizam entre aquelas subjetividades, pois, a modernidade tem antecipado a extinção dos sujeitos e a perda de perenidades.

Identificar a sua posição na realidade social tem sido ultimamente o maior desafio da pessoa humana. O paradigma da consciência, o autoconhecimento, enfim, já não é garantia mais da transmissão das tradições e das rotinas – tradição das rotinas. O autoconhecimento, agora, tem servido de estratégia diferenciada para uma maior reflexão acerca da ocupação do espaço e tempo do sujeito. Até porque, hoje em dia, já não é rara a substituição das tradições por decisões políticas – opção por valores e princípios – em função de uma dada e circunstancial governabilidade. A hegemonia de blocos alinhados acaba por estabelecer uma nova ordem (ou desordem), isto é, “amplos consertos”, através de sua cada vez maior presença – valores universalizantes (globalização) – e multiplicidade de interações, construindo e desconstruindo incertezas.

⁵² MOORE JR, Barrington; MARCUSE, Herbert; e WOLFF, Robert Paul. *Op. cit.* Para Herbert Marcuse o direito da livre expressão deve exigir a suspensão da tolerância, antes do ato, na fase da comunicação, haja vista que as “opiniões e ‘filosofias’ diferentes não podem mais concorrer pacificamente pela adesão e persuasão utilizando fundamentos racionais”.

⁵³ VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 43-68. Segundo o autor “o conceito de sociedade civil vem sendo cada vez mais utilizado para indicar o território social ameaçado pela lógica dos mecanismos político-administrativos e econômicos, bem como para apontar o lugar fundamental para a expansão potencial da democracia nos regimes democrático-liberais do Ocidente.”.

Novos interrogantes projetados pelas novas subjetividades que emergem e que necessitam de reconhecimento (respeito), são constitutivos e exigem a sempre necessária transdisciplinaridade que, por qualidade, requer a presença de outros discursos associativos e ou mutativos (rupturas) para a compreensão do que possa hoje ser denominado como mundo real, através mesmo das inovações epistemológicas e das estratégicas metodológicas. O impacto do enigmático – enigmaticidade – frente à diferença, certamente, é fundante para a interação social do ser com o outro, possibilitando, assim, a consciência do que se é, do que não se quer ser, e, do que se pretende ser. O direito não deixa também de impactar por sua enigmaticidade, possibilitando, assim, a construção social da personalidade tanto através da norma, quanto de sua prática social. O direito funciona como regra básica do jogo social, o que por si só demanda responsabilidade ética para a formação e manutenção de um poder diferenciado estruturante, que, entretanto, não deixa de ser também dominante. O saber jurídico ou do que possa a vir “o jurídico” outorga poder social, cujo sentido profundo deva ser a tarefa de se postar sempre a serviço da emancipação humana, enquanto condição basilar da dignidade da pessoa humana, então, representada pela possibilidade de acessos para a melhoria da qualidade de vida.

O “poder” para ser aceito socialmente não se opera sem que esteja legitimado, ainda que através de acordos que demandem alguns sacrifícios. Os acordos, por sua vez, requerem objetivação legislativa (legalidade) revestindo-se, assim, como expressões dos valores optados. Esses valores objetivamente expressos na lei é que se constituem nos pontos de partida para o estabelecimento dos sentidos a serem nuclearizados nas regras jurídicas. Mas, o preenchimento do conteúdo da norma não se afasta definitivamente das inúmeras ideologias socialmente disputadas pelas hegemonias comunitárias. Com efeito, é possível dizer que o sentido profundo da tarefa do direito passa a ser o de permanentemente se postar a serviço da melhoria da qualidade de vida individual e comunitária enquanto condição basilar para a dignidade da pessoa humana.

Destarte, observa-se que na composição do Estado brasileiro que se pretende de Democrático (Constitucional⁵⁴) e de Direito, é imperioso notar que os valores humanos, senão, aqueles mais comezinhos a dignidade da pessoa humana, encontram-se forjados objetiva e legislativamente no corpo da Constituição da República de 1988, passando, assim, a funcionarem como os “sentidos” que informarão tanto as regras que regulamentam atividades e comportamentos sociais, quanto as regras que interpretam aquelas regras⁵⁵.

Porém, a teoria social enquanto “jogo” tem provocado efeitos colaterais indesejados e incontrolláveis que submetem cada vez mais o sujeito – segundo, Jacques Lacan⁵⁶ – a socializações que redundam na perda invariavelmente de suas identidades individual e comunitária⁵⁷, quando, não, de suas próprias liberdades substanciais⁵⁸, em que pese se encontrar ao lado de uma miríade de subjetividades.

1.2. ESTATUTO DEONTOLÓGICO JURÍDICO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

⁵⁴ CADEMARTORI, Sérgio U. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

⁵⁵ ZAGREBELSKI, Gustavo. *Manuale diritto costituzionale: il sistema delle fonti del diritto*. Vol. I, Torino: UTET, 2000.

⁵⁶ LACAN, Jacques. *O seminário, livro 11: os quatro conceitos fundamentais da psicanálise*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 12 e ss. De acordo com Lacan “sem dúvida, ser negociado não é, para um sujeito humano, uma situação rara, contrariamente à falação que diz respeito à dignidade humana”, pois, “qualquer um, a todo instante e em todos os níveis, é negociável, pois o que nos dá qualquer apreensão um pouco séria da estrutura social é a troca. A troca de que se trata é a troca de indivíduos, isto é, de suportes sociais, que são ademais o que chamamos sujeitos, com o que eles comportem de direitos sagrados, diz-se, à autonomia. Todos sabem que a política consiste em negociar e, desta vez, por atacado, aos pacotes, os mesmos sujeitos, ditos cidadãos, por centenas de milhares”. Até porque, o “objeto de moderação indevida, de uma espécie de falso pudor, se alguém a testemunhasse de fora. Do lado de dentro, posso dizer-lhes que essa dimensão é perfeitamente legítima, que ela pode ser vivida do ponto de vista analítico, e mesmo a partir do momento em que é percebida, de maneira que a supera – isto é, sob o ângulo do humor, que não é aqui senão o reconhecimento do cômico”, pois o “fundamento tem mais de um sentido”.

⁵⁷ MENDES, José Manuel de Oliveira. Uma localidade da Beira em protesto: memória, populismo e democracia. in SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 201 a 247. De acordo com o autor, existem processos identitários pessoais e coletivos. E, com apoio em William Gamson (Talking Politics. Cambridge: Cambridge University Press, 1992), assevera que a “identidade coletiva inscreve-se também em um longo trajeto de luta e resistência, num percurso de sofrimento e de abandono, um quadro de injustiça”.

⁵⁸ SEN, Amartya K. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

Com o advento da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – estabeleceu-se, no Brasil, uma nova deontologia jurídica de matiz eminentemente protetivo, isto é, a partir de então todas as pessoas que se encontrem na peculiar condição de desenvolvimento de suas personalidades – ou seja, com idade inferior a 18 (dezoito) anos de idade⁵⁹ – são detentoras de direitos individuais e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados e, assim, instrumentalmente operacionalizados através da mencionada codificação especial que deve ser implementada a partir da interpretação orientada pela Doutrina da Proteção Integral, enquanto opção política adotada e (re)alinhamento com a diretriz internacional dos Direitos Humanos da Criança e do Adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente como qualquer outra legislação fora constituído para regular comportamentos humanos, com vistas ao estabelecimento, no presente, de condições para um futuro melhor destinado especificamente às crianças e aos adolescentes. A pretensão da permanência legislativa condutora das novas relações sociais que se fundem para o atendimento dos direitos mais mezinhos destas novas subjetividades e cidadanias, por certo, não tem o condão de definitividade. É por isto que não se milita a favor da concepção de que as mudanças de comportamentos se possam tão-somente operar através da sempre e simples singeleza modificativa de textos legais.

Os avanços culturais e sociais de uma certa comunidade determinarão uma permanente superação da onipotência legislativa, contudo, nem sempre através de sua modificação, mas, certamente, através de interpretações emancipatórias e humanísticas que possibilitem a todo tempo a adequação/atualização do texto legal com o atendimento das necessidades vitais básicas individuais e comunitárias, sem, contudo, obstar, limitar ou suprimir direitos individuais de cunho fundamental.

⁵⁹ Neste ponto, ressalva-se a possibilidade de pessoas com até 21 (vinte e um) anos também merecerem tratamento diferenciado e orientado pelo primado da proteção integral, através de medidas sócio-educativas aplicáveis a atos infracionais – art. 112, Lei Federal sob nº 8.069, de 13 de julho de 1990 –, então, praticados à época em que tais pessoas ainda se encontravam na peculiar condição de desenvolvimento, isto é, com idade igual a 12 (doze) anos e inferior a 18 (dezoito) anos, consoante dispõe o § único, do art. 2º, do Estatuto (*Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade*). Observe-se também o que dispõe o § 5º, do art. 121, do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos casos em que se aplica a internação como medida sócio-educativa, isto é, enquanto medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, a liberação deverá ser compulsória quando a pessoa alcançar os vinte e um anos de idade, entretanto, advirta-se que a mencionada liberação exige determinação judicial para tanto, motivo pelo qual eventual atraso ou procrastinação resultará na responsabilização civil e penal daquelas pessoas que os provocaram.

Ademais, observa-se desde a muito que a nem a vida privada ficava imune às ingerências absolutas do Estado⁶⁰. O Estado – senão a idéia que se faz deste ente metafísico tão próximo da realidade – desde então interfere em tudo, mesmo nas coisas mais insignificantes sente-se a sua presença tanto ao permitir, quanto ao proibir, por séculos vem determinando o movimento social, senão, a própria dinâmica da existência humana. Até porque, em toda e qualquer investigação sobre a natureza do direito e suas funções, não se pode desconsiderar a sua dimensão normativa de controle social. Pois, além do controle social que se dá informalmente – de acordo com a Sociologia Jurídica – através dos usos, costumes e opinião pública, também, observa-se que se opera formalmente pelo exercício das leis do Estado, em especial, pelos operadores, senão, construtores jurídicos. Contudo, permanece a discussão tanto sobre a semelhança ontológica social, quanto da divisão política e organizacional de tais controles, no sentir de João Batista Ericeira⁶¹.

A tarefa que se impõe para tal adequação/atualização não é só ou mesmo particularmente própria da instância jurídico-legal, mas, sim, de todos os construtores sociais. As interposições legislativas devem ser revestidas através do reforço interpretativo que se orientem pelas mudanças comunitárias e criativas do conteúdo material da letra da lei. A facilitação que aparentemente possa representar a simples modificação do texto legal, para a superação das dúvidas interpretativas, quando, não, em nome mesmo de uma maior efetividade tanto jurídica, quanto social, no fundo, não oferece qualquer garantia de que tais promessas possam ser razoavelmente realizadas.

E o que se afigura pior, as cotidianas modificações legislativas, sequer, oportunizam o amadurecimento necessário dos novos valores comunitários que foram expressos na letra da lei, impossibilitando-se, assim, a construção de tradições interpretativas humanitárias, em decorrência mesmo do turbilhão avassalador estabelecido por um pragmatismo barato e desvinculado de qualquer responsabilidade político-social. O Estatuto da Criança e do Adolescente é uma legislação inovadora que permite não só assegurar os direitos e garantias à criança e ao adolescente, mas, acima de tudo, demanda uma nova compreensão acerca destas novas cidadanias, vale

⁶⁰ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 1987. O autor relata que o homem grego estava submetido, sem qualquer reserva, à cidade, pertencendo-lhe inteiramente.

⁶¹ ERICEIRA, João Batista. *Como decidem os juízes no Estado do Maranhão*. São Luís: EDUFMA, 1994.

dizer, uma verdadeira mutação cultural por novos valores, enfim, por valores humanitários que requerem para tanto antes do mais uma conversão pessoal em prol da infância e juventude.

A proteção integral é uma vertente dos Direitos Humanos destinada, em especial, às crianças e aos adolescentes. No Brasil, com o advento da Constituição da República de 1988, consagrou-se a proteção integral como orientação principiológica não só para informação das inúmeras medidas legais a serem adotadas para a promoção e defesa dos interesses indisponíveis e direitos individuais, de cunho fundamental, das crianças e dos adolescentes, mas, principalmente, para a construção teórica de um conhecimento específico que se desenvolva através do viés transdisciplinar, buscando-se, assim, contemplar contribuições e experiências que as diversas áreas do conhecimento podem ofertar. A proteção integral, assim, constitui-se num marco teórico-pragmático, isto é, uma nova doutrina que fundamenta as relações em que se encontrem envolvidas crianças e adolescentes, principalmente, para a racionalidade a ser empreendida pelo Poder Público, enquanto razões do Estado. Pois, nem sempre é fácil a mutação político-ideológica das instâncias e estruturas de poder no interior das instituições públicas, quando, não, também a manutenção de uma nova “ordem significativa dos objetivos de fato da ação e a dos valores”, segundo Gabriel Cohn⁶², aqui, humanitários em prol da infância e da juventude.

Aqui, no âmbito jurídico, a proteção integral constitui-se numa novel dogmática jurídica infanto-juvenil, isto é, longe de ser meramente a ciência deste novo campo jurídico-legal, a proteção integral enquanto doutrina orienta o desenvolvimento de atividades não só teórico-pragmática, mas, sobretudo, legislativa, estabelecendo-se, assim, na ordem principiológica constitucional, como garantia fundamental e democraticamente limitadora da intervenção estatal. Pois, os princípios devem ser utilizados pelo legislador como uma espécie de “programa de ação”, isto é, devem informar as opções políticas a serem transformadas em leis – conforme leciona

⁶² COHN, Gabriel. *Crítica e resignação: Max Weber e a teoria social*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 227 e ss (Tópicos). Destaca o Autor que “quando o foco da orientação da ação incide sobre o mundo dos dados de fato, o mundo das referências valorativas perde nitidez, furta-se a consideração racionalizadoras; e reciprocamente. Isso representa um obstáculo intransponível a qualquer processo de racionalização integral do mundo. Pois o limite que assim se impõe à racionalidade não diz respeito a algo intrínseco aos objetos de que trata a ação, mas às próprias atitudes dos agentes diante dos significados desses objetos no curso de suas ações.”.

Eduardo J. Couture⁶³, para quem – “o que, em primeiro lugar, se apresenta ao legislador não é a tarefa de redigir leis, mas a de formular princípios”, até porque, os próprios princípios também são revelados através das leis.

Entretanto, advirta-se que a proteção integral tanto como doutrina, quanto princípio, certamente, não deve ser confundida com um dogmatismo, pois “por mais bem elaboradas e assentadas na ordem jurídica, não deixam de ser as normas jurídicas algo teórico, que precisa ser experimentado e avaliado, em conformidade com os resultados que produzam no meio social.”, segundo Plauto Faraco de Azevedo⁶⁴. A aplicação jurisdicional das normas jurídicas é o teste decisivo para a verificação, na realidade social, de sua capacidade – adequabilidade/potencialidade – de resolução dos conflitos de interesses da vida intersubjetiva.

A proteção integral assim encontra-se diretamente vinculada ao asseguramento da dignidade da criança e do adolescente enquanto seres humanos que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento de suas personalidades, senão, protagonistas de seu tempo e de suas histórias e projetos de vida, enfim, novos cidadãos que por isso mesmo merecem todo o respeito para que possam exercer, em plenitude, os direitos mais mezinhos à personalidade humana.

Os direitos humanos, a cidadania, a proteção integral, a prioridade absoluta, enfim, todas essas novas categorias (re)significativas das liberdades substanciais⁶⁵ para as crianças e adolescentes são mais do que meras categorias jurídico-legais, pois, na verdade, constituem-se em novas elementares para a construção paritária e igual da democracia, senão, do próprio regime democrático a ser renovado diuturnamente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente rompe, assim, definitivamente tanto com o Direito Penal do Menor (1927), quanto com o orientado com a Doutrina da Situação Irregular (1979), pois, para além da carência, do abandono e do ato infracional, cuida prioritária e integralmente da proteção à criança e ao adolescente independentemente das situações que possam se encontrar envolvidos, haja vista que

⁶³ COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 38 e ss.

⁶⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Safe, 1989, p. 11.

⁶⁵ SEN, Amartya Kumar. *Op. cit.*

pela só condição peculiar de desenvolvimento da personalidade importa cuidados especiais.

1.3. SER OU DEVER SER

A busca de soluções não pode redundar sempre na adoção pura e simples de medidas emergenciais, em nome da relevância e da urgência, pois, isto, proporcionará, quando, não, legitimará sem qualquer cerimônia ou cautela a falta de planejamento e, por assim dizer, de responsabilidade, enfim, compromisso público com os interesses e direitos da criança e do adolescente⁶⁶.

Para muito mais além da aproximação de uma paráfrase shakespeareana, no fundo, aponta-se para a paradoxal circunstância – ou condição real – representativa do desenvolvimento sócio-cultural em que se encontram os direitos particularmente próprios à pessoa humana, enquanto valores substanciais compartilhados – ou ainda não! – na sociedade brasileira. Já algum tempo já se afirmou que o Estatuto da Criança e do Adolescente é o novo código deontológico

⁶⁶ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 29 e 30.

protetivo das crianças e adolescente, no Brasil⁶⁷. Código, porque, consolida normativamente as estratégias e o instrumental operacional mínimo à implementação dos direitos e garantias fundamentais pertinentes a esta nova totalidade subjetiva, então, constituída por crianças e adolescentes.

Deontológico, precisamente, porque estabelece o regulamento indispensável e necessário para a constituição das diversas formas de relação que possam se encontrar estas novas subjetividades, isto é, busca transformar culturalmente tanto a opinião pública, quanto o senso comum jurídico, através de novos valores assumidos e, convencionados, agora, em fórmulas de tratativas e inéditas pautas até então apenas presentes nos compromissos pactuados internacionalmente.

E, protetivo, haja vista que se orientam todas estas proposições legislativas através do novel primado constitucional estabelecido pela Doutrina da Proteção Integral, enquanto vertente da diretriz internacional dos Direitos Humanos, especificamente, voltados para a criança e o adolescente. Contudo, é necessariamente insofismável que o Estatuto da Criança e do Adolescente ultrapasse a sua dimensão deontológica⁶⁸ – “Dever Ser” – ainda, que, indispensável, minimamente, para vincular as diversas atividades e atribuições que se possam desenvolver em torno destes compromissos assumidos, para, assim, possibilitar a sua referencialidade existencial, também, no mundo fenomenológico – enfim, do “Ser”. Conquanto, em que pese o Estatuto da Criança e do Adolescente, em si, não deixar de “Ser”, isto é, existir fático e normativamente – reconhecimentos realizados pelo âmbito jurídico-legal –, observa-se que a possibilidade de se referenciar precisamente pelas mudanças que pode promover no mundo da vida vivida, por certo, ainda, encontra-se por exigir a assunção de comportamentos e movimentos distintos do que até então tem se adotado e desenvolvido nas inúmeras espacialidades públicas da palavra e da ação⁶⁹. Por tudo, a primeira mudança fundamental permanece no âmbito subjetivo-pessoal, pois, enquanto

⁶⁷ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direito Penal Juvenil: quem garante os jovens desta “bondade punitiva”?* Revista da ESMESC, Ano 9 – 2003, Volume 15, Florianópolis: ESMESC, 2003, p. 151 a 169. Nesta quadra, “pontua-se que o Direito da Criança e do Adolescente, então, orientado pelo novo marco epistemológico fundante da proteção integral (re)cria uma nova espacialidade em que crianças e adolescentes são (re)descobertos como sujeitos de direito, ou seja, titulares de subjetividade em perspectiva emancipatória. Desta forma, somente através do deslocamento da perspectiva jurídica racional lógico-dedutiva, para uma perspectiva da discursividade transdisciplinar e afetiva, ou seja, para também perceber a realidade que lhe circunstancia, será possível (re)conquistar as condições de possibilidade do exercício dos direitos mais comezinhos da personalidade, ao que se denomina cidadania.”

⁶⁸ JAPIASSU, Hilton. *Questões epistemológicas*. Rio de Janeiro: Imago, 1981, p. 89 (Série Logoteca).

⁶⁹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

não se quedar convincentemente pelo respeito não só pelos valores ou mesmo pelos legítimos interesses da infância e da juventude, mas, sim, principalmente, pelas próprias crianças e adolescentes, certamente, a transformação essencial não se realizará. E, assim, muito menos se implementará a eficácia jurídica e principalmente social que se espera permanente do Estatuto da Criança e do Adolescente enquanto código deontológico protetivo necessita tanto “Ser”, quanto necessita “Dever Ser”! A efetividade tanto jurídica quanto social certamente perpassa pela mutação cultural devendo-se buscar, assim, a concretização do sentido que preencherá o conteúdo da normatividade, através do atendimento dos fins sociais, do bem comum, dos direitos e garantias individuais fundamentais e principalmente da condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, segundo o art. 6º, do Estatuto⁷⁰.

2. RAZÃO E RACIONALIDADE

A racionalidade instrumental – de cunho economicista (patrimonialista) – ao super dimensionar a proteção da esfera patrimonial do direito de propriedade concomitantemente também reduz a esfera de proteção da personalidade humana, então, privilegiada, na Constituição da República de 1988, numa perspectiva emancipatória, vale dizer, garantindo a toda pessoa ser titular de direitos – subjetividade jurídica – que possibilitem a satisfação de suas necessidades humanas. Através da constitucionalização das estruturas estatais funda-se no país relações sociais (re)democratizadas a partir da centralidade da pessoa, consoante a orientação principiológica fundamental da dignidade da pessoa humana preceituada no inc. III, do art. 1º, da Constituição da República de 1988. Com isto, o sujeito de direito não se apresenta mais como um ser abstrato, mas, sim, concreto, presente, dizente e visível⁷¹.

O novo constitucionalismo brasileiro propriamente dito foi iniciado com o advento da Constituição da República de 1988, a qual para além de travejar politicamente um novo marco histórico-civilizatório para o país, também fundou uma nova mentalidade, isto é, uma nova disposição de espírito⁷², através da qual foram

⁷⁰ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 29 e 30.

⁷¹ MELO, Oswaldo. *Fundamentos políticos do direito*. Porto Alegre: Safe; CPGD-UFSC, 1994.

⁷² ARISTÓTELES. *Metafísica; Ética a Nicômaco; Poética*. (II) Trad. Vincenzo Cocco et al. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 59 e ss (Os Pensadores). Para Aristóteles, “o objetivo da vida política é o melhor dos fins, e essa ciência dedica o melhor de seus esforços a fazer com que os cidadãos sejam bons e capazes de nobres ações.

modificadas as razões do Estado – racionalidade pública – por valores orientados pela adoção da diretriz internacional dos direitos humanos. Os novos valores humanos se fundamentam na diversidade, por isso, o respeito ao outro é sinal de igualdade também pelo diferente (diversidade), justamente, por respeitá-lo como igual levando-se em conta a diferença. Enfim, é sinal de respeito pela alteridade, pela individualidade, e, pela espacialidade que ocupa. A perspectiva ocidental acerca dos valores humanos, além de produzir objetos de consumo inclusive para sustentação daqueles – autoreferência, autodependência –, tornou necessária a culturalização destas novas necessidades afloradas por novos desejos que são constituídos para além do ser, e, por vezes, absolutamente desnecessários.

Apesar das críticas lançadas à ocidentalização dos valores humanos é certo que um retorno ao Oriente se impõe, procurando-se, entretanto, não só expandir esses valores para o Oriente, mas, principalmente, buscar a compreensão de outros valores que permitam o reconhecimento de outras emergentes novidades. Com isto, a ocidentalização de valores procura estabelecer condições necessárias (universais) como a segurança jurídica e a certeza de direito inscritos no instrumental jurídico para garantia do *status quo* patrimonialista sustentado pela racionalidade que se constrói acerca do direito de propriedade com total desprezo à sua função social – inc. III, do art. 170, da Constituição da República de 1988 –, isto é, enquanto princípio geral da atividade econômica. Isto é, a implantação do mercado é a base necessária para segurança jurídica e para certeza do direito, haja vista que garante a reprodução linear das relações sociais (de poder) assegurando-se, assim, através da previsibilidade das condutas numa dada comunidade humana.

Destarte, tornou-se necessária a adoção da idéia de mensuração da realidade, medindo-se precisamente a verdade e isto historicamente começa com a própria medida do tempo e do espaço. E isto se opera mesmo através de medidas auferíveis metodologicamente de tempo e espaço, enfim, a quantificação do desejo, transformando-o em demanda econômica, e, por assim dizer, também jurídica. Em razão disto, torna-se agora imprescindível se assegurar sobre quem irá legislar, sobre quem irá julgar, inclusive, qual será o direito aplicado, pois com a modernidade “a

(...) O homem verdadeiramente político também goza a reputação de haver estudado a virtude acima de todas as coisas, pois que ele deseja fazer com que os seus concidadãos sejam bons e obedientes às leis.”.

tradição perdeu força de obrigar, seja através da religião, seja através do costume, é de ver-se a dificuldade de se impor uma norma racional válida para todos.”⁷³.

Desta forma, nada mais óbvio do que a necessidade de sistematização do direito ordenado, unitário e coerente. A partir de então só o Estado (Poder Público) diz o que é o Direito. E, assim, está pronto o projeto para a modernidade que se utiliza sistematicamente da codificação em que todos que operam com a lei no interior das estruturas estatais de resolução de casos concretos, encontram-se necessariamente vinculados ao sistema de subsunção.

Isto é, o sistema de subsunção realiza-se através de um enunciado lógico que estabelece uma hipótese legal acerca de fatos que se realizam fenomenologicamente, e, assim, racionalmente em sendo possível comprovar a ginástica hermenêutica acerca do acoplamento fático à hipótese legal enunciada, por certo, que logicamente se pode obter uma resposta plausível juridicamente, isto é, a solução da questão posta. Em face disto, é possível afirmar com Bidart Germán Campos⁷⁴ que a instalação do novo mundo a partir da modernidade surge certamente com a racionalidade instrumental.

Uma tal instrumentalidade por vezes absolutamente abstrata chega a ser permissiva de um afastamento metodológico – “véu de ignorância”⁷⁵ – das particularidades existentes e latentes na diversidade humana, possibilitando, assim, a teorização de um conceito público de Justiça, através da abstração do sujeito de direito esvaziado de pessoalidade, de individualidade, enfim, da própria historicidade. A razão prática, a qual recorre Klaus Günther, possui uma estrutura prescritiva *a priori*. Contudo, Klaus Günther utiliza-se de tal recurso – segundo Luiz Moreira – tendo em vista a universalidade das normas morais.

Assim, “Günther deduz a racionalidade das normas jurídicas diretamente das normas morais, conforme a estrutura prescritiva da razão prática”⁷⁶. O Direito se legitima de maneira diferenciada, ou seja, buscando a aceitabilidade das

⁷³ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: UFMG/FAFICH, 1999, apresentação.

⁷⁴ CAMPOS, German J. Bidart. *Filosofia Del derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1969, p. 88 e ss.

⁷⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: UnB, 1981 (Coleção Pensamento Político, 50).

⁷⁶ MOREIRA, Luiz. In GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004, p. 11 e ss. “a tese deste livro é a de que não é possível abdicar da razão prática”.

premissas morais (moralidade), procura fundamentar as normas de conduta, enquanto que através da aplicação do Direito busca efetivar os padrões de conduta. Enfim, “a dependência normativa do Direito em relação à moral”⁷⁷.

A análise sobre a razão, e, em particular, da razão dialética que se pretenda conseqüente, por certo, deve ser desenvolvida a partir do estudo da filosofia hegeliana, pois somente assim é possível compreender a possibilidade da transformação da “dialética numa razão”, como destaca Leandro Konder⁷⁸. Para Hegel as doutrinas devem ser autorizadas pela razão humana, por certo, limitadas pelo materialismo, mas, contudo, não deveria ser restrita ao plano individual, pois somente através da mobilização social entre pessoas que por sua condição humana são dignos representantes da humanidade enquanto sujeitos de seu tempo e espaço. É possível identificar aqui a origem de institutos jurídicos e políticos que permeiam a atualidade, como, por exemplo, a idéia que se possa ter de sujeitos de direito, de cidadania enquanto expressão das conquistas que os movimentos comunitários e sociais alcançaram; de dignidade da pessoa humana enquanto subjetividade diferenciada que requer respeito e responsabilidade para além do âmbito individual.

Em decorrência disto, é possível compreender que “criança é a nossa mais rica matéria-prima”, expressão cunhada por Tancredo Neves quando ainda era Governador do Estado de Minas Gerais, e, então, utilizada pelo Relator e Senador da República Ronan Tito como epígrafe da justificação (da exposição de motivos) da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, quando textualmente asseverou que essas palavras “prefiguram o espírito patriótico que viria a animar o maior movimento de massas e a maior mobilização de esperança de nossa História – a campanha das ‘diretas-já’, que galvanizou a cidadania após mais de duas décadas de eclipse das liberdades públicas e das instituições democráticas em nosso País.”⁷⁹. É possível

⁷⁷ MOREIRA, Luiz. In GÜNTHER, Klaus. *Op. cit.* No entanto, segundo Jürgen Habermas não existe tal dependência normativa, mas, sim, “uma relação de co-originariedade normativa e de complementaridade funcional entre direito e moral”.

⁷⁸ KONDER, Leandro. *Hegel: a razão quase enlouquecida*. Rio de Janeiro: Campus, 1991. O Autor também destaca a importância da filosofia hegeliana para a compreensão do “marxismo e o pensamento contemporâneo em geral.”

⁷⁹ LABANCA, Luís Edmundo. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 1991

compreender que a criança e o adolescente constituem uma nova totalidade diferenciada de cidadania, constituída por “cidadãos-crianças e cidadãos-adolescentes”, como bem ressaltou o Relator Senador Ronan Tito.

2.1. RACIONALISMO PÚBLICO E RACIONALIDADE JURÍDICA

John Rawls⁸⁰ imagina ser plausível a conceituação pública da justiça como equidade por julgar ser viável o relacionamento (tensão) entre as diversas e complexas doutrinas – ainda que meramente no campo político – a fim de se atingir melhoria da vida social (comunitária) e conseqüentemente o seu maior desenvolvimento, através mesmo da constituição de um novo modelo de contrato social cujo ponto de partida deva ser a assunção da posição originária. A estabilidade social e do consenso somente será possível através do respeito aos princípios básicos, como a igualdade e a liberdade das pessoas, em uma sociedade bem ordenada. Por isso, preocupa-se com as condições políticas para a adoção de um consenso político, pois somente assim será possível atingir o que se propõe como razoavelmente justo, isto é, um ponto de partida frente a plurivocidade que apenas é comportada numa sociedade democrática. Entretanto, a principal dificuldade enfrentada por John Rawls é a concernente às razões que os cidadãos deveriam avaliar para preferir tais princípios da justiça, bem como para adotá-los como vetores orientativos de seus comportamentos individuais e comunitários.

Dessa maneira, a partir de uma concepção da sociedade como um sistema de cooperação entre pessoas livres e iguais será possível uma unidade social e a lealdade dos cidadãos com respeito às suas instituições comuns, ainda que diversas sejam as concepções de bem, pois, as pessoas livres e iguais deveriam aceitar publicamente uma concepção política da justiça para regular a estrutura básica de uma sociedade ordenada e justa. No entanto, John Rawls busca nas doutrinas e metodologias sociais encontrar amparo teórico para suas concepções acerca do que se poderia sustentar consensualmente acerca dos padrões básicos do princípio de justiça.

⁸⁰ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: UnB, 1981 (Coleção Pensamento Político, 50).

Contudo, aqui, na área jurídico-legal infanto-juvenil a sua proposição teórica de Justiça esbarra num fator preponderantemente essencial, qual seja: não se funda o direito da criança e do adolescente na teoria da vontade.

A teoria jurídico-protetiva do direito da criança e do adolescente que aqui se pretende demonstrar inicialmente como uma propedêutica específica destinada ao estabelecimento preliminar de doutrina, metodologia, objeto e sujeitos que caracterizem uma nova expressão legislativa destinada aos cuidados inerentes à infância e à juventude, por certo, ultrapassa os valores socialmente desejados (moral), para assim se circunscrever nos valores socialmente reconhecidos como indispensáveis à condição humana e, por isso, legalmente determinados como fundamentais. Bem por isso, é possível afirmar que os direitos da criança e do adolescente se fundamentam legalmente com base teórico-pragmática vinculada à teoria do interesse⁸¹, aqui, o superior e melhor interesse da criança e do adolescente (conforme tratado no Capítulo VI, da Parte II, desta Tese). Entretanto, para o enfrentamento destas questões discursivas (argumentativas) John Rawls utiliza-se da racionalidade clássica – “a interpretação kantiana da justiça como equidade”⁸² –, para fundamentação de sua teoria vislumbrando, posteriormente, um critério que fosse mais justo e, assim, apesar das bases racionais é precisamente no conceito de “razoabilidade” que se apóia o seu pensamento liberal⁸³. Isto é, a sua proposta de Justiça como equidade e conseqüentemente a estabilidade social que se pretende são entendidas pelo liberalismo como uma doutrina social em oposição a uma concepção moral e abrangente.

⁸¹ MACCORMICK, Neil. *Derecho legal y socialdemocracia: ensayos sobre filosofía jurídica y política*. Trad. Maria Lola González Soler. Madrid: Tecnos, 1990.

⁸² RAWLS, John. *Op. cit.* O Autor esclarece que presumiu tanto “a opção da pessoa enquanto eu nomenal como sendo uma escolha coletiva. Sendo igual a força do eu, então os princípios escolhidos devem ser aceitáveis aos outros eus. Desde que todos são similarmente livres e racionais cada qual deve ter um parecer igual, ao adotar os princípios públicos da comunidade ética. Isto significa que, enquanto eus nomenais, cada qual tem de admitir estes princípios, a menos que os princípios do canalha seja escolhidos, não possam expressar esta livre escolha, por mais que um único eu possa pensar em optar por eles.”; quanto “que as partes sabem que estão sujeitas às condições da vida humana. Nas circunstâncias de justiça, estão situadas no mundo com outras pessoas que do mesmo modo enfrentam limitações de moderada escassez e pretensões competitivas. (...) A situação social dos homens no mundo pode parecer não desempenhar um papel na sua teoria ao determinar os primeiros princípios de justiça. Não creio que Kant sustentasse esse ponto de vista, mas não posso discutir aqui a questão. Basta dizer que se eu estiver enganado, a interpretação kantiana da justiça como equidade é menos fiel às intenções de Kant que estou presentemente inclinado a admitir.”.

⁸³ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Trajetórias jurídicas: desafios e expectativas*. Florianópolis: Habitus, 2002, p. 19 a 37. John Rawls pontua que “um liberalismo que se reduz a uma doutrina, estritamente, política da justiça, pode bem suportar e compreender dentro de si próprio a plurivocidade da vida moral em virtude de uma neutralidade relativa fruto de uma construção interativa. (...) a eficácia de sua doutrina política repousa sua existência num consenso de fundo à justiça liberal, ou de um patrimônio mínimo de valores comuns na base, que asseguram à política uma neutralidade contextual.”.

Catherine Audard⁸⁴ adverte para o risco sempre presente de um tal concepção de Justiça, precisamente, naquelas sociedades em que a cidadania – assim como a democracia – ainda não tenham completado a maior parte de seu ciclo vital, impossibilitando-se, por exemplo, o reconhecimento dos direitos mais comezinhos à personalidade humana – ao que hodiernamente tem se denominado de cidadania e próprios à dignidade da pessoa humana – àquelas pessoas que ocupam classes e setores sociais em estruturas diferenciadas, vale dizer, nem tanto assim “como livres e iguais”.

A relevância da temática escolhida – Teoria Jurídica de viés transdisciplinar do Direito da Criança e do Adolescente – importa mesmo na necessidade de transformação dos marcos teóricos e pragmáticos até então estabelecidos para o âmbito jurídico-legal pertinente à infância e à juventude brasileiras. Hoje, com o estabelecimento de uma nova dimensão jurídica do direito da criança e do adolescente tornou-se imperiosa a assimilação transdisciplinar de novos valores humanos. Assim, a constituição filosófica (poder filosofante) e a psicanalítica (poder psicanalisante) do ser – aqui, a criança e o adolescente, porém não só exclusivamente significados a partir da perspectiva jurídico-legal – possuem importantes contribuições marcantes à emancipação cidadã e humanitária dessas novas subjetividades, precisamente, por se tratar de pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade.

Para Elisa Maria Corrêa Silva⁸⁵, a proteção integral estatuída legalmente também se constitui numa dimensão doutrinária, consistindo-se, pois, “em vislumbrar as crianças e os adolescentes como pessoas em desenvolvimento, reconhecendo-lhes direitos e tomando as providências necessárias à satisfação de todas as suas necessidades decorrentes dessa situação.”.

2.2. RACIONALIDADE CRÍTICA

É possível dominar e controlar a agressão e a violência, senão, reprimir as suas formas piores através da razão? Eis, pois, o que se propõe e o que

⁸⁴ AUDARD, Catherine. *Political liberalism de John Rawls*. Archives de philosophie du droit, London School of Economics, Londres, Tome 38, p. 299 a 308, Sirey, 1993.

⁸⁵ SILVA, Elisa Maria Corrêa. *O ECA e o ato infracional: 15 anos de falta de boa vontade*. Revista Del Rey Jurídica, Belo Horizonte: Del Rey, ano 8, nº 16, p. 78-79, 1º sem. de 2006. A Autora assevera que o “Estatuto da Criança e do Adolescente, o ECA, veio, portanto, consolidar as diretrizes constitucionais e internacionais (já vislumbradas desde a Declaração de Genebra, de 1924) sobre o assunto. E as crianças e os adolescentes brasileiros deixaram de ser vistos como meros objetos da norma; tornaram-se – ao menos em tese – verdadeiros sujeitos de direito.”.

afirma Karl Popper⁸⁶, para quem a resposta certamente é afirmativa, quando, não, a única esperança para a humanidade. Entretanto, com o Alvin Augusto de Sá⁸⁷ é imprescindível serem destacadas as compreensões diferenciadas e confusas que se possam estabelecer acerca do que é possível se entender por agressão e do que é possível se entender por violência. Existem assuntos e interesses que demandam a adoção de uma ou algumas opções, e, assim, necessariamente, de uma decisão. Uma tal decisão ou decisões que se tenham que adotar cotidianamente – e comumente, aqui, no âmbito do jurídico-legal –, por certo, requer o estabelecimento de caminhos, procedimentos, enfim, processos que permitam não só a decisão em si, mas, principalmente, a sua sustentação como tal, isto é, enquanto resolução (definição) judicializada do (des)encontro opinativo.

Em razão de tais motivos, Karl Popper procura descrever “duas possibilidades essenciais” para se alcançar uma decisão acerca de opiniões que contemplam interesses divergentes que devem ser resolvidos socialmente, isto é, ou pela via do argumento, vale dizer, “de um compromisso razoável” ou pela via da violência, qual seja “de uma tentativa de rejeitar violentamente os interesses opostos.”⁸⁸

Contudo, a atitude racional é antes de tudo uma postura de humildade diante do interlocutor que reciprocamente contribui de forma decisiva para a construção conjunta de uma solução sensata e racional enquanto expressão de maior proximidade possível daquilo que se busca conhecer não por essência e nem sequer mesmo por verdade, mas, sim, por absoluta “modéstia intelectual”, para que acima de tudo os erros já experimentados sejam evitados democraticamente – como, por exemplo, a simples e mera responsabilização penal de adolescentes infratores. O

⁸⁶ POPPER, Karl. *O racionalismo crítico na política*. trad. Maria da Conceição Côrte-Real. 2ª ed. Brasília: UnB, p. 1994, p. 3-12.

⁸⁷ SÁ, Alvin Augusto de. *Algumas questões polêmicas relativas à psicologia da violência*. Revista *Ultima Ratio*, Rio de Janeiro, Ano I, nº 0, p. 257 a 270, 1º sem. 2006. O Autor adverte sobre a polêmica travada em torno da conceituação e da compreensão da violência, destacando, pois, “seu caráter de intensidade e irresistibilidade e seu caráter de lesividade, compreendendo esta alguma forma de privação das mais diferentes ordens. (...) A violência pode ter, pois, uma dimensão objetiva ou subjetiva, consciente ou inconsciente. Além disso, ela pode ser explícita, dramática, sendo que seu grau de gravidade não corresponde necessariamente ao seu grau de dramaticidade, pois ela pode ser oculta, não perceptível, inclusive aos próprios olhos dos personagens diretamente envolvidos, e ser profundamente lesiva. Muito polêmica é a questão das diferenças e aproximações entre violência e agressividade, e que se associa à questão da compreensão da violência como experiência inaugural (instinto primário) ou como resultante das experiências humanas e culturais de privação e conflito. Nessa comparação de conceitos, alguns aspectos importantes são levados em conta: o caráter genuinamente humano da experiência, a presença do desejo destrutivo, a questão do desejo *versus* necessidade, a presença de conflitos e ambivalências, a canalização de energia.”

⁸⁸ POPPER, Karl. *Op. cit.*

conhecimento é pois tributário da convivência democrática, respeitosa e responsável com e pelo outro, bem por isso toda atitude que se pretenda racional deve desenvolver e convencer o interlocutor através de seus argumentos, enquanto a posição racional deve se constituir na expressão de persuasão por propaganda.

A Deontologia Jurídica Infanto-Juvenil, enquanto dever ser que estabelece não só o âmbito jurídico-legal, mas, também, os princípios, fundamentos e objetivos para que se possa efetivamente implementar os direitos afetos à criança e ao adolescente, por certo, é uma assunção político-ideológica atraente – nos dizeres de Karl Popper⁸⁹, para quem – a adoção de uma posição fundamental perante determinada temática, por certo, nunca deixa de ser uma atitude racional, conquanto se determine ao atendimento de “determinados ideais quanto às formas possíveis de Estado e da sociedade”, pois quando se compreende “o objetivo” é possível delinear os meios mais adequados à sua realização, senão, para que se aproxime cada vez mais dele.

Karl Popper entende que a “atuação política racional tem, portanto, de se fundamentar numa descrição mais ou menos detalhada ou num projeto do Estado ideal e ainda num plano ou esboço do caminho histórico que conduz a esse objetivo.”⁹⁰

. Eis, pois, a tarefa deontológica a que se propõe travejar histórico-culturalmente o Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), enquanto marco jurídico-legal das opções político-humanitárias assumidas democraticamente pelo Poder Constituinte no tempo e espaço próprio e adequado (Constituinte de 1987-1988), para a formatação orientativo-constitucional do Direito da Criança e do Adolescente, no Brasil.

A trajetória jurídico-política do Direito da Criança e do Adolescente, assim, confunde-se com a própria redemocratização do Estado brasileiro, o qual num determinado tempo e espaço (histórico-cultural) redefiniu os direitos humanos – e assim também se redefiniu – através do alinhamento político-ideológico⁹¹ aos valores mais mezinhos à dignidade da pessoa humana, então, adotados pelas opções

⁸⁹ POPPER, Karl. *Op. cit.*

⁹⁰ POPPER, Karl. *Op. cit.*

⁹¹ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito: definição e conceitos básicos; norma jurídica; fontes, interpretação e ramos do direito; sujeito de direito e fatos jurídicos; relações entre direito, justiça, moral e política; direito e linguagem.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 86. Segundo o Autor, “afirmar que o direito decorre do poder político, de uma correlação de forças sociais que permite a determinadas pessoas criarem regras aplicadas e obedecidas na prática, é uma opção realista. Indica que o trabalho do operador do direito é político, já que a política cria o direito.”

decorrentes da autodeterminação do povo brasileiro, insufragável, pois, por posteriores proposições e projetos de emendas ao texto constitucional.

Criar, construir, manter, transformar, constituem-se em atos que unidos por uma idéia resultam num ideal que transcendendo a esfera individual, transborda na esfera coletiva passando, então, a demandar atitudes de mudança que, no final das contas, ensejam a própria mudança de atitudes da comunidade humana. Assim, a história civilizatória e humanitária que evidencia as conquistas democraticamente alcançadas em prol da criança e do adolescente, por certo, descobre e formata a nova disciplina jurídico-legal infanto-juvenil que passa então a regulamentar as relações sociais em que possa se encontrar as crianças e os adolescentes.

Portanto, ainda que se acuse o Estatuto da Criança e do Adolescente por sua dimensão objetivamente utópica, por certo, impõe-se como superação deôntica a sua permanência temporal (histórica) que difunda e mobilize a opinião pública – nos termos do inc. VI, do seu art. 88 – para uma nova racionalidade jurídico-protetiva para atuação política nas inúmeras relações sociais (familiares e comunitárias) e com o Estado (Poder Público), permitindo-se, assim, “que se encontrem medidas para manter constante o objetivo ao longo de um período de tempo extenso” – segundo Karl Popper⁹² –, senão, necessário para mutação sociocultural acerca dos valores humanitários em prol da infância e da juventude.

Do contrário, corre-se o risco de se perder significativamente as conquistas civilizatórias e humanitárias duramente alcançadas nas lutas sociais para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, procurando-se, assim, garantir o desenvolvimento nacional, através da erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem comum, enquanto objetivos fundamentais politicamente estabelecidos no art. 3º, da Constituição da República de 1988, buscando-se, pois “tornar a vida em cada geração um pouco menos penosa e um pouco menos injusta”, nos dizeres de Karl Popper⁹³. A perspectiva crítica do racionalismo constitui-se assim o seu próprio controle, pois também desvela as falibilidades do racionalismo extremado. É preciso perseverar no tratamento absolutamente prioritário das crianças e adolescente através do viés humanitário da

⁹² POPPER, Karl. *Op. cit.* Para o Autor, “o período de construção utópica é um tempo de revoluções sociais.”.

⁹³ POPPER, Karl. *Op. cit.*

proteção integral, sob pena de fracasso total. O processo de realização dos objetivos fundamentais (políticos) determinados expressamente pela Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, por certo, ainda depende de rearranjos estruturais e funcionais da família, da sociedade e do Poder Público.

Entretanto, não se afigura plausível ou mesmo democraticamente legítima a alteração dos fins políticos durante as tentativas de aproximação daqueles objetivos fixados constitucionalmente e assim buscados social e politicamente, pois é preciso investir decididamente na efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, então, objetivados originariamente na Carta Magna brasileira. E isto não é uma mera ilusão, pois, na verdade, as eventuais críticas e oposições que se estabelecem ao longo do percurso, certamente, é a mais eloqüente comprovação da construção democrática e paritária que legitima os avanços e as conquistas humanitárias ao longo da histórica civilizatória de um povo. Do contrário, toda e qualquer supressão autoritária da discussão, do plural, da crítica ou da oposição significaria violência às liberdades públicas inadmissível, pois, num Estado que se pretende democrático (constitucional) e de direito. Eis, pois, uma proposta clara e objetiva para eliminação da violência urbana e social, qual seja: o estabelecimento democrático de prioridades na destinação dos recursos públicos.

Neste quadrante, funda-se a importância da metodologia empregada para a reflexão acerca da tensão estabelecida entre argumentos pelo menos inicialmente opostos, senão, da necessidade de uma teoria da argumentação que possibilite não só as guias orientativas para o debate público e democrático, mas, principalmente, para o desenvolvimento e progresso do conhecimento. Uma teoria da argumentação – aqui, jurídica – possui, dentre outras funções, a potencialidade de oferecer importantes contribuições para a formatação e desenvolvimento do conhecimento, possibilitando, assim, a melhor compreensão dos acontecimentos sociais e das relações humanas através da discussão sobre determinada temática.

Manuel Atienza⁹⁴ afirma que uma teoria da argumentação jurídica deve necessariamente cumprir três funções básicas, oferecendo, assim, “orientação útil nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o Direito”, senão, quais sejam: a) a de empreender caráter teórico cognoscitivo a um conhecimento; b) a destinada a

⁹⁴ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 224.

desenvolver natureza prática ou técnica do saber correspondente; e c) a que não permite que se olvide das instâncias políticas e ou morais.

Conquanto, para além do oferecimento de metodologias implementativas dos comandos normativos, a teoria da argumentação jurídica também deve possibilitar a construção de sistemas e subsistemas jurídico-legais aptos para o efetivo atendimento de novas funções socialmente necessitadas, apresentando-se, por assim dizer, como um “motor de inferência”⁹⁵ na estruturação deste novel direito da criança e do adolescente e do saber jurídico-protetivo que possa sustentar as opções legislativas democraticamente adotadas em prol dos interesses, direitos e garantias que são afetos à infância e à juventude.

Uma tal linguagem jurídico-protetiva não pode deixar de cuidar da questão sintática (sintaxe e gramática), semântica (significados) e pragmática (utilização adequada), segundo Dimitri Dimoulis⁹⁶.

É preciso, pois, que o novo direito da criança e do adolescente contemple linguagem jurídica que no mais das vezes seja produzida argumentativamente para sustentação da proteção integral daquelas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento. A instância argumentativa – caracteristicamente crítica⁹⁷ – deve seguir as orientações político-legislativas por mudanças a médio e longo prazo através de reformas sociais de base, senão, pela eliminação daquilo que Karl Popper⁹⁸ denominou de “inconvenientes concretos”, como, por exemplo, a erradicação da miséria e da pobreza, a luta pela educação com a

⁹⁵ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*

⁹⁶ DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.* Para o autor, a abordagem *sintática* trata “das relações que devem existir entre os signos para que estes adquiram um sentido (sintaxe e gramática), permitindo que os outros os entendam. (...) A segunda abordagem é a *semântica*. Cada um dos signos tem seus significados particulares porque se refere a determinados objetos ou situações. (...) A terceira abordagem é a *pragmática*. Estuda as condições e situações nas quais uma expressão pode ser utilizada de forma adequada, bem como as circunstâncias reais que dão sentido ao discurso. (...) No âmbito da interpretação jurídica interessa principalmente a abordagem semântica, já que o objetivo do intérprete é entender o significado das normas jurídicas. Mas, para tanto, o intérprete deve também levar em consideração o aspecto sintático das normas e, em menor medida, o aspecto pragmático.”

⁹⁷ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.* Para o Autor, “a teoria da argumentação jurídica teria de se comprometer com uma concepção – uma ideologia política e moral – mais crítica com relação ao Direito dos Estados democráticos, o que, por outro lado, poderia supor também adotar uma perspectiva mais realista. Quem tem de resolver um determinado problema jurídico, inclusive na posição de juiz, não parte necessariamente da idéia de que o sistema jurídico oferece uma solução correta – política e moralmente correta – desse problema”.

⁹⁸ POPPER, Karl. *Op. cit.* Pondera o Autor que “nenhuma geração deve ser sacrificada em favor de gerações futuras (...) o sofrimento que se puder evitar deve ser considerado como o problema mais premente da política pública racional”. Enfim, é mais fácil alcançar acordo sobre “reformas sociais mais urgentes” do que sobre a “forma ideal da vida social”, em virtude mesmo da “desgraça devido à pobreza, desemprego, opressão nacional, guerra e doença.”. Entretanto, o próprio Autor ressalva que a racionalidade de uma atuação política ou mesmo a consideração de qualquer situação social ou política, por certo, não se opera apenas pela perspectiva “de um ideal histórico pré-concebido.”

mesma intensidade que se luta contra a criminalidade, contudo, “por meios diretos”, isto é, através de projetos admissíveis que atendam objetivos diretos estabelecidos em planos, programas e projetos sociais democraticamente construídos para atendimento das necessidades reais vitais básicas de uma dada comunidade humana.

Não se pode esquecer que também cabe a teoria da argumentação jurídica protetiva fornecer subsídios teórico-pragmáticos para a formação de um saber de viés transdisciplinar apto para a consecução daqueles objetivos fundamentais inseridos politicamente na Constituição da República de 1988, alinhando-se, assim, ideologicamente, aos valores humanos destacados para a proteção, promoção e defesa dos interesses, direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, comprometendo-se ideologicamente⁹⁹ com a diretriz internacional humanitária adotada politicamente no Brasil como doutrina da proteção integral.

O desafio da razão, histórica, individuada, humanizada, constitui-se na própria experiência do pensamento e da ação de maneira refletida e responsável, segundo Bertrand Saint-Sernin¹⁰⁰, para quem, o enigma da existência humana reside na tensão estabelecida entre “uma estreita relação entre a razão e a causalidade”. Para o Autor a advertência kantiana acerca das relações causais é uma importante limitação da razão, pois “a natureza última das coisas nos escapa, e o poder formador dos seres vivos (*Bildngskraft*) tem origem numa força que desconhecemos.”. Porém, “a importância atribuída à causalidade, expressão da estrutura das coisas, que fixará os poderes da razão.”.

O respeito e a responsabilidade pelo outro deve ser na atualidade a tônica da razão (substância) e da racionalidade (método) humanas, pois, como adverte Bertrand Saint-Sernin¹⁰¹, todo e qualquer empreendimento crítico acerca do pensamento humano está interdito pela finitude da pessoa enquanto subjetividade demarcada temporalmente pela experiência que se pode viver. Pois, como adverte o

⁹⁹ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.* Segundo o autor, a “função política ou moral da teoria da argumentação jurídica se relaciona com a questão de qual é o tipo de ideologia jurídica que está sempre, inevitavelmente, na base de uma determinada concepção da argumentação (...) tanto MacCormick quanto Alexy partem de uma valoração essencialmente positiva de o que é o Direito moderno (o Direito dos Estados democráticos) e da prática da sua interpretação e aplicação... ambos difiram de Dworkin (...) na medida em que não aceitam a tese de que, para todo caso jurídico, há uma única resposta correta, eles continuam considerando – como Dworkin – que o Direito positivo sempre proporciona pelo menos uma resposta correta (...) a hipótese última de que eles partem é a de que sempre é possível ‘fazer justiça de acordo com o Direito’”.

¹⁰⁰ SAINT-SERNIN, Bertrand. *A razão no século XX*. Trad. Mário Pontes. Brasília: UnB; Rio de Janeiro: José Olympio, 1998, p. 201 e ss.

¹⁰¹ SAINT-SERNIN, Bertrand. *Op. cit.*

Autor, “a responsabilidade dos indivíduos começa gradualmente a ultrapassar a duração de sua existência.”. A razão diante da racionalidade apresenta-se, assim, “mais segura de seus instrumentos que de sua finalidade; está mais à vontade com as formas e os mecanismos, do que com as forças e seus significados”, entretanto, “sem a linguagem das qualidades, não encontrará o caminho do real”.

Uma propedêutica protetiva (razão) enquanto teoria e metodologia jurídica (racionalidade) do substancial direito da criança e do adolescente parece poder inaugurar uma nova razão e racionalidade responsável por essas novas subjetividades que devem ser tratadas de forma respeitosa, para que assim o instrumental lógico, lingüístico, racional, também possa ser orientado pela realidade concreta em que se encontram inseridas a criança e o adolescente.

A transdisciplinaridade exigida para o estabelecimento propedêutico de uma teoria jurídico-protetiva dos direitos da criança e do adolescente, também, deverá levar em conta as necessidades vitais básicas, culturais, sociais, individuais, não se perdendo de vista a exigência da pluralidade cognitiva e ideológica das comunidades humanas, aqui, em particular, *infanto-juvenis*.

CAPÍTULO 3 – LINGUAGEM JURÍDICO-PROTETIVA

1. CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE RACIONAIS

De acordo com Charles Melman¹⁰², as “leis da linguagem implicam” experiências para além dos fatos gráficos, dos signos, particularmente, pela “maneira como elas se impõem” às pessoas e às suas relações internas e externas, bem como pelos “tipos de inscrição” de que tornam as pessoas dependentes dela. A questão fundamental das leis da linguagem é precisamente a reflexão que impõe às pessoas de se interrogarem “sobre o que é permanente, ao que estamos sujeitados, o que nos determina” – segundo Jean-Pierre Lebrun¹⁰³.

Os diversos círculos comunicativos (comunicacionais) devem desenvolver comunicações recíprocas para que assim seja possível a permuta de contribuições transdisciplinares que auxiliem a efetividade e implementação dos diversos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Por isto, o uso de uma nova linguagem¹⁰⁴ deve ter por objetivo a formulação de valores humanos próprios àquelas peculiares fases da vida das pessoas, quais sejam: a infância e a juventude.

¹⁰² MELMAN, Charles. *O homem sem gravidade*: gozar a qualquer custo. Entrevistas por Jean-Pierr Lebrun. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003, p. 44. Para o autor, “essas obrigações, essas leis que até aqui interpretamos como definitivas podem desembocar em possibilidades, horizontes, escritas outras. Então, é por um trabalho sobre o que parece nos determinar em última instância que poderíamos esperar encontrar saídas para estabelecer relações com o mundo e consigo mesmo que permitam escapar a essa escolha, a esse tipo de dilema”.

¹⁰³ MELMAN, Charles. *Op. cit.*

¹⁰⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry; SOUZA, Marli Palma e MIOTO, Regina Célia Tamasso (orgs.). *Infância e adolescência, o conflito com a lei*: algumas discussões. Florianópolis: Boiteux, 2001, p. 35 e ss.

Esse novo saber humanitário deve assim proporcionar uma reflexão crítica sobre tais questões, com o intuito precípua de que seja possível estabelecer uma propedêutica humanística e emancipatória para não só superar essas crises substanciais e sistêmicas, mas, também para possibilitar uma maior comunicação entre os inúmeros campos do conhecimento que cuidem de questões relacionadas à infância e à juventude.

A violação dos direitos fundamentais concernentes à criança e ao adolescente, para além de se constituir numa patologia sistêmica, isto é, decorrente mesmo da falta de implementação das garantias legais seja por falta de estrutura, seja por mau funcionamento dos órgãos e instituições jurídicas e sociais, também, projeta, de forma circular, o próprio enfraquecimento tanto da rede de proteção, quanto da confiabilidade operacional do sistema de garantia de direitos, estabelecendo, assim, concorrentemente, uma crise não só de implementação e ou efetividade das normas jurídicas relacionadas à infância e à juventude, mas, principalmente, acerca da conversão cultural pelos valores humanitários em prol desses novos cidadãos.

Esse novo saber que se instala no âmbito jurídico, por certo, requer uma teoria geral que proporcione o estabelecimento possível de marcos teórico-pragmáticos que conduzam as interpretações indispensáveis (necessárias) para a aplicação e efetividade dos direitos fundamentais, enfim, uma propedêutica jurídica que epistemologicamente se funde nos valores inerentes à própria condição humana.

Operadores do Sistema de Justiça e os gestores das instituições públicas e de organizações sociais de atendimento e proteção devem ser, antes do mais, agentes de transformação social, para além da conversão ideológica pelos direitos humanos da criança e do adolescente que devem também experimentar, pois somente assim poderão difundir e veicular o pensamento e o conhecimento crítico sobre esse estado de coisas inadmissíveis em que se encontram ainda crianças e adolescente. A força argumentativa senão a sua própria deslegitimação, por certo, já se constitui num primeiro e importante passo em direção da eficácia dos direitos humanos da criança e do adolescente.

Com efeito, a necessidade de resoluções pragmáticas tem gerado quase sempre uma dependência empírica das doutrinas que se formam para compreensão dos

fenômenos ocorridos socialmente, por isso, constantemente, o ser humano intervém “sobre as coisas”, procurando alterar-lhe a forma para, assim, dar conta do que deseja e representa valorativamente como importante para sua emancipação subjetiva, isto é, para a melhoria da qualidade de sua vida individual e comunitária.

A estratégia argumentativa pode muito bem sustentar o lugar público da palavra e da ação, estabelecendo, assim, uma espacialidade própria para o desenvolvimento teórico-pragmático de propedêuticas que se preocupem com a especial e a integral proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Assim, a imperfeição da linguagem – segundo Johann Gottlob Frege¹⁰⁵ – na elaboração de novos marcos teórico-pragmáticos tem proporcionado mal-entendidos, quando, não, impedido a identificação de novos e emergentes valores e, assim, conseqüentemente, projetado interpretações equivocadas que decorrem mesmo das falsas representações que se formam racionalmente na construção de conhecimentos exigidos para compreensão e resolução das diuturnamente renovadas necessidades sociais.

O desenvolvimento da teoria jurídico-protetiva reclama, pois, uma propedêutica de viés transdisciplinar que lhe seja específica e particularmente própria, mas, isto não significa isolamento, e, sim, possibilidade teórica e pragmática de autonomia e eliminação falsificacionista de tudo aquilo que ameaça ou viole as condições mínimas de existência digna das pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade: crianças e adolescentes.

Por propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar do direito da criança e do adolescente é possível entender a própria formulação de um conhecimento preliminar acerca das necessidades, das vivências, enfim, da realidade não cínica do mundo real em que vivem e, por vezes, sobrevivem crianças e adolescentes que apesar de declaradamente se constituírem em novos cidadãos (subjetividades) ainda não alcançaram tal dignidade. Um tal conhecimento deve levar à construção de um saber

¹⁰⁵ FREGE, Johann Gottlob. Sobre a justificação científica de uma conceitografia. In PEIRCE, Charles Sanders e FREGE, Johann Gottlob. *Escritos coligidos*. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 191-195 (Os Pensadores). De acordo com o autor, “nas partes abstratas da ciência faz-se sentir continuamente a falta de um meio de evitar mal-entendidos e, ao mesmo tempo, erros no próprio pensamento.”.

introdutório que utilize as contribuições que a diversidade – pluralidade¹⁰⁶ não só jurídica, mas sobretudo jurídica – cognitiva possa propiciar.

Esse conjunto de estudos e pesquisas transdisciplinares antecede, assim, a constituição não só de uma teoria jurídico-protetiva humanitária, mas, o próprio direito da criança e do adolescente, então, orientado pela doutrina da proteção integral enquanto vertente dos direitos humanos em prol especificamente da criança e do adolescente. Por assim dizer, uma introdução ao estudo, à pesquisa e à extensão do direito da criança e do adolescente com vista ao desenvolvimento de um conhecimento específico cada vez mais completo, isto é, ao desenvolvimento da teoria jurídico-protetiva (propedêutica) que tenha também como consequência o desenvolvimento das categorias elementares e dos institutos fundamentais inerentes ao direito da criança e do adolescente legalmente fundado constitucional e estatutariamente.

E, como bem destaca Johann Gottlob Frege¹⁰⁷, isto é fundamental para o reconhecimento e compreensão das próprias categorias do pensamento acerca do direito da criança e do adolescente, senão, constitui-se numa das principais diretrizes humanitárias que estatutariamente foi fixada como proposta de política de atendimento, ou seja, a ampla mobilização da opinião pública no sentido da indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade – inc. VI, do art. 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O reconhecimento das inúmeras vertentes cognitivas acerca das questões inerentes à infância e à juventude requer conjugação teórica e pragmática que para além da resolução adequada, também proporcione conversão cultural e ideológica que vincule convincentemente a necessidade da regulamentação dos direitos da criança e do adolescente ao asseguramento, implementação e efetividade jurídica e social de

¹⁰⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997, p. 80 e ss. (Coleção Atualidade, Vol. 52). De acordo com o Autor, “na dinâmica do espaço público cotidiano, matizado por contradições, rupturas e mutações, o processo histórico interage constantemente com o núcleo representativo das necessidades, direitos e conflitos. (...) A luta por esses ‘novos’ direitos por parte dos setores comunitários intermediários representados, sobretudo, pelos movimentos sociais organizados, se efetiva em duas frentes: a) a exigência para tornar eficazes os direitos já alcançados e proclamados formalmente pela legislação oficial estatal; b) a reivindicação e o reconhecimento dos direitos que emergem de novas necessidades que a própria população cria e se auto-atribui. (...) Conseqüentemente, vive-se um ‘processo de construção coletiva de uma nova cidadania’, pressuposto básico para implementar uma nova legitimidade de poder. (...) encaminhando-se nitidamente para a prática social cotidiana de ‘rupturas’ e ‘mudanças’, introjetoras das bases de um novo ajuste de convivência (o que não exclui novas modalidades de organização e de institucionalização) político-jurídica pluralista (democracia comunitário-participativa).”

¹⁰⁷ FREGE, Johann Gottlob. Sobre a justificação científica de uma conceitografia. In PEIRCE, Charles Sanders e FREGE, Johann Gottlob. *Escritos coligidos*. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 191-195 (Os Pensadores).

tudo aquilo que for mais comezinho à personalidade humana daquelas pessoas que se encontrem na condição peculiar de desenvolvimento.

O desenvolvimento da teoria jurídico-protetiva enquanto propedêutica requer, por isso, uma preparação transdisciplinar que possibilite a comunhão de diversos setores e segmentos comunitários para que sejam estabelecidas, de forma paritaria, as pautas cognitivas mínimas à viragem epistêmica e paradigmática em prol dos direitos humanos afetos à criança e ao adolescente. Com a preparação e o desenvolvimento deste conhecimento (saber) específico será possível “acreditar” social e humanitariamente tanto a teoria jurídico-protetiva transdisciplinar, quanto o próprio direito da criança e do adolescente como regulamentação apta e capaz de não só resolver questões (decisionismo rawlsiano¹⁰⁸), mas, principalmente, de promover a consolidação de uma nova cultura jurídica acerca dos interesses, direitos e garantias fundamentais afetos à infância e à juventude.

Desta maneira, torna-se possível a construção, implementação e efetivação das novas medidas legais, judiciais, políticas e sociais em prol dessas novas subjetividades, senão, em especial, a projeção de mutações culturais e ideológicas tanto na dimensão do simbólico (protetivo), quanto do imaginário (mobilização social), e, principalmente do real (comunitário-participativo¹⁰⁹) em que vivenciem as relações intersubjetivas infanto-juvenis. Com efeito, também se torna plausível a preparação teórico-pragmática para o reconhecimento – (re)significações – no presente das condições minimamente exigíveis para a permanente construção das representações conceitográficas humanitárias que apesar do pensamento categórico imbricado, por certo, também possuem significados que são indispensáveis para a tessitura aberta, uma vez que os sentidos ultrapassam necessariamente qualquer empreendimento humano acerca da razão (racionalidade), da consciência (pensamento), e da própria intuição humana.

Eis, pois, a proposta da presente Tese, qual seja: a de servir de provocação preliminar para fustigar a iniciação do estudo, pesquisa e extensão acerca do direito da criança e do adolescente, através do desenvolvimento de um ensino jurídico-protetivo e humanitário cada vez mais complexo e formulado.

¹⁰⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: UnB, 1981 (Coleção Pensamento Político, 50).

¹⁰⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Op. cit.*

1.1. LINGUAGEM E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICAS

A atual aplicação do direito, isto é, da regra jurídico-legal indiscutivelmente deveria perpassar por processos hermenêuticos abertos (jurídico-interpretativos de viés transdisciplinar). Em decorrência disto, torna-se imperiosa a descrição dos marcos teóricos que possam evidenciar o lugar de onde se fala, vale dizer, quais são os pressupostos que orientam e condicionam os processos hermenêuticos. Com efeito, tem-se entendido assim que a redemocratização do Estado perpassa também pela própria reorientação legislativa vetorial e constitucionalmente determinada por princípios que são reflexos da adoção político-ideológica dos valores humanos. Bem por isso, é possível dizer que os processos hermenêuticos deveriam ser argumentativamente abertos às importantes contribuições transdisciplinares, pois, somente assim seria possível construir normatividades que, de forma democrática, pudessem regulamentar as relações de poder que cotidiana e socialmente se desenvolvem no seio de uma comunidade humana para o atendimento das necessidades mais mezinhas da pessoa – segundo Plauto Faraco de Azevedo¹¹⁰ – que, aqui, encontra-se na condição peculiar de desenvolvimento, isto é, na infância ou na juventude. haja vista que todo processo interpretativo pressupõe uma posição previamente assumida em relação ao direito e à vida, que nele vai refletir-se inelutavelmente. A preocupação científica dos matemáticos e dos filósofos acerca das temáticas que cuidam da “lógica” tem projetado um intercâmbio entre as teorias do conhecimento, principalmente, sobre questões pertinentes às estratégias metodológicas utilizadas para construção e sustentação de inúmeras outras espécies de “lógicas”. A “lógica formal matemática”, assim, também se inseriu no campo jurídico-legal fazendo com que o senso comum jurídico esquecesse as razões que não obedecem à estrutura da lógica formal, senão, a outras técnicas de pensamento, como a tópica e a retórica, idôneas, desde a antiguidade clássica, para a resolução de controvérsias jurídicas.

Aqui, partindo-se da concepção de que a “lógica” pretende ser uma “ciência” que objetiva elucidar a forma de determinado conhecimento, desenvolve-se

¹¹⁰ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Safe, 1989, p. 12-3. Segundo o autor, “a questão da interpretação guarda indissociável vinculação com a idéia que se tem do direito, em certo contexto histórico-cultural, bem como do modo por que se liga essa idéia à vida, às necessidades e finalidades humanas.”.

análise sobre a “lógica formal moderna” enquanto estudo dos meios de demonstração utilizados nas ciências – particularmente, matemáticas segundo Chaïm Perelman¹¹¹, para quem –, os lógicos buscaram legitimar a teoria da demonstração através de uma teoria da argumentação que efetivamente pudesse lhe complementar. Em todo o campo jurídico-legal as investidas de inúmeras e variegadas espécies de fórmulas lógicas têm desenvolvido doutrinas, as quais se destacam acerca da análise lógica da linguagem jurídica (semiótica jurídica), à lógica das normas (lógica deôntica), e à lógica da argumentação jurídica.

No entanto, é preciso dizer que essas doutrinas podem gerar também processos de legitimação a partir mesmo de metodologias, como, por exemplo, o falsificacionismo popperiano¹¹², que busquem legitimar teorias através de estratégias discursas sofisticadas que não passam de meras conjecturas que devem a todo tempo ser testadas, pois o método científico por si só não pode mais conferir garantia alguma de verdade, já que a observação e experiência empíricas não passam de simples averiguações, indicações razoáveis e aproximações argumentativas.

De acordo com o entendimento de Karl Popper, o critério de refutabilidade, que, objetiva demonstrar, não se relaciona com o sentido ou significado, a veracidade ou a aceitabilidade, mas, na verdade, deve traçar uma linha (demarcação), da melhor maneira possível, entre as afirmações, ou sistemas de afirmações, das ciências empíricas e todas as outras afirmações, de caráter religioso, metafísico ou simplesmente pseudocientífico, ao que, denominou: “problema da demarcação, o qual, então, poderia ser solucionado pelo critério da refutabilidade, haja vista que para serem classificadas como científicas, as assertivas ou sistemas de assertivas devem ser capazes de entrar em conflito com observações possíveis ou concebíveis.”.

O critério de demarcação (testabilidade ou refutabilidade) é utilizado como uma forma de crítica ao *critério de significação* de Ludwig Wittgenstein¹¹³, segundo o qual as proposições filosóficas ou metafísicas são falsas proposições ou

¹¹¹ PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 11.

¹¹² KARL, Popper. *Conjecturas e refutações*. Brasília: UnB, 1978, p. 66 e ss. É o que denomina o autor de “critério de refutabilidade”, ou seja, a possibilidade de refutar uma teoria, o critério que define o *status* científico de uma teoria, isto é, a sua capacidade de ser refutada ou testada.

¹¹³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo (SP): USP, 1993.

pseudoproposições, sem sentido ou significado. Daí que toda proposição genuína deve ser uma função de verdade de afirmativa resultante da observação e dela dedutível. Qualquer outra proposição aparente será uma pseudoproposição sem significado; não passará de um conjunto de palavras desarticuladas, sem sentido algum. Logo, as asserções consideradas científicas seriam aquelas verificáveis por afirmações derivadas da observação, coincidiriam com a categoria que compreende todas as assertivas genuínas ou significativas, existindo, assim, uma coincidência da verificabilidade, do significado e do caráter científico.

O critério de verificabilidade (verificação de teorias), para Ludwig Wittgenstein¹¹⁴ seria o critério da significação que também deveria funcionar como um critério de demarcação, ou seja, da capacidade de deduzir a teoria de afirmações derivadas da observação. Contudo, paradoxalmente seria ao mesmo tempo muito restrito e amplo demais, excluindo, pois, da ciência tudo o que a caracterizaria, pelo que, nenhuma teoria científica poderia ser deduzida de afirmações derivadas da observação, ou descrita como função da verdade nelas contida.

No entanto, Karl Popper, apesar de introduzir os termos refutabilidade e testabilidade na discussão do critério de verificabilidade das teorias, enquanto científicas, não os introduziu na teoria do significado, mas, sim, propôs como critério de demarcação, haja vista que este critério possibilita a resolução dos problemas fundamentais da filosofia da ciência. Conquanto, entende Karl Popper que as teorias científicas seriam, então, uma composição de invenções, ou seja, conjecturas ousadas e, por isso, elimináveis no caso de não se ajustarem às observações¹¹⁵.

De seu turno, David Hume¹¹⁶ assevera que a indução não pode ser logicamente justificada ou considerada correta, pois, na verdade, trata-se de uma teoria psicológica e não filosófica, uma vez que, apenas procura explicar de maneira causal o fato psicológico de se acreditar em leis, ou seja, o hábito de acreditar em leis é produto da repetição freqüente, da observação repetida de que coisas de uma certa natureza

¹¹⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.* p. 189. De acordo com o autor o sentido está no estado das coisas. Pois, “o sentido da proposição é sua concordância e discordância com as possibilidades de existência e inexistência dos estados de coisas”.

¹¹⁵ KARL, Popper. *Op.cit.*

¹¹⁶ HUME, David. *Investigação acerca do entendimento humano*. São Paulo: Abril Cultural, 1992, (Os Pensadores), p. 45-145.

associam-se constantemente a coisas de outra natureza. A teoria genético-psicológica extremamente popular, uma vez incorporada à linguagem ordinária, faria, então, parte do *senso comum*, pelo que, segundo Karl Popper, convencido do equívoco de tal teoria, entendia possível a sua refutação com base em argumentos puramente lógicos.

Em decorrência disto, a crítica que se faz ao emprego da lógica tradicional na interpretação do Direito, dirige-se especificamente em relação à aplicação dessa lógica tradicional aos conteúdos das normas jurídicas. Nas palavras de Gonzalo Rodríguez Mourullo¹¹⁷: “o problema da interpretação é um problema de lógica material, e não de lógica formal.”

Para Hans Kelsen os atos jurídicos apenas são percebidos racionalmente, haja vista que se imprime nele determinado sentido que se exprime por qualquer modo e é entendido pelos outros¹¹⁸. A lógica da argumentação jurídica possui especial interesse, ante mesmo a recente descoberta de que as argumentações e razões dos juristas não respondem em grande parte à lógica formal dedutiva, do tipo cartesiano. Pois, como se sabe, o pensamento cartesiano cujo objetivo principal é a evidência, menospreza qualquer proposição que não possua este caráter do óbvio, do indiscutível, do exato, do preciso e do necessário¹¹⁹. Desta forma, a lógica do tipo cartesiano se funda dentro do campo do estudo das provas analíticas, que são as que apresentam um caráter de necessidade.

Desde a antiguidade clássica, já em Aristóteles¹²⁰, distinguia-se raciocínio (argumentação) analítico e dialético. Com efeito, as argumentações analíticas partem de premissas necessárias ou, pelo menos, indiscutivelmente verdadeiras e conduzem a conclusões igualmente necessárias ou verdadeiras, pois, transferem a necessidade ou a veracidade das premissas à conclusão. Aristóteles denominou de *silogismo* esta maneira de raciocínio (ou argumentação). E o que garante a validade deste raciocínio é a sua forma. E a lógica que daí se funda, vale dizer, que estuda tais inferências válidas, em virtude unicamente de sua forma, denomina-se

¹¹⁷ MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1988, p. 28.

¹¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, 6ª ed., Coimbra: Arménio Amado, 1984, (Coleção Studium), p. 18-19.

¹¹⁹ DESCARTES, René. *Discurso do método*: para bem conduzir a própria razão e procurar a verdade nas ciências. Trad. J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. 2ª ed., São Paulo (SP): Abril Cultural, 1979, (Os Pensadores), p. 1-71.

¹²⁰ ARISTÓTELES. *Organon*. Trad. Pinharanda Gomes. São Paulo (SP): Nova Cultural, 1999, (Os Pensadores), p. 79-140.

de lógica formal, pois a condição única que exige para garantia da veracidade da conclusão alcançada, se as premissas são certas, é tão somente que os símbolos utilizados no silogismo sejam substituídos, cada vez que se apresentem, pelos mesmos termos, da mesma maneira.

Já o raciocínio dialético – segundo Aristóteles: Tópicos, Retórica e Refutações dos Sofistas – não se dirige a estabelecer demonstrações científicas, mas apenas a ensinar orientativamente deliberações e as variadas possibilidades de resolução de controvérsias. Ademais, o raciocínio dialético tem por objeto os meios de persuadir e de convencer através do discurso, de criticar as teses dos adversários e de defender e justificar as próprias com a ajuda de argumentos mais ou menos sólidos¹²¹. E isto no mundo jurídico, especialmente, na aplicação do direito, tem fundamental importância, pois, num processo judicial, as partes envolvidas não se encontram num mundo de premissas incontestáveis, as quais através de uma demonstração analítica, por certo, conduziram a uma conclusão necessária, muito pelo contrário, encontram-se no reino do opinável, do discutível, no marco do dual, das duas verdades, da dúvida e do duelo dialético que abre espaço mesmo à decisão final, vale dizer, à eleição de uma entre as várias soluções possíveis, porque a sentença judicial não encerra nunca a justiça absoluta, senão um ponto de vista sobre a justiça¹²².

Em decorrência disto, pode-se concluir que o operador jurídico que efetivamente intervém na aplicação do Direito não persegue tanto a formulação de perfeitas deduções lógico-formais (demonstrações dedutivas), quanto persuadir e convencer a outros de que a solução que propõe é a mais razoável e justa (argumentações retóricas e tópicas). Até porque, uma tal lógica é tida como a disciplina que elucida o sentido do que é dito e o sentido do dizer, uma vez que estuda a forma das proposições que possuem sentido.

Em que pese a possibilidade de acertamento de dado caso através de uma lógica argumentativamente jurídica, existem outras questões de interpretação jurídica para as quais tanto a lógica formal, quanto a lógica jurídica tradicional não só não servem senão que produzem conseqüências despropositadas. Assim, num dado conflito de interesses, o que se examina é se a interpretação é adequada ou não, pois,

¹²¹ PERELMAN, Chaïn e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Op. cit.*

¹²² MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. *Op. cit.*

trabalha-se com razões dentro de um campo lógico, só que não mais agora da lógica do racional pura e simplesmente, mas, sim, da lógica do humano, da lógica do razoável¹²³. Em vista disto, pode-se afirmar que o problema da interpretação jurídica é um problema de lógica material, e não de lógica formal.

Uma dada lógica jurídica formal certamente seria aplicável no tratamento das formas jurídicas, ou seja, na análise dos conceitos jurídicos puros, essenciais (como por exemplo, o conceito de norma jurídica, relação jurídica, direito subjetivo, dever jurídico, etc.). Diversamente, uma lógica jurídica material se inclinaria para a resolução de dado caso concreto, segundo as suas próprias particularidades. Contudo, observa Chaïn Perelman¹²⁴ que todo raciocínio – inclusive, dos juristas – consiste em argumentação e demonstração, motivo pelo qual, adverte que é um grave risco descuidar-se da argumentação, pelo que se impõe a sua explicação racional. Com isto, demonstra o autor que a argumentação jurídica tem se servido durante longo tempo da dialética clássica, ou seja, da *tópica*, enquanto que a demonstração jurídica tem se servido da dedução.

Como leciona Theodor Viehweg¹²⁵, os esforços devem dirigir-se para o conhecimento das circunstâncias fáticas, configurando-se, pois, um procedimento interpretativo (*procedimento especial de discussão de problemas*) claro e adequado, de acordo com tal demanda. Conquanto, cabe ressaltar que o ponto mais importante deste exame ao que Theodor Viehweg denominou *tópica*, é a afirmação de que se trata de uma técnica de pensamento que se orienta em direção do problema, vale dizer, um sistema de interpretação próprio de uma lógica jurídica material (*uma técnica de*

¹²³ MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. *Op. cit.* “La lógica de lo humano o de lo razonable es una razón impregnada de puntos de vistas estimativos, de criterios de valoración, de pautas axiológicas, que, además, lleva a sus espaldas como aleccionamiento las enseñanzas recibidas de la experiencia propia y de la experiencia del prójimo a través de la historia.”

¹²⁴ PERELMAN, Chaïn e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Op. cit.*

¹²⁵ VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudência (Topik und Jurisprudenz)*. Trad. Luís Díez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1986, p. 24 e 25. “A *tópica* é uma técnica do pensamento problemático, que foi desenvolvida pela retórica e que é o desenvolvimento de uma contextura espiritual (modo de ser – idéia), que inclusive em suas particularidades se distingue numa forma inequívoca do espírito dedutivo sistemático. A *tópica* se encontra no *ius civile*, no *mos italicus*, na doutrina civilista atual e presumivelmente também noutras sedes. Os esforços que nos tempos modernos tem sido feitos para desconectar dela a jurisprudência tem tido êxito só numa medida muito escassa. Uma continuação destes esforços exige uma rigorosa sistematização dedutiva de nosso ramo de saber realizada com uns meios exatos. Seu objetivo deve dirigir-se para desenvolver a jurisprudência, através de uma sistematização dedutiva, como Ciência do Direito, o que pressupõe admitir que os problemas de nossa disciplina podem receber deste modo uma solução muito mais satisfatória. Ao contrário, caso isto não se aceite, a jurisprudência tem que ser entendida como um procedimento especial de discussão de problemas, que, como tal, é o objeto da Ciência do Direito. Os esforços devem dirigir-se então a tomar consciência deste fato, em todas suas particularidades, e a configurar este procedimento do modo mais claro possível e mais conforme com sua natureza. Para isto é ineludível analisar a *tópica* e intentar o desenvolvimento duma suficiente teoria da prática.”

pensamento problemático). O pensamento discursivo para o jurista prático há de ser sempre racional, contudo, não necessariamente lógico-formal. É o que tanto Chaïn Perelman¹²⁶, quanto Theodor Viehweg¹²⁷ dentre outros têm entendido. E, assim, pode-se afirmar que por diversas vezes quando no direito se denomina como *demonstração*, trata-se, na verdade, de uma *argumentação* e a lógica jurídica comportaria, então, o estudo de esquemas argumentadores não formais, adequados ao contexto jurídico. A opção jurídica seria assim considerada adequada (legitimada) quando se demonstrasse meramente em conformidade e coerência às normas de justificação. Conquanto, em não sendo possível uma representação fidedigna da realidade, restaria, por assim dizer, a perspectiva pragmática, segundo a qual a realidade dependente do agente que conhece se tornaria o que é melhor que se pudesse acreditar¹²⁸.

1.2. JOGOS DE LINGUAGEM

Com Ludwig Wittgenstein, pode-se iniciar o estudo da linguagem a partir mesmo da importante função significativa empreendida pelo silêncio, inclusive, na resolução mesmo da filosofia da linguagem. A idéia de silêncio, assim, é importante para descrever o sentido daquilo que se diz, constituindo-se, assim, o sentido numa propriedade semântica que se atribui a enunciados da linguagem. Pois, o silêncio é o limite da linguagem. No estudo que se preocupa com a faculdade da linguagem, vale dizer, de seu estado inicial e os estados que ela assume, basicamente, delineia-se uma abordagem puramente internalista. A língua é algo como *o modo como falamos e compreendemos*, uma concepção tradicional de língua.

De acordo com Jean-Paul Resweber¹²⁹, a fala não é *aquilo de que falamos*; é antes *aquilo de onde falamos*. Ora, *de onde* se fala, constitui-se numa dimensão que enuncia o poder que se tem de dar fim às palavras. Pois, qualquer fala apenas será verdadeira caso seja endereçada a alguém e ser dele compreendida. Logo,

¹²⁶ PERELMAN, Chaïn e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Op. cit.*

¹²⁷ VIEHWEG, Teodor. *Op. cit.* O sistema tópico é um sistema aberto, já que a resolução de cada uma questão que surge pode ser oferecida por diferentes perspectivas. O sistema tópico não possui, assim, um conteúdo final, mas, na verdade, oferece uma metodologia, uma metódica jurídica, vale dizer, um método de argumentação (justificação, legitimação) que se opera não mais de forma dedutiva, mas, sim, dialeticamente.

¹²⁸ RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 25 e ss.

¹²⁹ RESWEBER, Jean-Paul. *A filosofia da linguagem (La Philosophie du Langage)*. Trad. Yvone Toledo e José Paulo Paes, São Paulo: Cultrix: Universidade de São Paulo, 1982.

toda fala contém e solicita reconhecimento. No entanto, a fala, antes mesmo de ser instrumento de comunicação, é feita para significar e ser significada.

Desta forma, Jean-Paul Resweber procura revogar a ambigüidade gerada pela circularidade, sem transição, de um registro semântico a outro, que, por vezes, constitui-se na origem de muitos mal-entendidos e falsos problemas, definindo, pois, os grandes eixos de uma problemática da linguagem, sem, contudo, perder de vista a possibilidade do debate interdisciplinar, porém, mantendo a coerência interna das reflexões acerca da linguagem. Conquanto, o Autor formula reflexões acerca da linguagem tomando em consideração as análises da Lingüística e as orientações pertinentes das Ciências Sociais. Os discursos não são entidades neutras e estáticas, pois, em face das novas instâncias de sociabilidade, são dotados de produtividade política, de uma capacidade de formatar realidades.

De acordo com Friedrich Müller, o jogo de linguagem na filosofia analítica da linguagem, diz respeito à questão da forma lingüística e da referência objetual, sempre tematizada pela teoria tradicional, dizem também respeito aos *topoi* atualidade e pré-compreensão, colocados no primeiro plano pela hermenêutica filosófica na tradição das ciências humanas; e, por fim, elas dizem respeito a enfoques da teoria da informação e da teoria da comunicação¹³⁰.

Já em Ludwig Wittgenstein, os jogos de linguagem seriam regidos por uma tácita compreensão mútua, pelo que, propunha substituir os estreitos limites da teoria dos conjuntos – que chamou de *retratos familiares: certos ares de família, certos parentescos que se combinam, se entrecruzam, se permutam* – para, assim, constatar que a filosofia é a batalha contra o encantamento de nossa inteligência por meio da linguagem¹³¹. Assim, a atitude metafísica deveria ser substituída pela atitude prática. A linguagem – segundo o autor – funcionaria em seus usos, não se devendo indagar sobre os significados das palavras, mas, sim, sobre suas funções práticas, as

¹³⁰ MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem e violência: elementos de uma teoria constitucional*. Vol. I. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Safe, 1995, p. 35 e ss.

¹³¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 13-15. Para o autor, a linguagem é um tipo de jogo, um conjunto de peças ou equipamentos (palavras) que são usadas de acordo com um conjunto de regras (convenções lingüísticas). O mundo é construído a partir de proposições, mas agora a ênfase recai menos no que as afirmações significam do que em como elas se desenvolvem dentro de um contexto e um conjunto de regras.

quais são múltiplas e variadas, uma vez que constituem múltiplas linguagens que são verdadeiras formas de vida.

Com efeito, o que se entende por linguagem é, na verdade, um conjunto de *jogos de linguagem*, entre os quais poderiam ser citados seus empregos para indagar, consolar, indignar-se, ou descrever. Em virtude disto, não se pode admitir uma única função comum das expressões de linguagem, nem, sequer, um único e determinado *jogo de linguagem*. A linguagem, assim, não pode ser unificada segundo uma única estrutura lógica e formal. A sugestão é a possibilidade de construção de um discurso autônomo fundado nos novos padrões de troca, das imensas possibilidades advindas de nossas próprias diferenças, reforçando a idéia de autonomia e valorização da pessoa.

Contudo, diante das novas ideologias globalizadas, que supervalorizam o padrão da racionalidade ocidental, deve-se tomar o cuidado para que não se restrinja legitimidade aos discursos hegemônicos, mas, de outro lado, observe-se outras perspectivas, alternativas, suscetíveis de provocar uma descentralização, constituindo uma fisionomia particular, entretanto, não menos complexa e variada, a partir de trocas culturais criadoras de dimensões culturais, políticas e estéticas diferenciadas¹³². Neste mesmo sentido, denuncia Luís Alberto Warat¹³³ que na interpretação do direito existe sempre uma certa influência da ideologia – que na verdade se pretende dominante – que construiria de forma deturpada a verdade, pois, é justamente o que se esconde na sombra do discurso jurídico que deve ser o objeto de estudo da semiologia do poder.

¹³² SANTOS, Mariza Veloso Motta e MADEIRA, Maria Angélica. *Leituras brasileiras: itinerários no pensamento social e na literatura*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 34 e ss.

¹³³ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Safe, 1995.

2. MUTAÇÕES LINGÜÍSTICAS CULTURAIS E IDEOLÓGICAS

As manifestações de uma cultura permitem o acesso a alguma de suas disposições internas, aos seus reservatórios simbólicos, às redes de solidariedade e de expressão que as tornaram possíveis¹³⁴. As reservas simbólicas reativam-se nos momentos de crise, como naqueles em que se requiere um fortalecimento de auto-estima. As forças culturais são forças vivas: uma energia que brota da própria sociedade, permitindo a reconstituição do tecido social. Porém, não se pode olvidar que hoje em dia uma cultura globalizada impede a autonomia e a independência da pessoa, tornando, por assim dizer, a idéia de liberdade numa mera concepção utópica¹³⁵.

Neste sentido, Arnold Joseph Toynbee¹³⁶ rediscute historicamente a possibilidade da construção criativa cultural das civilizações, as quais, então, desenvolver-se-iam sob condições adversas, pois o crescimento e progresso são auxiliados por pressões e sofrimentos. O desafio mais estimulante deve estar em algum ponto entre a falta e o excesso de rigor. A lei enquanto tradução de políticas práticas, deve possuir a proporção certa de estímulo às condutas sociais desejadas, pois, indiscutivelmente, estímulos de rigor saudáveis são estimulantes, como, também, existem aqueles de rigor excessivo, que matam. O desafio obriga a reivindicação para encontrar o meio-termo. Pois, toda mudança social não se dá casualmente. E explicada

¹³⁴ SANTOS, MARIZA VELOSO MOTTA E MADEIRA, MARIA ANGÉLICA. *OP. CIT.*

¹³⁵ OLIVEIRA JUNIOR, JOSÉ ALCEBIANES DE. *HUMANISMO HOJE*. PORTO ALEGRE: ASSOCIAÇÃO HUMANISTA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2000, p. 18.

¹³⁶ TOYNBEE, Arnold Joseph. *Toynbee sobre Toynbee*: colóquio entre Arnold J. Toynbee e G. R. Urban. Brasília: UnB, 1981, p. 39 e ss.

sociologicamente toda dificuldade social enseja uma atividade criativa, haja vista que a habilidade humana tende a entrar em campo diante das adversidades. A possibilidade de previsão surge, assim, como uma questão fundante, vale dizer, diante de um certo desafio social, não seria possível prever que tal medida será suficiente ou não para produzir as condições ideais para criatividade, ou seja, produzir um efeito criativo, positivo, para modificação de atitudes sociais construtivas e de melhoria social, pois, não se tendo conhecimento sobre todas as variáveis que envolvem o desafio.

A liberdade de pesquisa, segundo Arnold Joseph Toynbee¹³⁷, para o cientista sempre foi a chave para férteis descobertas. Contudo, adverte o autor que o desenvolvimento da tecnologia levará a uma burocracia cada vez maior e a cada vez menos liberdade para os cientistas que trabalham pela tecnologia. De acordo com o entendimento de Mariza Veloso Motta e Santos e Maria Angélica Madeira¹³⁸, num contexto internacional altamente competitivo e imperativo quanto à integração numa ordem mundial globalizada, a cultura tornou-se área estratégica e, sendo patrimônio coletivo, necessita ser valorizada, preservada e, muito cuidadosamente, negociada.

Com efeito, observa-se que o dinamismo e a complexidade dos processos sócio-históricos de então não podiam deixar de repercutir na organização dos grupos de intelectuais e nas práticas discursivas que os constituíram. Surgem, assim, novas instituições de produção e controle de conhecimentos, instâncias diversas de legitimação do trabalho intelectual. *E, desta forma, constrói-se um discurso científico extremamente eficaz, que precipuamente busca a adesão às regras e métodos que proporcione, em nome do estudo rigoroso, um conhecimento objetivo, ao que a modernidade tem denominado de Ciência, significando, então, uma aquisição permanente de informação verdadeira e certa, haja vista que é acreditada pelo grupo.*

A cultura, poder-se-ia dizer com Jean-Paul Resweber¹³⁹, é esse lugar geométrico onde se recortam os projetos esparsos de um conjunto de práticas e onde permanecem significantes os esquemas diretores de uma série de ações. A cultura surge, desta forma, como um *logos* da lógica constituído pelo perfil das ações reais, e, constituinte das ações possíveis.

¹³⁷ TOYNBEE, Arnold Joseph. *Op. cit.*

¹³⁸ SANTOS, Mariza Veloso Motta e MADEIRA, Maria Angélica. *Op. cit.*

¹³⁹ RESWEBER, Jean-Paul. *Op. cit.*

2.1. LOGOS E O LOGOCENTRISMO

O logocentrismo designaria, então, a ideologia de uma linguagem tornada lógica e de uma lógica pensada como linguagem, fornecendo, assim, o perfil ético e político da idéia de verdade. Até porque, a razão assimila a linguagem ao enunciado, a verdade, desta forma, mediria o ajustamento do sujeito ao objeto representado. O logos preside a aventura cultural de um sentido que precede o desejo e se anuncia como a diferença constituída pelo “há” da verdade. O logos é, assim, a inscrição simbólica de uma práxis em busca de um centro jamais fixado e cujo estatuto provisório se liga à aparição de práticas novas, ao desaparecimento de práticas antigas ou ao seu mútuo reconhecimento – segundo Jean-Paul Resweber¹⁴⁰. O sujeito seria, assim, senão o traçado de um traço, a marca de uma práxis, ou seja, a confirmação empírica da experiência originária do ser-no-mundo.

A práxis está primeiramente presente na cultura. E é justamente a articulação do sujeito falante à presença de seus semelhantes e às coisas existentes que define o momento original de uma práxis que se faz logos. Destarte, segundo o mencionado autor, a práxis fala a língua do *logos*, se é verdade que ela sozinha restabelece o desafio inerente ao necessário estatuto de um significante articulado à realidade.

A linguagem, assim, aflora no plano do discurso: discurso que constitui o homem social e que amadurece a Revolução: discurso que constitui o sujeito desejoso e que provoca a subversão – respectivamente, de acordo com Marx e Freud. Estas perspectivas permanecem referenciadas a um discurso constituído: o da ordem a derrocar, o da ordem a integrar depois de ter sido contestada, resultando, pois,

¹⁴⁰ RESWEBER, Jean-Paul. *Op. cit.* De acordo com o autor: “Logos diz o acontecimento original da linguagem que se propõe ao homem e nele repousa. Diz a fala antecedente, que se anuncia a contra corrente do enunciado como da enunciação, antes mesmo de o verbo advir como carne. Mas a fortuna que preside ao pensamento ocidental decidiu de modo diverso: Logos diz o percurso dos signos dominados pela razão, o fecho de um espaço indefinido”. (sic).

que o discurso constituinte se elabora em função do discurso constituído, seja distanciando-se dele, seja a ele se ajustando, seja qual for a perspectiva, ele imita a verdade.

Com Michel Foucault¹⁴¹, então, é possível dizer que a “filosofia ocidental (...) sempre caracterizou o conhecimento pelo logocentrismo, pela semelhança, pela adequação, pela beatitude, pela unidade”, e, assim, surge o poder politizante do “conhecimento, dos fatos do conhecimento e do sujeito do conhecimento”, que deve descrever a construção do saber a partir de tudo aquilo que é muito mais próximo do que seja político – “relações de luta e de poder” – do que daquilo que possa ser filosófico (consoante tratado no Capítulo V, da 2ª Parte, desta Tese).

Em decorrência de tudo isto, impõe-se agora a construção de uma teoria jurídica específica e destinada à proteção, promoção e defesa dos direitos afetos à criança e ao adolescente, e, não, diversamente, uma teoria geral do direito que, no fundo, é determinativo do âmbito jurídico-legal como um todo e que assim apenas subsidiariamente deve ser aplicável aos específicos e determinados subsistemas jurídico-legais, de forma a integrá-los, mas, respeitando as peculiaridades, circunstâncias, objetivos, metodologias, princípios, sujeitos e fundamentações.

Eis, pois, o objetivo jurídico, político e social desta Tese, qual seja: o de oferecer uma proposta transdisciplinar para a formatação de uma teoria jurídica destinada à construção de um saber específico que possibilite a discussão argumentativa para criação, sustentação (fundamentação) e reconhecimento de institutos e categorias jurídicas próprias que possam efetivamente promover, proteger, defender e implementar direitos e garantias afetos à criança e ao adolescente, senão, formação e ampliação da discussão acerca da constituição de uma propedêutica

¹⁴¹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1996, p. 22 e ss. O Autor com apoio em Nietzsche entende que o “conhecimento é ao mesmo tempo o que há de mais generalizante e de mais particular. O conhecimento esquematiza, ignora as diferenças, assimila as coisas entre si, e isto sem nenhum fundamento de verdade. Devido a isso, o conhecimento é sempre um desconhecimento. Por outro lado, é sempre algo que visa, maldosa, insidiosa e agressivamente, indivíduos, coisas, situações. Só há conhecimento na medida em que, entre o homem e o que ele conhece, se estabelece, se trama algo como uma luta singular, um *tête-a-tête*, um duelo. (...) Este é o caráter contraditório do conhecimento tal como é definido nos textos de Nietzsche que aparentemente se contradizem: generalizante e sempre singular. (...) não uma teoria geral do conhecimento, mas um modelo que permite abordar o objeto (...) o problema da formação de um certo número de domínios de saber a partir de relações de força e de relações políticas na sociedade.”.

jurídico-protetiva infanto-juvenil de viés transdisciplinar baseada nos valores sociais e humanitários.

Com Ludwig Wittgenstein¹⁴², pode-se afirmar, então, que a linguagem não pode ser unificada segundo uma única estrutura lógica e formal. Os discursos não são unívocos ou em si verdadeiros. Pois, segundo Richard Rorty¹⁴³, o paradigma científico que se sustenta na busca pela verdade e objetividade é uma construção histórica, já que esta verdade como é concebida – representação exata da realidade – não é possível de se concretizar.

Assim, pode-se dizer que a verdade absoluta não existe, mas sim uma infinidade de descrições possíveis dos fatos. Em face das limitações ético-sociais, vale dizer, considerando-se mesmo a proporcionalidade oferecida com a afirmação supra-individual do direito, produz-se conseqüentemente um tipo de racionalidade cuja tessitura tem muito pouco que ver com o traçado retilíneo do pensamento lógico-formal.

A proclamação de uma determinada proposição como objetivamente verdadeira – e, bem por isso, com propensão à neutralidade própria da ciência – por determinado grupo de intelectuais, sobretudo, na área jurídica, mistifica¹⁴⁴ a certeza como a impossibilidade de dúvida – mito da completude: único sentido – pois, aumenta demasiadamente a estimativa do valor da segurança jurídica impeditiva, por vezes, da liberdade do operador em apreciar as variegadas vertentes do caso concreto.

2.2. CONTROLE SOCIAL GLOBAL

¹⁴² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Op. cit.*

¹⁴³ RORTY, Richard. *Op. cit.*

¹⁴⁴ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei; temas para uma reformulação*. Vol. I, Porto Alegre: Safe, 1994, p. 111. Segundo o autor, “resulta fácil caracterizar o processo argumentativo do direito como discurso mítico. No raciocínio do jurista, como no discurso mítico, o ponto chave é sua dupla função de aludir e iludir (...) o mito simplifica as complexidades, universaliza o contingente, neutraliza as valorações e idealiza a história. No discurso mítico como no raciocínio dos juristas, produz-se um entendimento que não exige explicações. Em ambos produz-se uma clareza de constatação, não de explicação. Organiza-se um mundo sem contradição porque o dado novo aceita-se na medida em que se reconhece o universo das crenças já aceitas.”.

A relação que se estabelece entre o direito e os valores consolidados – nem sempre democraticamente – num determinado grupo social (comunitário) pode efetivamente identificar as opções político-ideológicas dominantes que sustentam o ordenamento jurídico, quando, não, influenciam a construção e manutenção de um saber oficial destinado à justificação (processos de legitimação) do Direito, enquanto compromisso teórico-pragmático destinado à sustentabilidade da resolução estatal – nem sempre adequada – dos casos concretos demandados a partir do não atendimento das necessidades reais (vitais) básicas da vida do mundo vivido individual e coletivamente. A convivência respeitosa e responsável numa dada sociedade contemporaneamente também pode significar limitação dos individualismos exacerbados – senão, puros egoísmos –, funcionando, assim, como uma orientação teórica e prática (racionalidade crítica) que serve para compatibilização de interesses socialmente admitidos. Por certo, que, a organização democrática de uma sociedade contemporânea requer o asseguramento de direitos fundamentais inerentes à própria dignidade da pessoa humana, porém, admite, por isso mesmo, limitações ao exercício das liberdades públicas. A validade de uma regra jurídica, assim, vincula-se tanto ao seu âmbito formal (processo legislativo de formação/criação), quanto ao seu âmbito material (conteúdo substancial), principalmente, aqui, na dimensão legislativa que cuida das liberdades substanciais afetas à criança e ao adolescente (interesses e direitos individuais, coletivos e difusos; garantias fundamentais descritas no âmbito jurídico-legal infanto-juvenil), haja vista que não se cuida tão somente de proteção de bens ou valores (humanitários), mas, essencialmente, de pessoas, vale dizer, daquelas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade – nos termos do art. 6º, do Estatuto. A eleição de figuras legislativas, portanto, deveria ser substancialmente vinculada às questões políticas e sociais infanto-juvenil que são discutidas histórico-culturalmente durante toda a (re)democratização do Brasil, isto é, na construção civilizatória dos valores humanos e sociais conquistados através da persistência de movimentos populares, e, não tanto aos interesses invariavelmente patrimoniais de determinadas hegemonias econômico-financeiras.

À “la Sherazade”, porém, com não tanta maestria, de forma transparente tentei “manipular” argumentativa e discursivamente os “finais dos contos” perpassados por cada um dos capítulos desta Tese, como provocativamente sustenta Luiz F. Barros¹⁴⁵, ou seja, “justamente o lugar onde se assenta a moral das histórias.”. No entanto, assim o fiz com a culpa necessariamente assumida pela transgressão que não espera qualquer compensação ou reconhecimento, mas como estratégia para fugir dos “lugares comuns” jurídicos que sempre “subsidiariamente” também ocupam o lugar central.

Os “artifícios” discursivos servem, sim, antes do mais para domar os demônios pessoais e evitar o quanto possível as arbitrariedades subjetivas que diuturnamente rondam o desejo, mas invariavelmente escapam aos sentidos. É preciso estar atento o quanto possível para dominação pelas mensagens que a continuidade do discurso dogmático e central posterga para nunca se modificar nada que não lhe parece sensivelmente controlável. A sutileza discursiva esconde a radicalidade da mensagem que ancestral e tradicionalmente se emprega para cooptar e conformar as transgressões críticas, pervertendo-se, por vezes, as propostas mediante a sedução e promessas de recompensas para aqueles que não pretendem se aventurar ou infringir os limites.

Este é “o risco de se manipularem os finais das histórias, justo o local onde reside a moral das histórias”¹⁴⁶, vale dizer, a cooptação cultural e ideológica que constrói a dependência irracional através da racionalização cada vez mais racional da vida do mundo vivido, numa circular espiral de conformação e comodidade que, aqui, no âmbito jurídico tem se denominado de segurança jurídica a partir mesmo da certeza do direito a ser empregado funcionalmente.

Agora, já é possível deliciar o conhecimento logicamente sustentado por fundamentos racionais sutilmente utilizados para tornar suportável a sobrevivência social, saboreando-se aqui e acolá alguns flagelos de cidadania ouvindo-se, contudo, “o conto de fada com a moral trocada”¹⁴⁷.

2.3. DISCURSO DO LIMITE E A (DES)ORDEM DO (DIS)CURSO

¹⁴⁵ BARROS, Luiz F. *Os normalpatas, não matei Jesus e outros textos*. Rio de Janeiro: Imago, 1999, p. 59 e ss.

¹⁴⁶ BARROS, Luiz F. *Op. cit.*

¹⁴⁷ BARROS, Luiz F. *Op. cit.*

A jurisdição muito além de ser entendida como poder de aplicar a lei aos casos concretos de forma vinculante e cogente, também, possui um outro aspecto que distingue tal poder dos demais – executivo e legislativo – ou seja, constitui-se na possibilidade da coisa julgada, marca distintiva, pois, é uma sua função de dizer a palavra final numa questão controvertida. Pois, segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho¹⁴⁸, a estabilidade que as decisões judiciais auferem são decorrentes da imutabilidade adquirida pela inviolabilidade do término do processo, o que é determinado em vista de um fundamento político manifesto. Mas, isto tudo, não descompromete o agente envolvido na decisão, ou seja, ainda que se verifique a legitimidade – externa, constitucional – impõe-se ao julgador “o” sofrimento por se encontrar no lugar em que se assume a função de dizer a palavra final.

E independentemente de ter consciência ou não, como qualquer ser humano, os julgadores também sofrem. Contudo, isto não se pode constituir num alibi para uma desmedida atuação dos julgadores. Pois, todo aquele que ocupar aquela espacialidade privilegiada da palavra e da ação, principalmente, na dimensão do poder de julgar, deve dar, senão, tentar dar conta do seu desejo. À coletividade – segundo Miranda Coutinho – interessa um julgador resolvido; e não aquele que se resolva julgando. Julgador não é – e nem pode ser – analista. Aquele que quer fazer justiça não pode se encontrar em ruptura com a lei comum¹⁴⁹. A decisão judicial não é assim somente a vontade da lei, mas, também, um discurso decisional que é impregnado de um *outro* que fala pela sua fala. De outro lado, ela não tem qualquer vontade, em hipótese alguma.

A justiça apreende, desta forma, a relação com o proibido e com a idéia de autoridade – vale dizer, do limite. Pois, é a instância que ocupa o lugar estrutural a partir do qual se enuncia o discurso do limite, o discurso fundador do seu ser, o discurso relativo à autoridade – à lei.

¹⁴⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. p. 39-77. in MARQUES NETO, Agostinho Ramalho *et alii*. *Direito e neoliberalismo*: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba (Pr): EDIBEJ, 1996.

¹⁴⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, p. 72. “... o analisante tem, ao mesmo tempo, a impressão de sofrer uma injustiça e de ter cometido uma falta.” O julgador, segundo o autor, através da escuta procura nas brechas do discurso encontrar a fala do sujeito, do Outro, para simplesmente pontuar situações discursivas e colocar o vivente em condições de conviver, ele mesmo, com o desejo. Mas, não se opõe – e nem pode – o analista, como modelo, razão por que sabe – e deve saber, sob pena de impostura – não ser enlear no processo transferencial, essencial ao ato analítico. O magistrado, por elementar, não é assim.

De outro lado, através do discurso neoliberal se busca o desmonte do Estado e se menospreza o direito, corroendo-se, assim, também, a própria jurisdição. É preciso, então, soltar as amarras políticas e ideológicas de uma tal instância pública da racionalidade totalitária particularmente própria do primeiro mundo. O poder judiciário formado e deformado nesta perspectiva racional e totalizadora¹⁵⁰ tão somente servirá para desempenhar o papel de tentar manter a crença e garantir a submissão – o que, diga-se de passagem, sequer, tem conseguido algum sucesso. A lógica economicista do neoliberalismo apesar de pontuar os vícios e as falhas das estruturas e funções do Estado, por certo, ainda, não contribuiu de forma decisiva para a superação do sistema de justiça que se desenvolve em diversas frentes, como, por exemplo, a da importante questão social. A par disto, tem-se, pois, que a jurisdição continua imprescindível, ainda que, como instrumental democrático de criação das condições de possibilidade dos direitos e garantias fundamentais da pessoa, quando, não, garante do exercício da cidadania. É preciso encontrar *a nossa realidade*. E isto muito bem pode se dar a partir de uma ética da alteridade atrelada à dignidade do outro¹⁵¹. O direito deve ser visto como uma prática das pessoas que se expressa num discurso que é mais do que meras palavras, ou seja, é também comportamento, símbolos e conhecimento. É o que a lei manda, mas, também é o que os juízes aplicam/interpretam, os advogados argumentam/entendem, os litigantes declaram/não-declaram, os teóricos pesquisam/produzem, os legisladores sancionam/limitam ou os doutrinadores criticam/revelam.

A decisão judicial não pode ser mais uma mercadoria cujo preço não está a altura dos empobrecidos, quando, não, da própria dignidade da pessoa humana. A lei deve ultrapassar os limites de sua abstração e se estabelecer também em concreto, através da criação efetiva de condições de possibilidade do exercício da cidadania – cidadania concreta. Em decorrência disto, cumpre legitimamente à jurisdição a função – dever-poder – de estabelecer e garantir uma espacialidade pública e democrática da

¹⁵⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, p. 74. Segundo o autor, escapar dessa racionalidade totalizadora é compreender que a nossa gente não suporta uma “ética do discurso” porque nada tem a oferecer em sacrifício, nada tem a oferecer numa mesa de negociações que não seja a sua fome; essa sim instintiva e não pulsional.

¹⁵¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, p. 75. O autor citando Wolkmer A. C., descreve que a ética da alteridade é uma ética antropológica da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos humanos marginalizados e se propõe a gerar uma prática pedagógica libertadora, capaz de emancipar os sujeitos históricos oprimidos, injustiçados, expropriados e excluídos.

palavra e da ação para o acerto de questões tidas como importantes, precisamente, por serem imprescindíveis as suas discussões para a (re)construção da própria identidade de um povo. E isto só se alcança com a assunção da crença de que de forma indiferente se deve respeito e reconhecimento do direito de que todas as pessoas indistintamente devem sentar à mesa.

O equívoco epistêmico da tensão transdisciplinar que se estabelece entre o jurídico-legal e as demais áreas do conhecimento – como, por exemplo, a psicanálise, a sociologia, a filosofia, a comunicação social, etc. – por seus cursores lingüísticos, é a pretensão de que as suas diferenças possam ser pacificadas, toleradas, através de uma adesão e persuasão estabelecidas por fundamentos racionais¹⁵², pretensão esta que invariavelmente se estabelece como pressuposto lógico para discussão. Certamente, que, não advirá desta pretensão, mas, sim, da democrática tensão que se possa estabelecer não só entre os diferentes campos do conhecimento – diversidade –, mas, também, entre as inúmeras opiniões, “ciências” e “filosofias” de que podem surgir as mais ricas, civilizatórias e humanísticas contribuições teórico-pragmáticas para a melhoria da qualidade de vida individual e comunitária respeitosa e responsável.

Eis, pois, o desafio que se lança sobre as reflexões das dimensões psicanalizante, sociologizante e filosofante que se ocupam das relações de poder e, que, bem por isso, passam a ser analisadas a partir de agora na Parte II desta Tese.

2.4. PODERES PSICANALISANTE, SOCIOLOGIZANTE E FILOSOFANTE

Nem mistérios, nem iniciações, nem iniciados, apenas outras permanentes e para sempre novas questões. Por certo, Jacques Lacan está por aqui. A psicanálise lacaniana propõe a desentronização do poder filosofante. Contudo, percebe-se precisamente que a partir deste pressuposto não se estaria estabelecendo um novo poder filosofante? Não seria por assim dizer uma nova dimensão da psicanálise,

¹⁵² MOORE JR, Barrington; MARCUSE, Herbert; e WOLFF, Robert Paul. *Crítica da tolerância pura*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1970, p. 113 e ss.

isto é, um poder psicanalítico também filosofante, ideologizante, enfim, sociologizante?

O certo é que a psicanálise lacaniana procura colocar a baixo determinados “filosofismos” que instrumentalmente servem a tudo, a tudo justificam, a tudo legitimam, enfim, a tudo permitem. A questão, entretanto, é saber se isto por si só já não se constitui numa própria postura cientificista confundível com uma mera proposição filosófica (científico-epistemológica) ou, quando, não, numa particular opção político-ideológica, independentemente, das corriqueiras implicações que toda cientificidade recebe do político e vice-versa¹⁵³.

O desenvolvimento social fundamentalmente estabelecido no aprimoramento das relações sociais – as quais, no fundo, não deixam de ser relações de poder – realiza-se instrumentalmente através das capacidades excepcionais de comunicação¹⁵⁴. Em face disto, é possível afirmar que as sofisticadas estratégias de comunicação social utilizando-se os recursos de linguagem estabelecem comportamentos adaptativos que são interiorizados a partir das capacidades excepcionais de comunicação mental. O progresso depende da comunicação, pois é através dela que se estabelecem comportamentos adaptativos, mas, isto é obra coletiva e constitutiva do que se denominou cultura.

A cultura com base comunicacional e estratégica – linguagem gramatical e simbólica – “introduz uma nova dimensão na realidade social e na vida psíquica” – segundo Jacques Lacan¹⁵⁵. Por isso, que não raras às vezes “instâncias culturais” – de base comunicacional – dominam as “instâncias naturais”, substituindo-se umas às outras através de inúmeros jogos de linguagem. As relações psicológicas demandam observação e análise para possíveis interpretações que são orientadas e coordenadas pelo método sociológico – segundo Jacques Lacan, para quem – a análise psicológica deve se adaptar as estruturas complexas das diversas instituições e não diversamente fazer como as tentativas filosóficas que buscam ter por objeto a redução

¹⁵³ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Trajetórias jurídicas: desafios e expectativas*. Florianópolis: Habitus, 2002, p. 63. Todo campo do conhecimento científico encontra-se perpassado pela influência política, enquanto exercício de força da ideologia preferida, senão, dominante, pelo que tais instâncias permanecem umbilicalmente ligadas, pois “é inerente a supervisão política da ciência”.

¹⁵⁴ LACAN, Jacques. *Os complexos familiares*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 11 (Campo Freudiano no Brasil). Segundo Lacan, o desenvolvimento das relações sociais, em particular, da família, opera-se com base nas “capacidades excepcionais de comunicação mental”.

¹⁵⁵ LACAN, Jacques. *Op. cit.*

das instituições – e das suas estruturas complexas – a um fenômeno ou a um elemento teórico. Pois, as tentativas filosóficas fundam-se em certas aparências de determinados fenômenos, por mais ilusórios que sejam essas aparências¹⁵⁶.

A transmissão da cultura que é fundamentalmente comunicacional realiza-se por inúmeras instituições sociais, e, instrumentalmente, através da linguagem, buscando-se preponderantemente a “organização das emoções segundo tipos condicionados pelo meio ambiente, que é a base dos sentimentos”, perpetuando, assim, “estruturas de comportamento e de representação cujo jogo ultrapassa os limites da consciência”¹⁵⁷.

Estabelecimento de uma continuidade psíquica cuja causalidade é a ordem mental. A ordem social conta com a planificação da ordem mental. Teorias puramente hipotéticas são apontadas como promiscuidades presumidas quase sempre atribuídas aos críticos ditos subversivos da ordem existente – seja mental, seja social, seja científica, seja política – em que pese tais promiscuidades não serem confirmadas em parte alguma, seja no âmbito fenomenológico, seja no âmbito puramente teórico – se é que é possível uma tal constatação através de um alinhamento metodológico tão maniqueísta.

Desde a origem existe o desejo da organização, enfim, da ordem, do ordenamento dos comportamentos, senão, adaptações comportamentais através das limitações da convenção e das regras do jogo. A idéia de ordem, assim, vincula-se a idéia de controle direto e indireto. O desconhecimento jurídico, a ignorância positiva ou mesmo o desconhecimento sistemático – paradoxo da crença (psiquiatria) – projeta exclusão, em decorrência do não reconhecimento do rito, enfim, dos processos fundamentais do desenvolvimento psíquico, pois o pertencimento (espaço) depende do intermédio legitimante de tais processos comunicacionais (lingüísticos), em que pese ser fictícia (artificial) uma tal constituição de agrupamento humano. O político pode ser considerado como uma hipótese contra a qual toda prova fracassa, ante a larga margem de liberdade de escolha e expressão. É precisamente aqui que filosofantes e psicanalistas entram estrategicamente como instrumentos operacionais para o

¹⁵⁶ LACAN, Jacques. *Op. cit.* Em decorrência disso, o autor adverte que tais aparências “merecem um exame demorado, pois repousam sobre convergências reais entre causas heterogêneas”.

¹⁵⁷ SHAND, apud LACAN, Jacques. *Op. cit.*

estabelecimento de psiconeuroses sociais “de defesa”, transformando-as, assim, um tanto quanto reais¹⁵⁸. Entretanto, observe-se que ao termo “psiconeuroses” agregou-se o termo “sociais” precisamente para (re)significar a “histeria adquirida, de numerosas fobias e obsessões e de certas psicoses alucinatórias” assumidas de forma imaginária e simbólica, através da comunicação mental e social, transformando, assim, a “defesa” (reação individual reflexamente social) no “ponto nuclear do mecanismo psíquico dessas neuroses”¹⁵⁹. O rompimento com as abstrações acadêmicas – ditas e ou denominadas de filosofantes – precisamente para dar conta do concreto, através da experimentação psicanalítica, pesquisando, assim, em especial, o momento em que o “concreto” se exerce nos fatos sociais (de acordo com conclusões sociológicas) enquanto “objeto e circunstância psíquica, [que] nunca objetiva os instintos, mas sempre os complexos” – segundo Jacques Lacan¹⁶⁰.

Exemplo disto, tem-se agora com o denominado “Direito Penal do Inimigo”, então, formulado por Günther Jakobs¹⁶¹, para quem ao inimigo destina-se tratamento diferenciado aos demais cidadãos, enfim, às demais pessoas humanas, haja vista que pode ser vulnerado nos seus direitos mais mezinhos e inerentes à personalidade e dignidade humanas, inclusive, interceptando-o já no estado prévio, precisamente, por ser combatido “por sua periculosidade”. Estas propostas extremadas, certamente, evidenciam a função psicanalizante da filosofia repressivo-punitiva que serve instrumentalmente a poderes políticos que buscam a todo o momento legitimar suas “ideologias”. Por certo, um tal sentido ou mesmo um tal poder politizante pode muito bem se transformar numa fórmula filosofante ou mesmo psicanalizante diversa da que propriamente se estabeleceria instrumentalmente para livre expressão da

¹⁵⁸ LAPLANCHE, Jean. *Vocabulário de psicanálise*. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 389-390. A psiconeurose de defesa foi uma expressão utilizada por Freud “para designar um certo número de distúrbios psiconeuróticos (histeria, fobia, obsessão, certas psicoses), evidenciando nelas o papel, descoberto na histeria, do conflito defensivo. Uma vez adquirida a ideia de que em qualquer psiconeurose a defesa desempenha uma função essencial, a expressão psiconeurose de defesa, que se justificava pelo seu valor heurístico, se apaga em favor do termo psiconeurose”.

¹⁵⁹ LAPLANCHE, Jean. *Op. cit.*

¹⁶⁰ LACAN, Jacques. *Op. cit.* De acordo com o autor, o resultado de uma pesquisa/experiência da psicanálise não um fenômeno redutível pela teoria, mas, sim, um objeto estudado cuja importância é centralizada no “seu condicionamento por fatores culturais, à custa dos fatores naturais”.

¹⁶¹ JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. De acordo com o autor, no Direito Penal do Inimigo, a função manifesta da pena é a de eliminação de um perigo, por isso, “todo delinqüente é um inimigo” quando não oferecer “garantia de um comportamento pessoal”, pelo que, não lhe pode ser dado tratamento como que cidadão fosse, “mas deve ser combatido como inimigo”, haja vista que esta “guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído”.

vontade – em que pese os “limites da consciência” e a crise do respectivo paradigma da consciência – e, assim, arbitrariamente, enquanto fórmula isolada de qualquer vinculação substancial (v.g., materialmente humanitária) é utilizável operacionalmente e travestida por falácias lingüísticas¹⁶² que no mais das vezes apenas têm o condão de estabelecer um “lugar comum” em que possam ser dissimulados interesses que por sua contingência nem sempre são confessáveis – seja por falta de consciência (limites), seja precisamente por sua clarividente presença. É plausível dizer que existe uma certa relação entre as condições de legibilidade e a interpretação da linguagem metafórica, segundo Noam Chomsky¹⁶³, para quem “está tudo acontecendo nos níveis de interface, e descobrir como está acontecendo é somente um problema de pesquisa”.

PARTE II

ESTRUTURAS DIALÉTICAS COMPARTILHADAS

CAPÍTULO 4 – PODER PSICANALIZANTE

1. CONTRIBUIÇÕES PSICANALÍTICAS

Nesta novel área jurídico-legal destinada à proteção, promoção e defesas dos interesses e direitos individuais, difusos e coletivos afetos à infância e à juventude, por certo, ligados existencialmente muito mais ao materialismo do que propriamente ao idealismo¹⁶⁴, apesar do valor e da proteção da vida, é preciso também não perder de vista as questões fundamentais e imanentes à pulsão de morte. Desta forma, a aproximação transdisciplinar das mencionadas instâncias cognitivas – filosófica, jurídica e psicanalítica – implicará numa inovadora análise teórica de questões relativas à saúde mental infanto-juvenil, quando, não, numa profunda reflexão

¹⁶² No âmbito jurídico, por exemplo, o denominado “garantismo” e suas fórmulas vinculativas mágicas! O garantismo jurídico quando não se restringe a servir meramente de critério verificativo da constitucionalização (democratização) de um Estado de Direito – e, neste âmbito, limita-se a sua colaboração – por certo, para outra coisa não tem prestado do que servir de “cinturão teórico protetivo” da dogmática jurídica reinante, a qual enquanto ocupante do lugar central paradigmático pretende iluminar, orientar e coordenar todo o desenvolvimento social (relações de poder), utilizando-se para isto de tais falácias cooptativas dos vícios e erros que lhes são apontados ou então tem servido para regenerar a dogmática jurídica reinante perpetuando-a no privilegiado lugar central dominante.

¹⁶³ CHOMSKY, Noam. *Linguagem e mente: pensamentos atuais sobre antigos problemas*. Trad. Lúcia Lobato. Brasília: UnB, 1998

¹⁶⁴ POLITZER, Georges. *Princípios elementares de filosofia*. Trad. Silvio Donizete Chagas. 2ª ed. São Paulo: Centauro, 2001.

acerca de questões inerentes até então tratadas isoladamente naqueles respectivos âmbitos do conhecimento.

A transdisciplinaridade é um valor decorrente do intercâmbio de idéias e de experiências da vida entre pessoas e grupos pertencentes a diferentes camadas sociais e econômicas e a diferentes níveis de escolaridade, segundo Paulo Freire¹⁶⁵, para quem a crença nas potencialidades da pessoa sob o impacto de sua história de vida, em termos psicológicos, e, não apenas a partir do seu amadurecimento intelectual ou acadêmico. Numa reflexão das vivências e percepções de concepções filosóficas deve fixar compreensão sobre a necessidade que reclama coerência de tais concepções com a realidade social como um todo. As elites intelectuais não se constituem no único depositário da cultura nacional, e, duvidosa é a sua capacidade para concretizar a (re)construção de uma nova educação humanitária e emancipatória que prepare a pessoa para o exercício da cidadania.

A valorização do saber popular deve ser o deslocamento necessário para a (re)construção de uma nova educação centrada na pessoa e na própria valorização humana, ou seja, que estimule a mais ampla participação popular – consoante os primados da soberania popular e a dignidade da pessoa, nos termos dos artigos 1º a 4º, da Constituição da República de 1988 – num processo de (re)construção da própria cultura nacional. Um novo conceito de saber e a um projeto de preparação das camadas populares para compreenderem e utilizarem instrumentos próprios do modelo de comunicação, a começar pela própria alfabetização. A compreensão de um objeto que se analisa pode ser uma questão aberta para inúmeras considerações transdisciplinares, isto é, pode se constituir em matéria de vários campos do conhecimento sem, contudo, perder a sua identidade¹⁶⁶. De outro lado, é perfeitamente possível à conjugação analítica através de mútuas contribuições transdisciplinares acerca de um dado objeto, com o fito precípua de que seja conhecido de forma mais ampla possível os seus aspectos e elementos que o constituem.

¹⁶⁵ FREIRE, Paulo. *Educação e atualidade brasileira*. São Paulo: Cortez: Instituto Paulo Freire, 2001.

¹⁶⁶ WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2003, p. 150. Nesta coletânea de artigos, e, aqui, em particular, no texto *Derecho penal e filosofía*, o autor esclarece que “si un objeto es a su vez materia de varias ciencias, aun así no pierde su identidad, solo sucede que en cada ciencia no aparece con la totalidad de su precisión. En una de las ciencias son examinados unos aspectos o precisiones y en otra ciencia otros, o todos ellos junto con la agrupación de otros aspectos.”

Entretanto, é preciso sempre advertir que uma legislação cada vez mais específica não pode olvidar ou mesmo impedir a intervenção cada vez maior da rede principiológica que se estabelece e passa, assim, a nortear toda interpretação jurídica. O engessamento interpretativo decorrente das estratégias metodológicas de uma hermenêutica dogmatizante – pois, a dogmática não é um mal em si, mas, sim, a sua utilização totalizante, isto é, o dogmatismo – deve ser evitado tanto quanto possível, evitando-se assim a automatização técnico-funcional do Julgador e dos Tribunais. É o que também pondera Alexandre Morais da Rosa¹⁶⁷, para quem os “discursos jurídicos assentados sobre a razão que procuram dar conta da maneira pela qual o poder se legitima e se protraí, colmatando regras de reconhecimento e justificações normativas.”.

Uma tal atitude racional e crítica, por certo, deve introduzir “um elemento neurótico ou mesmo histérico nessa ênfase exagerada da solidão fundamental” em que se encontram as pessoas mergulhadas numa hiper-realidade de “um mundo sem Deus e da tensão que daí resulta entre o eu e o mundo”, segundo Karl Popper¹⁶⁸, para quem “tudo o que possa possuir pela razão o deve à troca mútua de pensamentos com outras pessoas” que possuem fundamentalmente idênticos direitos enquanto seres humanos. A mutação cultural tanto da opinião pública quanto do senso comum jurídico perpassa particularmente pela perspectiva transdisciplinar e sua riqueza fenomenológica – que não meramente funcional –, pois, do contrário, a complexidade e a sofisticação discursiva importaram cada vez mais na opacidade do Direito¹⁶⁹, reduzindo-o, assim, num mero instrumental legal de controle ideológico e social.

Ao se reconhecer a subjetividade infanto-juvenil através mesmo do respeito que se impõe tanto moral quanto legalmente – constitucional e estatutariamente –, por certo, também invoca a responsabilidade pelo outro, como

¹⁶⁷ ROSA, Alexandre Morais da. *Direito infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror*. Florianópolis: Habitus, 2005, p. 85.

¹⁶⁸ POPPER, Karl. *O racionalismo crítico na política*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. 2ª ed. Brasília: UnB, 1994, p. 3-12. O Autor não duvida que “esta histeria esteja intimamente ligada com o romantismo utópico e também com a ética do culto dos heróis, com uma ética que procura compreender a vida através do imperativo alternativo ‘Sê senhor – ou sê servo’. E não duvido que nesta histeria resida o segredo da poderosa força de atração desta ética. (...) Não sei se na base desta posição se encontram sonhos conscientes ou inconscientes de semelhança com Deus e de onipotência. Mas não se pode deixar de ter presente que a ênfase excessiva dada a esta tensão entre o homem e Deus resulta de uma atitude desequilibrada e imatura perante o problema do poder.”.

¹⁶⁹ CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998.

sempre se pontua com Karl-Otto Apel¹⁷⁰. Porém, como se sabe, não basta plasmar simplesmente nas expressões legislativas – ainda que fundamentais¹⁷¹ –, senão, também discursivamente declarar a não eficiência das Leis de Regência, pois, certamente, isto tudo não se constitui na deficiência funcional do Poder Público no e para o atendimento socioeducativo do adolescente que cometeu uma conduta conflitante com a lei.

1.1. QUESTÕES DE FATICIDADE

A factibilidade, isto é, a possibilidade real de ser levada a termo tal empreitada teórica é facilmente percebida. Pois, para além da constatação da situação em que se encontram inúmeras crianças e adolescentes – sem que se olvide também do grande número de pessoas adultas que desde sua infância e juventude já se encontram institucionalizadas – torna-se mais do que nunca necessário a adoção de medidas programadas e permanentes para o enfrentamento dos principais obstáculos que impedem a implementação deste direito individual de cunho fundamental, o que por certo é exequível através de políticas públicas participativas, sérias e comprometidas social, orçamentária e humanitariamente.

Existem, sim, condições concretas para a realização de políticas públicas de enfrentamento à mera institucionalização enquanto forma de solução das questões não só ligadas à criança e ao adolescente com necessidades especiais e diferenciadas de saúde mental, mas, também, vinculadas às suas famílias. Qual seria então a função primordial do Poder Público enquanto “agência” de promoção das transformações sociais? A possibilidade, viabilidade e factibilidade da proposta demanda mutação cultural – valores humanos – e política – principalmente, orçamentária – em que pese as dificuldades que historicamente têm caracterizado as últimas governabilidades.

A confrontação da realidade somente é possível no entrelaço da palavra e da ação – discurso e prática; teoria e pragmática. Contudo, isto não importa necessariamente na cisão entre estas duas instâncias. A justificação discursiva agora já

¹⁷⁰ APEL, Karl-Otto. *Estudos de moral moderna*. Trad. Benno Dischinger. Petrópolis: Vozes, 1994.

¹⁷¹ ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 255 e ss. De acordo com o Autor, “mostra-se impossível responder definitivamente como e quando se aplicar uma medida socioeducativa. Pode-se, todavia, construir-se um modelo de atuação democrática a partir do Sistema de Garantia de Ferrajoli. Evidentemente que ele apresenta problemas. Mas significa um *Sendero*”.

não requer mais assentimento, plausibilidade, ou mesmo consenso, mas, sim, confiabilidade projetada numa credence popular que beira à fé quase inabalável a respeito de coisas que antes nem mesmo a religião alcançava sucesso em dogmatizar. Daí, pois a necessidade de mitificações, como, por exemplo, através de presunções e ficções (virtualidades) para tornar não só suportável a convivência humana, mas, principalmente, para comprovar a perfeição dos sistemas e as suas possibilidades de fecho (dar conta).

A ciência instância sucessora da religião, agora, cede lugar ao discurso, à racionalidade moderna que assim mais do que nunca provoca tanta e tamanha irracionalidade acerca de assuntos que foram desmistificados – abusos da credulidade –, para serem então mitificados – significações simbólicas acerca da condição, da existência e da vida humana que se operam através de discursos, narrativas, argumentações e justificações racionais, com base numa duvidosa lógica-dedutiva nem sempre lógica – pela publicidade atualmente denominada de “política”, isto é, a intervenção participativa na esfera pública. A questão é como definir agora quais são essas condições necessárias e fundamentais para qual e que tipo de melhoria que se pode alcançar futuramente.

No fundo, o que se impõe agora é o estabelecimento gradual de melhorias já, pois somente isto pode garantir eventuais melhorias depois ou coisas/condições melhores do que atualmente se vivencia. Estas representações míticas, por vezes, exageradas e criativas das situações particularmente próprias de uma realidade compartilhada com real (material) – em paralelo, com as demais realidades virtuais (imaginárias – idéias tidas como falsas porque ainda não possuem correspondências) – enfim, na confiança de uma pretensa capacidade de mudança daquilo que pode ser mudado, isto é, o mínimo que se possa fazer para o estabelecimento de condições atuais de melhorias futuras. Não há futuro e o passado já não existe mais, portanto, é preciso viver o hoje/agora intensamente fazendo-se aquilo que é possível fazer. A confiança num futuro sustentável é necessariamente o presente sustentado não só retórica, não só argumentativa, não só justificado, não só teorizado, não só pragmatizado, mas, de forma transcendental, no reconhecimento de outros lugares da fala (da palavra) e da ação discursivos – intersubjetividade. Numa espécie

de metodológica contraditória performática transcendental – Karl-Otto Apel¹⁷². A distinção entre a confiança e a sua contradição (desconfiança) – o que não significa necessariamente a sua falta/ausência –, atualmente, funda-se na justificação ou não da atuação ou da inação, do cumprimento ou não, das promessas estabelecidas.

A aplicação ou não, assim como a tomada de decisão ou não, no fundo, já não importa em si mesma, mas, sim, a motivação pela qual foram levadas a cabo ou não. A motivação justificada por uma argumentação que não possibilita a verificação de seus pressupostos – não raramente morais – estabelece uma certa racionalidade – logicidade – que limita o desvelamento daquilo que se esconde mais intimamente não mais nas relações fáticas – sociais – mas, sim, no próprio ser, nas próprias pessoas que se encontram de certa forma vinculadas pela discursividade que empreendem nas diversas referenciabilidades da vida, da existência, da condição e da convivência humana.

Isto é, na própria vida política que desenvolvem socialmente. Por isso, toda ética, toda moral, todo discurso e seus pressupostos têm sido substituídos instrumentalmente por uma instância politizada da fala e da ação. As ações assim cada vez mais se encontram submetidas às teorizações da fala/do discurso que apreende os conteúdos na formulação de categorizações universais – conceitos amplos e genéricos o suficiente para permitir uma dilação argumentativa –, mas, não tanto para impedir o arbítrio. A imposição de limites minimamente definidos para todo aquele que tem o poder e a capacidade de “fala”, afigura-se medida indispensável para mediação do discurso sob pena de permitir que a própria estética¹⁷³ lingüística se aproprie argumentativamente da temática, transformando, assim, a atitude de fala num ato ilegítimo, isto é, não vale como tal, enfim, não vale como “fala”.

Esta “não-fala” é assim caracterizada por argumentos que não são considerados válidos como tais precisamente porque não se encontram “justificados” nesta racionalidade (logicidade) da “fala”, agora, então, “institucionalizada”, por exemplo, como o é a jurídica – vale dizer, a palavra vincula e implica as ações, as

¹⁷² APEL, Karl-Otto. *Como escapar do blábláblá*. O filósofo alemão Karl-Otto Apel expõe seus argumentos contra o relativismo filosófico atual. Folha de São Paulo, domingo, 26 de setembro de 1999.

¹⁷³ FABRIZ, Daury Cesar. *A estética do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 243 e ss. Segundo o Autor na “construção e reconstrução dos ambientes culturais, forjaram-se as dimensões do campo político, cuja estética, subjacente aos códigos do poder hegemônico, realçam os elementos de dominação.”

quais, por sua vez, devem necessariamente confirmar as palavras sob pena de transformá-las em nada, e, assim, conseqüentemente, desautorizando as atitudes políticas – praticadas na esfera pública – precisamente pela não confiabilidade.

Mas, não na falta de confiabilidade, pois, aqui, existe um movimento negativo para a deslegitimação da confiança anteriormente empregada, enquanto que na ausência de confiabilidade pressupõe a inexistência de um certo assentimento, admissão, consentimento voluntarioso das proposições primeiras (nas premissas) – das palavras e das ações infundadas, enfim, injustificadas. A possibilidade de ação e mesmo de discurso é estabelecida a partir da adoção de estratégias que permitam as suas verificações posteriormente, vale dizer, a validade dos discursos e das ações não se operam mais *a priori*, mas, sim, de forma constatativa *a posteriori*, ou seja, somente depois.

Entretanto, não se isenta do risco sempre presente de se legitimar tanto a ação quanto o discurso tão somente pelo cumprimento das promessas, tornando-os válidos a partir de ações confirmatórias. A confiabilidade (sentimento), assim, seria fundamentada no cumprimento (ações) das promessas (palavras). Mais do que isto, toda ação e discursividade encontrar-se-iam justificadas. Mas, ainda é possível afirmar convincentemente que “os fins” legitimariam “os meios” discursivamente utilizados para sustentá-lo como objeto a ser alcançado? Como, por exemplo, uma decisão a ser adotada “fundamentadamente” para alcançar a sua legitimidade pela mera observância discursiva acerca da legalidade?

Este é o risco que sempre se corre a partir do ideal pragmático, através do qual é possível repudiar o “assembleísmo”, isto é, a excessiva discussão e a quase nula realização, mas, que, de outro lado, também opera com o risco da máxima de que “os meios discursivos justificam qualquer fim”, pois o que importa é a intervenção positiva na faticidade. De acordo com Maurice Merleau-Ponty¹⁷⁴ a evidência da percepção não é o pensamento adequado ou a evidência apodítica. O mundo é não aquilo que se pensa, mas aquilo que se vive, pelo que, é preciso estar aberto para o mundo, comunicando-se indubitavelmente com ele, mas não o possuindo, pois, ele é

¹⁷⁴ MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 14 e ss. (Coleção Tópicos).

inesgotável, e, dessa tese constante de vida, segundo o autor, não se pode nunca inteiramente dar razão.

E é essa faticidade do mundo que faz com que o mundo seja mundo, assim como a faticidade do *Cogito* não é nele uma imperfeição, mas, ao contrário, aquilo que torna certo a existência humana. A razão enquanto experiência do pensamento deve ser um ato de liberdade que consigne a independência e a subjetividade humana responsável que se funda, por isso, no respeito pelo outro. Consoante adverte Bertrand Saint-Sernin¹⁷⁵, à razão repugna o arbitrário da nomeação: entre o registro simbólico da representação e o registro ontológico da realidade.”.

A razão enquanto “experiências do pensamento” humano também “confere legitimidade ao imaginário, reconhecendo-lhe a capacidade de conduzir o espírito ao real”, segundo Bertrand Saint-Sernin¹⁷⁶, pois assim apesar da ambigüidade do imaginário torna-se possível “julgar, isto é, de escolher e recusar”, haja vista que “transforma as qualidades em quantidades, as particularidades em conceitos e os eventos singulares em elementos gerais, sob a alçada de um juízo comum”. Eis, pois, os riscos comuns à razão que se torna real através do imaginário, inscrevendo-se, assim, “em uma composição unitária final”.

A razão interdita criticamente pode muito bem revelar que a falácia acerca do aumento da violência urbana em decorrência da maior participação de jovens em ações conflitantes com a lei, bem como as inúmeras espécies de violações praticadas a partir do próprio âmbito familiar contra os direitos afetos à criança e ao adolescente, certamente, não se operam única e exclusivamente pela falta de eficácia jurídica e social (eficiência) das Leis de Regência – Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente –, mas, sim, direta e indiretamente da inação e desfuncionalidade (deficiência) dos Poderes Públicos legalmente constituídos, precisamente, por não observarem aquelas temáticas que foram pautadas democrática e publicamente naqueles documentos legislativos.

¹⁷⁵ SAINT-SERNIN, Bertrand. *A razão no século XX*. Trad. Mário Pontes. Brasília: UnB; Rio de Janeiro: José Olympio, 1998, p. 201 e ss.

¹⁷⁶ SAINT-SERNIN, Bertrand. *Op. cit.* Segundo o Autor, o dever transcendental da razão pode ser deduzido da pretensão de ordenação que renuncia “aos seus interesses imediatos, os diferentes lugares de sua experiência”, mas, também deve “desenvolver os conceitos que os estruturam e a experiência que os aperfeiçoa.”.

No entanto, com Karl Marx, impende advertir que as visões do mundo geradas por uma época é um conjunto de representações, quando, não, são derivadas da consciência falsa decorrente de intercâmbios hipostasiados ideologicamente por um grupo ou classe dominante, resultando, assim, limitada toda e qualquer concepção de mundo, porque pressupõe a sua própria criação intencional, com o fim de enganar e ocultar certos interesses nem sempre confessáveis, enfim, dominar.

A discussão, assim, da faticidade pode resultar numa arbitrária e egoística atitude que em distintas circunstâncias – tempo e espaço – cria sua própria e independente história, ou seja, seu próprio fundamento de “verdade”, ainda que, circunscrito à percepção da vida vivida como que não se pudesse fugir do mundo em que se está posto. E este mundo é criado? E neste mundo não se pode criar? E este mundo é resultado de uma percepção ideologicamente factível? É possível desvelar a falsa consciência já que a “verdadeira” pode parecer impossível?

De acordo com Carlos María Cárcova¹⁷⁷, os distintos conteúdos dados ao conceito de ideologia aludem a elementos de sobre-determinação objetivos que pesam sobre os indivíduos e que determinam sua apreensão do mundo. A noção de ideologia esmaece tanto o que não é verdade quanto o que possa ser verdade fazendo que se perca a aparência de suas respectivas substâncias.

1.2. VIRAGEM PSICANALÍTICA

¹⁷⁷ CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998, p. 143 e ss.

No marco de uma possível viragem psicanalítica se aposta na tarefa nem sempre fácil de encontrar o “lugar de sujeito”¹⁷⁸ da criança e do adolescente. Pois, como lembra Jean-Pierre Lebrun¹⁷⁹, a “adolescência é justamente esse tempo em que aquele que não é ainda verdadeiramente um sujeito vai consentir em ocupar – ou, ao contrário, recusar-se a ocupar – seu lugar de sujeito e assumir seu desejo”. A infância e a juventude a partir da Constituição da República de 1988 deveriam passar mais a representar imaginária, real e simbolicamente a possibilidade de subjetivação das pessoas que se encontram na peculiar condição de desenvolvimento de suas personalidades que não só e, por vezes, exclusivamente, jurídica.

A criança e o adolescente devem ser sujeitos para além do Direito, isto é, a subjetivação atualmente se tornou numa questão fundamental não só para a psicanálise, mas, principalmente, para a própria sociedade, haja vista que é pertinente não só a toda e qualquer pessoa humana, mas, também, às relações e conflitos pessoais que cotidianamente estabelecem no seio da comunidade em que vivem. A subjetivação demanda, por isso, investimento sócio-educativo para que seja possível “se encontrar como sujeito”¹⁸⁰, pois a criança e o adolescente não podem ser mais apenas visíveis nos textos da Constituição da República de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente – fatos gráficos. O agir sobre a subjetivação importa mesmo no que se refere tanto à inserção social, quanto à construção de condições presentes de um projeto de vida responsável – futuro pessoal e profissional – de crianças e adolescentes. A criança e o adolescente já não podem ser mais produtos de arranjos e desarranjos familiares, sociais e ou estatais.

As famílias necessitam de apoio institucional do Estado, o qual deve ser querido e requerido pela sociedade em que se vive enquanto valor (humano) culturalmente reconhecido como fundamental à própria coexistência social. A falta de apoio institucional do Estado aos núcleos familiares estabelece, por assim dizer, uma

¹⁷⁸ MELMAN, Charles. *Op. cit.* p. 60.

¹⁷⁹ MELMAN, Charles. *Op. cit.* p. 60. Jean-Pierre Lebrun, em citação a Michel Houellebecq (*in* Plateforme, Flammarion, 2001, p. 11), ilustra o seu entendimento com a seguinte passagem: “Meu pai está morto há um ano. Não creio nessa teoria segundo a qual nos tornamos realmente adultos com a morte de nossos pais, nunca nos tornamos *realmente* adultos”.

¹⁸⁰ MELMAN, Charles. *Op. cit.* p. 61. Segundo Charles Melman, “não apenas o adolescente tem dificuldade de se encontrar como sujeito, mas com frequência não encontra nada. Há, hoje, um conformismo das aparências, das vestimentas, mas também das falas, nos adolescentes, que mereceria nossa atenção.”

“dívida simbólica”¹⁸¹ projetada não só nos membros das famílias abandonadas à própria sorte pelo Estado, mas, principalmente, sobre as pessoas mais facilmente vitimizadas a partir mesmo de seus núcleos familiares: crianças e adolescentes. Essa “dívida simbólica” – isto é, “essa perda irredutível implicada pela linguagem, a castração” – posteriormente, reverte sobre os próprios membros da família, da sociedade e do Estado, transformando, por assim dizer, o “devedor” em “credor”.

O fracasso estatal no cumprimento das funções sociais pelas quais se obrigou deslegitima a discursividade argumentativamente construída para legitimar estratégias de controle social, vale dizer, a maneira pela qual pretende organizar a sociedade através de governabilidades – criação e aplicação de leis. O fracasso do Estado de Bem-Estar Social é resultante da inversão da dívida social que se opera não só pelo descumprimento de suas funções, mas, também, por decorrência de suas falácias politicistas e, por assim dizer, jurídicas¹⁸².

A carência da dimensão subjetiva em crianças e adolescentes resulta, assim, tanto de “uma espécie de defesa (...) diante de um mundo que lhes parece sem interesse”, quanto pela “capacidade de investimento que não [puderam] adquirir, instalar” – segundo Jean-Pierre Lebrun¹⁸³ –, quando, não, é decorrente mesmo da

¹⁸¹ MELMAN, Charles. *Op. cit.* p. 61.

¹⁸² CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 166-169. Adverte o autor, “o Estado de Direito Real pouco tem a ver com o modelo garantista aqui delineado, o qual constitui-se num tipo ideal nos moldes weberianos, um ideal ao qual o Estado de Direito com o qual tem-se de lidar deve sempre tender, mantendo nos homens a consciência de que esse ideal é inatingível. Assim, tal tarefa de plasmar novas garantias e torná-las efetivas será já não uma questão jurídica, mas fática e política: tem a ver com a predisposição dos poderes públicos para atender ao princípio da centralidade da pessoa, bem como da dignidade a ela inerente. Outrossim, tal tarefa tem a ver com a atitude da sociedade para a reivindicação de tais garantias, ou seja, para lutar pelos seus direitos. Na verdade, pensar que a força de um ‘bom poder’ seja suficiente para satisfazer as aspirações da sociedade – e, ainda mais, imaginar que possa existir tal ‘bom poder’ – significa incorrer naquilo que Ferrajoli denomina ‘falácia politicista’. Isto implica lutar pela construção de um complexo sistema de garantias que possa refrear o poder, neutralizando-o, instrumentalizando-o e, no limite, deslegitimando-o”. Para o autor, a falácia garantista é uma falácia que se opera no âmbito jurídico, “que nada mais quer dizer do que imaginar que baste ter-se um sistema normativo adequado e pleno de garantias para que os poderes públicos sejam contidos em sua tendência antigarantista e, mais ainda, promovam a satisfação das carências materiais da sociedade. (...) tanto as garantias políticas, que significam uma atitude dos poderes públicos de fidelidade ao texto constitucional, quanto as garantias sociais, qual seja a constante luta da sociedade para manter as garantias liberais e obter as sociais, já que nenhuma garantia jurídica pode sustentar-se apenas em sua formulação normativa; e nenhum direito fundamental pode subsistir sem a luta pela sua realização concreta”.

¹⁸³ MELMAN, Charles. *Op. cit.* p. 63. O autor indagado por Jean-Pierre Lebrun acerca da identificação da carência da dimensão subjetiva com o que se poderia referir como uma espécie de carência de simbolização, esclarece que sim, mas como “carências concernentes à dívida simbólica com relação ao Outro [é o lugar da linguagem, situado para além de qualquer pessoa e onde se situa o que é anterior ao sujeito e que, entretanto, o determina. É a mãe que ocupa o lugar de primeiro Outro para o sujeito, o que quer dizer que é ela que torna presente para a criança essa cena em que sua subjetividade vai ser construída por palavras exteriores a ela própria

impossibilidade de inserção social dessas pessoas que se poderia muito bem realizar através da “operação de subjetivação”. E esta operação de subjetivação, por exemplo, não pode mais apenas ser realizada através de processos judiciais – apuração de atos infracionais, destituição do poder familiar, etc. – e ou legislativos – propostas de lei e de emendas à Constituição para redução da idade de maioridade penal – que cuidam, na maioria das vezes, de acontecimentos sociais isolados e selecionados para o atendimento de interesses nem sempre confessáveis. Isto é, as operações de subjetivação, nesta novel área da infância e da juventude, não podem ser simplesmente reduzidas aos processos formais de construção de “subjetividades organizadas mais pela participação numa histeria coletiva que por uma determinação singular” – segundo Charles Melman¹⁸⁴.

A psicanálise ocupa o lugar de certa filosofia imanente da existência, preenchendo os vazios intoleráveis e angustiantes de discurso. A virada freudiana (re)significou para as relações humanas a inauguração da exigência intersubjetiva então marcada pela descoberta das determinações inconscientes da ação humana, para Maria Rita Kehz¹⁸⁵. A psicanálise, assim, constituiu-se numa instância crítica teórico-pragmática – pensamento e prática – questionadora dos pressupostos éticos tradicionais.

Atualmente, observa-se cada vez mais o aumento exacerbado da cultura do individualismo cuja consequência imediata é a absoluta falta do sentimento de responsabilidade pelo outro, isto é, a perda do sentido da própria existência humana. Eis, pois, o contemporâneo mal-estar civilizatório, segundo Maria Rita Kehz¹⁸⁶, para quem, o “sentido não é um valor inerente à própria vida”, mas, diversamente, “é efeito de uma construção discursiva que confere significado aleatório, ao sem sentido, à

antes que ela se aproprie delas. A mãe, então, empresta seu corpo a ser para a criança esse lugar do Outro, que é também o lugar da linguagem, o lugar dos significantes.]”.

¹⁸⁴ MELMAN, Charles. *Op. cit.* p. 64.

¹⁸⁵ KEHZ, Maria Rita. *Sobre ética e psicanálise*. São Paulo: Companhia da Letra, 2002, p. 08 e ss. A Autora questiona: “Qual foi o papel da psicanálise na desconstrução dos parâmetros que sustentavam uma ética implícita na tradição pré-moderna?”. (...) “Qual a contribuição da psicanálise freudiana para a criação de novos vetores que orientem uma ética para a modernidade e, sobretudo, para a vida contemporânea?”.

¹⁸⁶ KEHZ, Maria Rita. *Op. cit.* “A tradição, a educação, as religiões, as grandes mitologias são formações da cultura que tentam garantir uma certa estabilidade (simbólica) e uma credibilidade de base imaginária no que concerne à transmissão da lei de geração a geração. A transmissão, assim como a origem da lei, se inscrevem no inconsciente; sua inscrição subjetiva se dá por meio da linguagem, mas sua consistência imaginária é preservada pelas grandes formações da cultura. A incidência da lei sobre os sujeitos rouba-lhes uma parcela de gozo que é tributada à linguagem e à vida em sociedade”.

precariedade da existência”. Entretanto, na vida cotidiana continua a esperança discursiva completamente vazia de sentidos, mas, que determina sensivelmente a produção de sentidos cada vez mais fluídos, numa insistente tentativa humana de ampliar o domínio do simbólico sobre o real. O alcance simbólico dessa produção de sentido reside no fato de ser coletiva e seus efeitos inscritos na cultura, segundo a Autora.

A possibilidade de o sentido ser reconhecido pelo outro, importa, assim, na própria significação, vale dizer, na produção de sentido¹⁸⁷. O sentido é assim um valor que sobrevive para além da finitude da existência humana, mas, que, contudo, não se confunde mais com um valor inquestionável que justifique a própria existência humana. Na modernidade, o sentido não é dado por uma verdade transcendental que preceda a existência individual. A criação de sentido é uma tarefa coletiva, uma tarefa da cultura participativa intersubjetiva. Enfim, é uma tarefa simbólica discursiva existencial. A viragem psicanalítica proporcionará, no mínimo, a conscientização acerca das pessoas que se encontram na peculiar condição de desenvolvimento da personalidade, quando, não, desvelando-as também para uma melhor compreensão desde este lugar em que se encontram para o mundo!

“A psicanálise não se destina apenas aos psicanalistas”, segundo Françoise Dolto¹⁸⁸, para quem, “ao contrário, deve ser amplamente aberta e acessível a todos os que podem se beneficiar de sua mensagem humana.”. A base da epistemologia psicanalítica é a “simbolicidade” que se encontra em jogo no devir e no desabrochar subjetivo do humano, em função do pai como terceiro da mãe – o que pode acontecer na falta dele como deriva psicótica –, o respeito ao desejo desde a mais tenra idade etc, segundo Françoise Dolto.

A psicanálise pode muito bem contribuir para a compreensão analítica do que é determinante para a subjetividade humana. Por isso, a necessidade, em todas as circunstâncias, do “*falar a verdade*” à criança e ao adolescente, segundo Françoise Dolto¹⁸⁹. Isto é, *mostrar* freqüentemente é até no corpo e por meio dele que a criança e

¹⁸⁷ KEHZ, Maria Rita. *Op. cit.* Para a Autora, “o sentido ou o significado de um ato, de uma experiência ou de uma vida inteira se revela na interface entre o que é mais singular, mais particular para o agente/vivente, e sua inscrição simbólica na cultura em que vive”.

¹⁸⁸ DOLTO, Françoise. *Tudo é linguagem*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹⁸⁹ DOLTO, Françoise. *Op. cit.* De acordo com a Autora, “parece-me que um trabalho como esse esclarece, melhor do que os escritos teóricos, muitas pessoas envolvidas no trabalho social com jovens em situações

o adolescente expressam o que às vezes não conseguem dizer de outra maneira. O respeito ao sujeito criança demanda, pois, experiência analítica e teorização acerca das categorias elementares, dos conceitos que devem ser (re)transmitidos com fins pedagógicos, educacionais e psicossociais.

Uma teoria jurídico-protetiva só é válida quando se inscreve nos fatos, no presente caso, fatos psicossociais, pois é nesse âmbito que ela dá provas de sua pertinência civilizatória e humanitária de sua eficácia e confirma seu alcance terapêutico. O operador do direito no interior do Sistema de Justiça Infante-Juvenil deve tornar-se capaz de ser plenamente presente e cuidadoso, sem, que, com isto, haja solução de continuidade entre o aspecto propriamente técnico de sua atividade jurídico-social e aquilo que possa repassar de forma direta ou indireta a interlocutores de todas as procedências – transdisciplinar –, revelando, antes de tudo, estar presente à escuta do outro – auscultando-o como sinal de respeito –, a ponto de modificar a própria modalidade do conteúdo de sua intervenção.

Em Françoise Dolto¹⁹⁰ é possível perceber que os seu enunciados não são dogmatizantes ou mesmo de valor absoluto, mas enunciados inseridos no contexto da relação com seu interlocutor – o outro. E isto humanitariamente prescreve como metodologia interventora nas relações humanas que se estabelecem. Os enunciados, assim, quando estabelecidos de forma contextualizada nas relações comunicativas, isto é, na presença do que é também o inconsciente do outro, enfim, o que ele não diz no que diz, e, em função do que se encadeia uma resposta, certamente, permite o pensamento evoluir dialogicamente.

E isto, é, por assim dizer, uma atividade inter-relacional subjetiva toda impregnada daquilo que é denominado o senso do outro – na transferência. A intervenção psicanalítica no diagnóstico do comportamento humano cometido ou não –

difíceis. Espero levar à compreensão, assim, do papel do ‘falar a verdade’, a verdade tal como os adultos a transmitem a crianças que, além de a desejarem inconscientemente, a necessitam e têm direito a ela, mesmo que seu desejo consciente, quando se exprimem em palavras, instadas pelos adultos, prefira o silêncio enganador, que gera a angústia, à verdade, muitas vezes dolorosa de ouvir mas que, se é falada e dita por ambas as partes, permite ao indivíduo construir-se e humanizar-se.”

¹⁹⁰ DOLTO, Françoise. *Op. cit.* “Dizer que tudo é linguagem vem reafirma, na vizinhança conceptual de Lacan, a importância e a primazia da palavra, mas até mesmo em suas incidências corporais, onde também o corpo pode testemunhar essa simbolicidade relacional ativa no ser humano, por mais jovem que seja. É também corporalmente, carnalmente, que tudo adquire sentido no homem, tudo adquire ‘sentido linguagem’. E é desta forma que um corpo se subjetiva, se torna um corpo de um sujeito que diz ‘eu’. Aliança intrínseca do corpo com a linguagem. A forma como o verbo se faz carne, como a carne se faz, para o sujeito, portadora do verbo.” (para Gérard Guilleraut, p. XIII).

adoção de padrões de comportamento pessoal que possam ser estabelecidos nos projetos pedagógicos vinculados às medidas socioeducativas, por exemplo – deve adotar estratégias de interferência mínima, através das quais se busque modificar o menos possível a identidade pessoal que por seus elementos mínimos caracterize a pessoa.

As estratégias de interferência mínima devem ser limitadas, assim, às intervenções – por vezes, modificativas e que produzem a partir mesmo de uma assunção pessoal e individualizada, e, não meramente por sugestão (sugestional) – que operem apenas as alterações necessárias no conjunto dos comportamentos da pessoa, inclusive, possibilitando o estabelecimento de uma nova atitude humana inter-relacional para restituir à pessoa a sua condição de agente participativo.

1.3. PSICOLOGIA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

A realidade do conflito é diversamente fundada no que diz respeito à desvio de conduta e ou mesmo distúrbios de comportamento, pois, como se pode perceber, a mera socialização da pessoa – e, particularmente, dentre aquelas que se encontram na peculiar condição de desenvolvimento de suas personalidades: crianças e adolescentes – não produz automaticamente a aceitabilidade imediata pelos valores, condições e interesses culturalmente construídos e difundidos socialmente.

A psicologia tem oferecido metodologia elucidativa que invariavelmente possibilita a dissipação das ilusões filosóficas que se constroem ao redor de um conhecimento. A interpretação teórica metodologicamente utilizada pela psicologia tem cuidado dos efeitos transformativos da personalidade em decorrência das emoções vividas – da vida emocional, segundo René Zazzo¹⁹¹. A lógica demonstrativa aplicada pela psicologia proporciona – quando não confirma – o estabelecimento de um procedimento (ordem formal) que é dirigido à discussão das ambigüidades, ambivalências e suas contradições, contudo, sem se confundir com a

¹⁹¹ ZAZZO, René. *Onde está a psicologia da criança?* Trad. Nícia Adan Bonatti. Campinas: Papirus, 1989, p. 179 e ss.

fenomenologia, pois a “ciência jamais será um decalque da realidade”¹⁹². Uma tal atitude metodológica, assim, para ser válida jamais poderá inaugurar uma investigação reduzindo análises acerca de sujeitos e ou objetos sob pena de suprimir possibilidades de conhecimento, segundo René Zazzo. O sentimento de pertencimento deve ser construído culturalmente na criança e no adolescente através da constituição de valores humanitários, pois enquanto ser humano deve ser percebido como tal, auscultando-se aquelas pessoas a partir dos sinais (sintomas) que comportamentalmente oferecem na vida do mundo em que vivem.

As relações familiares e comunitárias que cotidianamente estabelecem, também, possibilitam uma análise transdisciplinar – como, por exemplo, através das constatações sociológicas; das (re)significações psicológicas; das identificações jurídico-legais, etc. – que antes do mais sirva para conscientizar a criança e o adolescente do tempo e espaço que ocupa no cenário social, procurando, assim, emancipá-lo de preconceitos deterministas acerca de seu futuro, resgatando-o, pois, para o tempo presente enquanto possibilidade de construção de projetos de vida responsáveis para a melhoria de sua qualidade de vida individual e coletiva.

A vítima, o núcleo familiar a que pertence, e o agressor, por certo, devem merecer tratamentos diferenciados, enfim, merecem ser resgatados individual e coletivamente através da criação e manutenção de programas humanitários e sociais objetivados por políticas públicas sérias, permanentes e independentes das injunções político-partidárias freqüentemente utilizadas por circunstanciais governabilidades. Enfim, é preciso estabelecer apoio institucional do Poder Público através de programas de atendimento decorrentes mesmo da responsabilidade constitucional, legal e social preceituada no *caput*, do art. 227 da Constituição da República de 1988.

A idéia de que se possa parir guarda relação ao sentimento do cumprimento de uma tarefa que se impõe – idéia de um “dever cumprido”. Contudo, a sensação imediatamente posterior é precisamente a de se estar livre, mais leve e solto. O parto, o parir, então, pode muito bem representar esse sentimento, em que pese

¹⁹² ZAZZO, René. *Op. cit.* Para o Autor, “É uma atitude metodológica válida em todos os níveis, em todos os terrenos: não começar reduzindo a diversidade dos indivíduos e das condutas em função de um princípio explicativo que lhes poderia ser comum, mas, ao contrario, marcar inicialmente as diferenças; não reduzir por demais rapidamente as contradições sob o pretexto de que servem ao jogo enganador da linguagem, pois elas podem também servir à natureza mesma das coisas; não reduzir o plano físico a suas condições de existência, se bem que o conhecimento dessas condições, tanto biológicas quanto sociais, seja um momento absolutamente necessário da explicação.”.

muito posteriormente por vezes o trabalho ser em dobro para a criação e educação da prole.

No entanto, particularmente, aquelas pessoas que não conseguem parir, como, por exemplo, biologicamente, os homens – diga-se, no entanto, ainda! – mas, não só eles, como também muitas mulheres que não o podem ou mesmo não o desejam, demonstram uma extrema dificuldade não no cumprimento de tarefas, mas, na percepção, no desfrute de experimentar um profundo sentimento de satisfação, alívio, leveza pelo cumprimento das tarefas mais simples que se lhe possam atribuir.

Bem por isso, torna-se recomendável a realização do parto psíquico, no sentido mesmo de superação transcendental de uma situação redutivista que se impõe algumas pessoas, que, por vezes, encontram-se inseridas numa sistemática circular, aflitiva e compensadora, a qual, no fundo, determina-lhe a passividade afetiva que lhe impede o relaxamento necessário para aprender – e só a partir de então desejar – a ter satisfação, enfim, é preciso aprender a ser livre, leve e solto. É preciso despertar para a vida, aprender “a saber” que se está vivo. É preciso parir para também nascer para uma nova e outra vida em comum com o outro que se gestou juntamente com aquele que procria.

O pai tem um papel essencial a desempenhar não só durante a gravidez da mãe, vale dizer, da pessoa com quem gerou um filho comum – e, destaque-se, também, a possibilidade daquele pai que não inseminou o óvulo, mas que “gerou” durante toda a gravidez da mãe, enfim, também, “gestou” –, mas, também, ao longo das diversas fases da vida, ou seja, da criação, educação e desenvolvimento da personalidade. Pois, no momento em que se vem ao exterior – o ato de nascimento – inicia-se uma nova fase personalística, exatamente, com o término de uma outra: a personalidade fetal. É o pai que, na maioria das vezes, dá seu nome à criança e lhe permite *nascer*, acedendo à ordem simbólica, pois é ele que *fala* à mãe e ao seu filho, segundo Bernard This¹⁹³, para quem, não existe sujeito (sujeitado) sem *nominação* numa relação ternária unido mãe, pai e filho.

Até porque, o pai ao falar também referencia e isso talvez seja a primeira coisa que possibilita a resposta humana do filho, em que pese a resposta humana a qualquer sinal humano ser bastante lenta, conforme esclarece Jacob Bronowski¹⁹⁴, pois, trata-se mesmo de uma coisa fisiológica que aconteceu muito cedo na evolução humana, haja vista que este período de demora no circuito entre a entrada

¹⁹³ THIS, Bernard. *O pai: o ato de nascimento*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1987. De acordo com o autor: “ser ‘pai’ é também participar de um ato natural, querer proteger, amar e ajudar seu filho a desenvolver-se. Haveria um *instituto paterno*?”.

¹⁹⁴ BRONOWSKI, Jacob. *As origens do conhecimento e da imaginação*. 2ª ed., Brasília: UnB, 1997, p. 22-23.

pelo ouvido e a saída pela boca, demanda um processo longo e construtivo de referenciabilidade, compreensão e desenvolvimento da própria personalidade.

E isto, também, na verdade, opera-se entre qualquer casal que pretende obter o nascimento, a criação e educação de uma pessoa, desempenhando funções essenciais que caracterizem a paternidade e a maternidade responsáveis pelo outro, pois as funções de pai e de mãe estão para além da genitalidade (e não sexualidade) ou mesmo da culturalização dos gêneros masculino e feminino. Até porque a linguagem humana difere. A resposta humana a qualquer sinal humano é bastante lenta. Perceber para só depois expressar é um circuito que demanda um longo período, e, que, às vezes, a própria pessoa humana se treina a fazer este tipo de intervalo, segundo Jacob Bronowski¹⁹⁵.

Na verdade, através desta estratégia, pode-se observar como o silêncio, ou seja, o intervalo forçoso fez com a fala humana. Pois, evitar a emissão de uma mensagem precipitada, a qual na maioria das vezes depende e muito do estado emocional do agente emissor pode até se caracterizar num comportamento desejável, mas, acima de tudo, evidencia a capacidade de separar a informação do conteúdo emocional, ou *afeto*, quando se interpreta ou estrutura mensagens¹⁹⁶.

Desta forma, é fácil perceber que a assunção de uma paternidade que é atribuída – seja ela decorrente de uma relação sócio-afetiva ou mesmo de uma relação biológica – invariavelmente demanda afetividade que não pode ser mascarada por uma mera racionalidade que, no fundo, prende-se apenas aos efeitos patrimoniais econômico-financeiros, então, decorrentes deste ato. A separação da informação do conteúdo material – ou afeto – historicamente se constituiu com o deslocamento da pessoa do centro das atenções e preocupações humanas. É o clássico chavão: importância no “ter” no que no “ser”. O desenvolvimento da razão, em muito contribuiu para a consolidação da capacidade de captar os dizeres da mensagem e separa-los do conteúdo emocional que também carrega. Assim, poder-se-ia dizer que todo ato humano é uma comunicação, ou seja, carrega em si uma mensagem.

¹⁹⁵ BRONOWSKI, Jacob. *Op. cit.*

¹⁹⁶ BRONOWSKI, Jacob. *Op. cit.*

Na relação biológica entre pais e filhos, também, deve-se buscar a verificação da relação sócio-afetiva dos genitores no ato que procedeu à concepção. A identificação da relação amorosa ou não, e, a dimensão à que se prendeu o ato de copulação, também, influenciará, e, muito, as demais relações provenientes do nascimento de um ser. “Eles se amavam quando semeavam a vida naqueles tempos? Em mim, se amam ainda aqueles que se enraízam e se inscrevem em minha árvore genealógica?” Para pensar na ausência, não se terá mais que o jogo das palavras, que não pode sarar a origem dolorida, segundo Bernard This¹⁹⁷.

A complexidade é uma outra fonte de opacidade do direito. De acordo com Carlos María Cárcova¹⁹⁸, outras mensagens são encontradas construindo universos simbólicos alternativos, não por virtuais, menos eficazes. Possibilidade comunicacionais entre a sofisticação técnico-cultural e miséria e a exclusão. O hiperdesenvolvimento tecnológico poderá gerar modificações significativas no modo de apreensão da realidade, no universo de valores ou nas relações afetivas?

No fundo, não existe uma verdade biológica para a fixação da parentalidade, pois, o que existe mesmo é uma opção consensuada para a aceitação de uma “verdade” científica que nada mais é do que um dos aspectos do conhecimento humano tão limitado quanto qualquer outra forma de conhecer – e, bem por isso, desconhecer, também – e, assim, assemelha-se ao desenvolvimento teórico/doutrinário da concepção sócio-afetiva da parentalidade, talvez, com base epistemológica diversa, partindo-se, então, do que se tem desejado – intencionalizado. A coerção psicológica de acreditar numa causalidade, segundo Friedrich Nietzsche¹⁹⁹, “repousa na incapacidade de conceber um acontecer sem intencionalidades: com isto naturalmente nada está dito sobre verdade ou inveracidade.”.

2. CONSTRUÇÃO PSICANALÍTICA DA SUBJETIVIDADE

¹⁹⁷ THIS, Bernard. *Op. cit.*

¹⁹⁸ CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998, p. 166-167.

¹⁹⁹ NIETZSCHE, Friedrich. *Fragmentos finais*. Trad. Flávio R. Kothe. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002, p. 155-167. O Autor adverte que “proferir juízos é a nossa crença mais antiga, o nosso mais costumeiro tomar-por-verdadeiro ou tomar-por-não-verdadeiro. (...) É preciso perceber o absurdo desse gesto que julga a existência, o estar-aí; e depois então ainda procurar adivinhar o quê realmente aí ocorre. É sintomático.”.

Em análise da afetividade, investiga-se as manifestações pessoais vinculativas que o adolescente exterioriza ou não através de diversas maneiras – carinho, respeito, ódio, raiva, etc... A ambivalência entre afetividade e controle enseja a contradição pessoal em que se encontra o adolescente desadaptado ao convívio interpessoal. O desajustamento comportamental, por vezes, pode ser resultado de um movimento de impulsos negativos. Na área de humor o adolescente pode expressar sentimentos sem restrições, de forma expansiva freqüentemente superestimando a própria importância. No desenvolvimento de sua personalidade, observa-se privação emocional, raiva inconsciente, ausência de internalização de valores morais e sociais, o que permite ao adolescente cometer atos anti-sociais sem sentir culpa.

O importante que se deve notar é justamente a capacidade do adolescente constituir um sistema de valores próprios que possam lhe proporcionar relacionamentos interpessoais e sociais respeitosos, associando-se, então, com os valores morais convencionados ou impostos. A realidade do conflito é diversamente fundada no que diz respeito à desvio de conduta e ou mesmo distúrbios de comportamento, pois, como se pode perceber, a mera socialização da pessoa – e, particularmente, dentre aquelas que se encontram na peculiar condição de desenvolvimento de suas personalidades: crianças e adolescentes – não produz automaticamente a aceitabilidade imediata pelos valores, condições e interesses culturalmente construídos e difundidos socialmente. As possíveis interseções que se podem operar entre direito e psicanálise cingem-se aos efeitos que um produz – ou pode produzir – no outro. O direito, assim, também, busca uma aproximação com o campo da psicanálise – segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho²⁰⁰. Contudo, jamais, substituir-se um pelo outro. A transdisciplinaridade se tornou indispensável na contemporaneidade.

A racionalidade jurídica apesar de agonizante e das diversas críticas que se possam fazer dela, afigura-se insubstituível, pois, ainda, não se encontrou nada para se colocar no seu lugar. No núcleo da preocupação jurídica se encontra um sujeito de direitos, então, identificado com o consciente que se apresenta no mundo para responder a uma juridicidade que lhe vem de fora. O sujeito da psicanálise é o inconsciente do qual nada se sabe *a priori* salvo que sempre esteve presente no lugar em que se encontra, apontando para uma falta que não se pode preencher, embora se

²⁰⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. in MARQUES NETO, Agostinho Ramalho *et alii*. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996, p. 39-77.

viva para tal. O inconsciente não responde a nada, a não ser à satisfação, sempre parcial quando frutífera, dessa falta que lhe é constitutiva. A realidade, no entanto, em que subsistem os discursos jurídico e psicanalítico não é distinta. No entanto, em psicanálise, o sujeito surge dependente da cadeia de significantes que se inscreve no registro do simbólico, o qual inaugura o que é da ordem do pulsional, do desejanse.

O sujeito, em psicanálise, não está fora da estrutura – como o que acontece com o sujeito de direito – mas dentro dela. O sujeito, em psicanálise, é a matriz de enunciação, não de enunciado. E, assim, de acordo com Jacinto Nelson de Miranda Coutinho²⁰¹, enunciar é manifestar, falar; e a pulsão é o caminho, embora desconheça por completo a verdade da qual é portadora. É o motivo pelo qual a pulsão – que é algo diverso e tem objeto – não tem qualquer objeto predeterminado, o que desloca a análise de uma eventual relação semântica para outro lugar, ou seja, um lugar onde o referencial não diz nada enquanto objeto. Destarte, não há jamais relação unívoca entre palavra e referencial, resultando daí efeitos na estrutura – e sintomas.

O inconsciente está estruturado (organizado) como linguagem. Contudo, não é linguagem, pois, apenas se estrutura como ela, quando se toma o significante como palavra, tem-se logo ciência da multiplicidade de significações possíveis. A palavra (o símbolo) pode ser sempre a mesma, mas não aprisiona o seu sentido – ou mesmo o sentido do objeto que se pretende representar – pois, o resultado – da tradução; da interpretação, do entendimento – pode mudar, inclusive, sem a intervenção e fora do domínio do agente.

É o que Sigmund Freud denominou de *chiste*, ou seja, o ato falho, o sintoma, o lapso, o sonho. O chiste é uma formação do inconsciente e, conseqüentemente, produto daquela estrutura – assim, como os demais aspectos apontados. O momento e o modelo de toda formação é precisamente no instante desse escorregar das palavras, nesse deslizar. Jacques Lacan, de seu turno, assevera que o sujeito constitui-se entre significantes, como pura diferença. O inconsciente como linguagem (pres)supõe um código. E a pressuposição não para por aí, pois, se por código se entende uma organização portadora de uma resposta final. E isto, também, é uma mera suposição. A ordem estabelecida pelo código é só a sua, demarcando, pois a equivocidade de – trabalhando-se com palavras – supor um lugar onde elas tenham um sentido, um espaço onde se organizam. O inconsciente enquanto estrutura não está lá para essa finalidade. E esse lugar – do tesouro dos significantes, segundo Jacques Lacan – é a linguagem que se encontra presente antes do nascimento e que atravessa a

²⁰¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*

criança – e não o outro que sabe, o outro da verdade – pois este lugar (linguagem, o grande outro) é aberto e não há aí nenhum saber todo, definitivo, nem alguém aí que definitivamente saiba.

Esse outro como lugar da verdade – como, por exemplo, o analista – é justamente a verdade da falta de um saber absoluto, o qual leva o homem a ter que produzir saber sempre parcial, sempre relativo, sempre superável, sempre substituível. Ainda que se tome – e por vezes se tenha que tomar – historicamente, alguns destes saberes como definitivos (universais), para tê-los como guias nesse caos que é a vida. Desta maneira, “entre significante e significado pode aparecer uma barra, dada a própria inviabilidade de adequação à multiplicidade de significados.”²⁰². Esta barra é o recalque, ou seja, o mecanismo que permite dar um sentido dentre os tantos possíveis – Jacques Lacan e Sigmund Freud. A função paterna – o lugar da autoridade, a lei – permite à pessoa sua inserção na ordem simbólica, desejante, porque a barra/recalque abre a possibilidade de inscrever na subjetividade o significante do outro. “Quando há limite, há por que continuar perseguindo o sentido.”²⁰³.

O discurso do direito tem seu referencial em outro registro, se visto a partir da psicanálise, qual seja: o do imaginário. O imaginário é um canteiro de ilusões, é um espaço, na estrutura psíquica, destinado à representação, ao papel de centro, de domínio. Contudo, através da psicanálise, desfaz-se esse equívoco, pois o ego não é senhor da sua própria casa. O eu é um outro. O eu faz de conta que o real é possível, que o significado é o lastro da significação. A idéia de gozo, liga-se à concepção de que se pode de tudo utilizar o quanto se acha que tem direito, até a hora em que a angústia dá sinal. A impotência é o limite do bem-estar e, se descobrindo humano demasiadamente humano – segundo Friedrich Nietzsche²⁰⁴. O discurso do direito pode mesmo não representar um nada aos próprios operadores jurídicos, haja vista que, por vezes, sequer, desvela quais as possibilidades em que se pode constituir a própria essência do direito.

²⁰² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*

²⁰³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*

²⁰⁴ NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral: um escrito polêmico*. Trad. Paulo Cezar Souza. São Paulo: Brasiliense, 1987.

A função paterna que limita o gozo ocupa o lugar da autoridade, através mesmo da crença – ilusão e promessa, inclusive, a de ameaça – da legitimidade-eficácia do poder. No direito, uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são eficazes, numa consideração global, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas. É o que se denomina validade-eficácia da ordem jurídica. Contudo, a aparente petição de princípios constitui precisamente a crítica do direito: o direito não se apóia em nada que não seja a ameaça de utilizar a força. E, assim, quando a ameaça cumpre a sua função já se está diante do fenômeno denominado de eficácia do discurso do direito. A eficácia, assim, constitui-se no signo ou índice da hegemonia. Desta forma, quem consegue a eficácia para o discurso do direito que produz, mantém a hegemonia sobre aqueles que obedecem, sejam cidadãos, sejam os corpos armados cuja possibilidade de violência é a que coage os primeiros. Onde existe eficácia, existe hegemonia. Quem dá o sentido tem o poder. E dar o sentido é ter um discurso eficaz.

Diante da possibilidade de conscientização do tempo, espaço e do eu, surge, então, o desejo que apesar de limitado externamente se fixa como slogan, ou seja, na máxima *eu também quero gozar*. É necessário, pois, um limite, uma limitação. Eis que surge o maior engenho jurídico produzido na história da humanidade: a inquisição. E, assim, descobriu-se um instrumento poderoso de controle social, em nome da religiosidade, ou seja, do Cristianismo que tem por lema discursivo a compaixão e a solidariedade. A verdade apenas pode ser absoluta quando se crê, mas, não quando se conhece. A verdade, assim, não pode ser toda, senão, na crença de um ser – o “eu”. O direito – e o discurso jurídico – integrado a uma racionalidade que propaga a submissão, constitui-se num instrumental apto para qualquer tipo de dominação, pois é hábil para operar a manutenção da crença – da ilusão – haja vista que é preciso manter sob crença os sujeitos.

O discurso ordinário da censura, enfim, do limite, então, sustentado pelos juristas ao fabricarem o invólucro de um dogmatismo, procura manter o ideal jurídico ascético – enquanto exercício prático que leva à efetiva realização da virtude,

à plenitude da vida moral – ou seja, afastado científica e objetivamente de toda “impureza”, seja ela política ou social – senão, da possibilidade também da interdisciplinaridade. O discurso do direito, nestes moldes, é um discurso da totalidade, vale dizer, da crença de que existe uma única verdade, e, que é absoluta. É isto só é possível de ser pensado através de um instrumental dogmático infalível: a ilusão.

De acordo com Jacinto N. M. Coutinho²⁰⁵, basta-se mudar o discurso, se a ilusão – a crença – mantém-se intacta, pois apesar das ideologias, dos mitos, das *fictio iuris*, o sujeito jogado no mundo, ainda, assim, encontra-se amparado pela esperança, enfim, pela ilusão. Desta forma, sai de cena o príncipe e entra em cena o princípio. Eis, pois, a substituição daquele que diz o sentido. Mas, ainda, assim, de forma ilusionária, pois, no fundo, não passa de mais um artifício para a legitimação do poder.

O princípio não é capaz nem sequer de proporcionar o fundamento de constituição do sentido, pois uma lei moral, ou seja, construída e não descoberta, obtém seu sentido na regulação das relações intersubjetivas de uma multiplicidade de sujeitos e não na verticalidade da determinação de um só. A estratégia metodológica é desconfiar sempre, ou seja, tornar tudo discutível através da discursividade. Pois, só assim será possível identificar as crenças que se fixam no início e no fundamento da constituição do sentido – querido como imprescindível e possível. É o deslocamento que se opera para do “eu penso” para o “eu argumento”, base, pois, para uma “ética do discurso” – Jürgen Habermas²⁰⁶ e Karl-Otto Apel²⁰⁷.

²⁰⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*

²⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 63 e ss. Segundo o Autor, “a ética do discurso explica o conteúdo cognitivo de sentenças referentes ao dever sem fazer apelo a uma ordem evidente de fatos morais que se oferecerá à nossa contemplação.”

²⁰⁷ CENCI, Angelo Vítório. *A transformação apeliana da ética de Kant*. Passo Fundo: EDIUPF, 1999, p. 83 e ss. Adverte o Autor que a ética discursiva apeliana é sustentada na unidade entre a razão teórica e a razão prática, enfim, na própria transformação da filosofia transcendental, isto é, numa pragmática transcendental. “Isto significa que Apel deixa de lado a racionalidade lógico-formal e o modelo dedutivo-hipotético de fundamentação, criando um modelo renovado, ou seja, o da racionalidade comunicativa e da fundamentação reflexiva. Tal modelo de fundamentação tem como pretensão a tematização das condições de possibilidade, vistas como intranscendíveis em toda e qualquer argumentação.”

2.1. COMPORTAMENTO HUMANO E PSICODIAGNÓSTICOS

A comparação dos procedimentos atitudinais dos personagens sociais perpassam pela ficção – ilusão – e a realidade, num imbricamento do real com o imaginário. Por isso, nem sempre é possível considerar o método de abordagem psicodiagnóstica, utilizando-se tão somente critérios de cientificidade, pois, às vezes, e, isto não é raro, deve-se valer da intuição para o entendimento – talvez, não necessariamente resolutivo – do fenômeno que se observa/analisa. E isto, muito bem pode se dar através de um processo de descoberta e desvelamento de um enigma – segundo Latife Yazigi²⁰⁸. Adverte-se que o pensador, no entanto, não pode ser um mero montador/desmontador de “quebra-cabeças”. Contudo, com Michael Shepherd²⁰⁹, também, é louvável a recorrência à noção de compreensão imaginativa para fundamentar o valor da “empatia, da simpatia intuitiva como formas de conhecimento.”

As verdades mitológicas e as verdades científicas continuam em disputar entre si a categoria privilegiada de supremacia, contudo, diga-se, uma e outra culminam por se confundirem. O mito, assim, nada mais é do que uma estratégia de entendimento e compreensão que tem servido com função especulativa-explanatória que representa uma arriscada resposta imaginativa aos problemas reais; inclusive, relacionando-se mais proximamente, com isto, ao pensamento um pouco mais

²⁰⁸ YAZIGI, Latife. Prefácio. *in* SHEPHERD, Michael. *Sherlock Holmes e o caso do Dr. Freud*. São Paulo (SP): Casa do Psicólogo, 1987, p. 07-08.

²⁰⁹ SHEPHERD, Michael. *Op. Cit.*

vigoroso, talvez, científico. A ciência também não seria um mito? No mínimo, não se tornou em uma nova religião? Contudo, ressalte-se que um conhecimento para ser ciência não pode ter dogmas! E, assim, o mito funcional e procedimentalmente se operacionaliza como fonte de criatividade na busca de respostas. Mas, as respostas seriam sempre objetos últimos a serem alcançados, principalmente, numa abordagem psicodiagnóstica? Talvez a beleza/importância da vida é a mudança qualitativa que se pode realizar através primeiro da própria conscientização do entorno em que se possa encontrar inserido, e, sobretudo, de suas circunstâncias, contingências e ideologias.

Porém, uma mudança da qualidade de vida pressupõe a sua melhora que, no fundo, não se encontraria apenas nos desvelamentos das verdadeiras causas de todo e quaisquer tipos de sofrimento, quando, não, a consciência de que o são. Dignidade e respeito, também, devem limitar-se apenas à construção de condições de possibilidades de qualquer eleição das opções existentes! Pois, como adverte Latife Yazigi²¹⁰, soluções a problemas científicos – ou não necessariamente – freqüentemente requerem metáforas que, por vezes, poderão não ser passíveis de conceituação.

Daí a fuga científicista de enquadramento categorial – mecanismos paliativos de desengargo – padronizando estratégias, em metodologias e métodos consignáveis, mas, nem sempre imaginativos, elencando, pois, a psicanálise num ou noutro esquema teórico-científico, dando-lhe natureza epistemológica ou fenomenológica, mas, contudo, impingindo-lhe qualificação sempre como que ciência fosse – inclusive, como pontua a autora: *status de ciência*. Fantasia, imaginação e criação há muito deixaram de ser sonhos e agora na totalização do desejo passaram a ser propriedades e produtos de consumo categorizáveis – vide Disney, por exemplo – e não mais mementos imaginativos e lúdicos, enquanto marcas e lembranças.

O recurso mitológico de cunho científico, desloca-se, assim, para apreender, e, possibilitar que se aprenda. É preciso, pois, aprender para apreender, ainda, que, discursivamente, pese a imanente característica dominativa presente em todo discurso que se preze como tal – inclusive, este! Latife Yazigi²¹¹ esclarece que “é este encontro que propicia uma participação autêntica, um compartilhar mútuo, um ‘ser transportado’ do qual nasce a inspiração, a criação, a idéia, o *insight*. Para tal, tanto o

²¹⁰ YAZIGI, Latife. *Op. Cit.*

²¹¹ YAZIGI, Latife. *Op. Cit.*

psicanalista quanto o analisando necessitam estar despojados, disponíveis e passíveis de vivenciar a fruição do momento e alcançar a criação.” Entretanto, nem sempre de um processo de inter-relacionamento nasce o conhecimento, pois, o momento do encontro, também, é ou pode ser do desencontro, inclusive, teórico.

Mas, tem que se reconhecer que só a partir dele é possível tal “salto epistemológico”. Com efeito, a tarefa que se impõe a todo aquele que lida com comportamentos humanos, é precisamente esta, ou seja, não cooptar, apreender para não dominar, não capturar, pois, assim, seja qual for a estratégia psicodiagnóstica que sirva para libertar²¹².

²¹² RAMIDOFF, Mário Luiz. *Comportamento humano: Berê e os psicodiagnósticos*. Jornal Estado do Paraná. Caderno Direito e Justiça, 14 de junho de 2003 (Domingo). “É aqui que, neste pequeno texto, entra Berê – Berenice Morozowski é psicóloga junto aos Juízos de Direito das Varas de Família, da Comarca de Curitiba (Pr), segundo a qual: ‘É exatamente isto o que você quer dizer: a possibilidade de ir ao encontro e tornar-se observador/analizador sem confundir-se/fundir-se com o outro. Apreender para aprender, e deixar ir.’ Pois, ‘no discurso jurídico apreender é realmente muito ‘feio’, mas se entender no discurso pensamento/aprendizado vira experiência, não?!’ –, pois, nesta tarefa de autocontrole na intervenção psicodiagnóstica ela é ótima!”

2.2. PSICANÁLISE: INSTINTOS E PULSÕES

As pessoas, segundo Karl Popper²¹³, são dotadas de conhecimentos instintivos – de expectativas e possibilidades de reagir perante situações. Estes conhecimentos inatos podem ser decepcionados, ou seja, não satisfeitos, demonstrando, pois, que este saber congênito se baseia meramente em expectativas. Em decorrência disto, conclui Karl Popper que não se aprende por observação ou associação, mas sim pela tentativa de resolução de problemas. As expectativas frustradas – desejos – ou mesmo satisfeitas parcialmente enseja um problema – recalque, na leitura psicanalítica – mas, isto, é importante para a estruturação da personalidade, uma vez que é preciso aprender a administrar os instintos e as pulsões para (con)viver na realidade. Os princípios de regência, assim, impõem. Até porque, a resolução dos problemas – recalques – só será possível na medida em que se modificam as expectativas. As expectativas são condicionadas experimentalmente à soluções, sendo certo que a resolução alcançada, a nova forma de procedimento, a nova expectativa, a nova teoria, tanto pode funcionar, quanto fracassar.

Uma distinção psicanalítica pode-se perceber em relação à metodologia aplicada pela estrutura teórica. Pois, enquanto o método científico dogmaticamente procura identificar o erro – o problema, o desvio – para consciente e criticamente eliminá-lo, uma terapia psicanalítica pode muito bem auxiliar a descoberta das causas de uma não satisfação, mas, jamais, com o objetivo pura e simplesmente de eliminar as impossibilidades, pois, antes de tudo, busca o entendimento do sofrimento decorrente da falta, para, desta forma, ajudar a pessoa a administrar o seu descontentamento na realidade.

Para a ciência o erro teórico – da estrutura do conhecimento e ou concepção do mundo – é algo que se situa fora da pessoa. Enquanto que para a

²¹³ POPPER, Karl. *O racionalismo crítico na política*. 2ª ed. Brasília: UnB, 1994, p. 61 e ss.

psicanálise a falta se encontra na pessoa. O erro é um dos elementos metodológicos mais importantes para que realmente se possa fazer um estudo rigoroso.

Conquanto, num grau pré-científico é odioso o mero pensamento de estar laborando um erro. O método crítico da eliminação do erro é justamente o mecanismo que permite a eliminação de teorias falsas. É a conscientização crítica do próprio estudioso de que labora em erro, devendo, desta forma, sistematicamente, procurar saber quais são os erros para, então, eliminá-los. Eis, pois, o método da ciência.

De outro lado, a compreensão das categorias teóricas fundamentais do conhecimento científico do direito – como qualquer outra categoria social – importa preliminarmente no desvelamento do caráter ideológico que lhe é implícito. Neste sentido, Ricardo Nery Falbo²¹⁴ afirma ser possível “psicanalisar’ a ciência jurídica do ponto de vista dos temores da dissolução de que este conhecimento parece padecer (também se encontra na mesma situação o direito ensinado nas faculdades e aplicado nos tribunais) e atuar como forma até mesmo de explicar sua estrutura cognitiva e as características e formas de direito existentes que nem sempre conhece”.

A modernidade tem imposto a todas as pessoas uma espécie de “eterno presente”, como bem assinala Yves de La Taille²¹⁵, determinando a todos pela fronteiras nem sempre reconhecidas por “limites”, mas, certamente, experimentadas pelas frustrações geradas pelas limitações humanas. Entretanto, adverte o Autor que a idéia do que possa vir a ser de “limite” não poderá ser reduzida a sentido moral ou restritivo. O limite, assim, pode ser significado como “aquilo que deve ser transposto, seja para atingir a maturidade, seja para caminhar em direção à excelência em alguns campos de atuação e conduta”, senão, também, “pode significar aquilo que deve ser respeitado, não transposto, seja para viver bem, seja para deixar os outros viverem”, ou, então, “remeter à fronteira da intimidade, ou seja, ao controle do acesso dos outros à nossa pessoa”. Porém, a idéia de tempo a partir da modernidade alcança outras dimensões que não somente aquelas determinadas pela necessidade de sua própria construção teórico-pragmática.

²¹⁴ FALBO, Ricardo Nery. *Natureza do conhecimento jurídico: generalidade e especificidade no direito da criança e do adolescente*. Porto Alegre: Safe, 2002, p. 9 e ss.

²¹⁵ TAILLE, Yves de La. *Limites: três dimensões educacionais*. 3ª ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 145 e ss.

O tempo, assim, não deixa de ser uma espécie de limitação sempre presente – e também do próprio presente²¹⁶. Pois, o tempo ao delimitar o que é ou não é presente descreve o que foi passado e prediz o que será futuro, culminando, então, por designar nas pessoas e no mundo de suas relações factuais – o mundo da vida vivida (comunidades e sociedades) – o que deve ser ou não o entendido como presente. Enfim, instintos e pulsões também determinam os limites a serem impostos pelas limitações jurídico-legais.

A subjetividade a ser aqui tratada é relativa à criança e ao adolescente. É uma nova dimensão da subjetividade. É uma subjetividade que se poderia dizer diferenciada própria desta nova totalidade de cidadania em que se constituíram as crianças e os adolescentes. Em decorrência disto, essa subjetividade diferenciada dever ser perscrutada, conhecida e (re)fundada sob a perspectiva emancipatória. Mas, para tal desiderato, impõe-se uma postura progressista diante das situações de crise – casos difíceis – que se apresentam cotidianamente nas relações internas e externas experimentadas pelo jovem. E esta atitude vanguardista se fundamenta numa virada epistemológica sob os auspícios do viés interdisciplinar.

Após isto – mudança de mentalidade – emerge a transformação comportamental que agora já se opera de forma compartilhada e comprometida com um presente e futuro melhor para a infância e a juventude, muito diferente do que se deu no passado, inaugurando-se, pois, um compromisso, sim, pelo respeito dos direitos mais mezinhos da personalidade humana destes novos atores sociais. A subjetividade, em perspectiva emancipatória, deve, assim, ensejar a construção da personalidade do jovem, educando-o para o exercício pleno de seus direitos fundamentais tão próprios da sua qualidade de pessoa humana, quanto de detentor de uma cidadania diferenciada.

²¹⁶ TAILLE, Yves de La. *Op. cit.* De acordo com o autor, os “limites não são, hoje, claramente identificáveis por ninguém”. “Eis mais um limite ausente entre nós, aquele que nos situa no tempo, nos faz conhecer o dia de ontem e preparar o de amanhã. E esse ‘eterno presente’ talvez seja um dos principais fenômenos responsáveis pelo desvanecimento dos demais limites”.

O adolescente deve se interessar por investimento na reconstrução de sua história de vida. E isto, é sinal de amadurecimento e capacidade de tomada de decisões com serenidade e uma certa segurança. Os adolescentes, em grau variável, apresentam consciência de limitações e condicionamentos familiares, históricos, sociológicos, e, culturais. O jovem – indivíduo, pessoa, ser – é assumido como ente real e unidade básica. A ação praticada pelo jovem e tida como colidente com a regra – o limite, a lei – é estruturante. Pois, os momentos de crise da vida do jovem, constituem-se em ocasiões privilegiadas para percepção dessa vertente individualizante²¹⁷ – constitutiva da subjetividade: o conhecimento do *eu*.

É próprio da adolescência possuir certas preocupações sociais, pois, é preocupação comum o como estabelecer elos entre a vida pessoal, particular e o mundo social. E isto, opera-se de diversas formas, mas, principalmente, ultrapassando-se os limites convencionados ou impostos pelo grupo social. Até porque, procurando estabelecer certos canais de comunicação com o mundo social, o jovem experimenta a tensão entre individualização – subjetividade – e a busca de sociabilidade.

Em vista disto, pode-se concluir que a formatação da personalidade do jovem que se forja enquanto ser, indivíduo e sujeito – coisa muito diversa de individualismo – não se realiza de maneira linear e normalizada. Os acidentes e desvios de percurso são tão importantes quanto a manutenção do itinerário, para a construção de um projeto de vida responsável, para a escolha de um objetivo futuro – o que, na verdade, não se afigura nem um pouco seguro, mas, sim, possível. O jovem, assim, “há que assumir suas características, mas é preciso encontrar um espaço social viável”²¹⁸. A atitude progressista é a mudança de comportamento – decorrente mesmo da mudança epistemológica – que se deve exigir aos operadores sociais, em especial, os jurídicos, que se relacionam diretamente com crianças e adolescentes, no desenvolvimento de suas atividades profissionais.

A atitude progressista é assim um conjunto de atos integrados e reiterados a partir mesmo da experiência interdisciplinar que provoca, antes de tudo,

²¹⁷ VELHO, Gilberto. *Subjetividade e sociedade: uma experiência de geração*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986, p. 57-78 (Antropologia Social).

²¹⁸ VELHO, Gilberto. *Op. cit.*

uma profunda reflexão sobre a teoria de base do novo conhecimento que emerge. Nesta perspectiva, a atitude progressista perpassa, sobretudo, por um compromisso de aceitação e de respeito pela diversidade de opções que se apresenta na construção deste novo conhecimento.

É, por isto que se deve admitir uma compartilhada intervenção transdisciplinar para a resolução, senão, composição, das peculiares e importantes questões que se apresentam na novel seara da infância e da juventude. Dentre elas, a importante colaboração da psicanálise – “um discurso que pretende explicar, conhecer os processos afetivos, desejos, etc.”²¹⁹ – procurando interpretar a irrupção do irracional na vida das pessoas e, sobretudo, a sua constatação aceita. A perspectiva progressista, porém, não pode descurar que na fase evolutiva infanto-juvenil as expressões e representações são muito intensas. O desejo incontido torna o jovem justamente por se encontrar na peculiar fase de construção de seu caráter um ser quase irracional, pois, agindo quase sempre impulsivamente e de uma maneira tão forte que, por vezes, foge-lhe o controle, experimentando, então, uma das formas mais dramáticas de vivenciar a existência e a relação com o outro.

Nesta linha de entendimento, a medida socioeducativa preferencialmente de cunho pedagógico (educacional) é um importante instrumental que auxilia o jovem no enfrentamento de seus problemas, de sua ansiedade e de sua impulsividade. Até porque, uma simples orientação técnica – interdisciplinar – pode muito bem ajudar o adolescente a controlar melhor as situações difíceis. No entanto, um certo grau de envolvimento do jovem é uma variável importante. Pois, o exercício de todo ato pedagógico – dentre eles a medida sócio-educativa – deve ser fundado na ética, no respeito à dignidade e na própria autonomia do educando, sob pena de nada adiantar o discurso competente se a ação pedagógica for impermeável às mudanças²²⁰.

As pessoas normalmente em suas declarações apresentam uma perspectiva biográfica, ou seja, se vêem como personagens de histórias de que foram sujeitos. Os adolescentes quando das narrativas de suas trajetórias individuais na prática de uma ação colidente com a lei, expõe o motivo que o levou a tanto. E é

²¹⁹ VELHO, Gilberto. *Op. cit.*

²²⁰ FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996 (Coleção Leitura), p. 11. É preciso, pois, ampliar e diversificar as *fontes legítimas de saberes e a necessária coerência entre o “saber-fazer é o saber-ser-pedagógicos”*. E isto impõe uma postura vigilante contra todas as práticas de desumanização.

precisamente o que foi mobilizado é o que existe de mais profundo, de mais íntimo, da subjetividade propriamente dita. Bem por isso, verifica-se que não se apresentará por vezes uma coerência linear, mas uma coexistência contraditória entre códigos e valores²²¹. No entanto, embora possa haver restrições em relação aos excessos, a ação colidente com a lei, considerando mesmo todas as variações possíveis individualmente, é significativa para elaboração da personalidade e identidade social do jovem. Assim, no desenvolvimento da personalidade do jovem o que se deve enfatizar é uma consciência educada para a autonomia e emancipação²²² – vertentes da racionalidade – que a partir da definição de interesses específicos, possa organizar um projeto de vida responsável, coordenando-se condutas adequadas para o alcance dos objetivos livremente optados.

O desenvolvimento educacional do jovem deve lhe proporcionar a capacitação para o enfrentamento não só de situações extremas, mas, também, para as questões do dia a dia. Em vista disto, o jovem deve neste processo de desenvolvimento da sua personalidade ter a capacidade suficiente para reconhecer a regra, bem como avaliá-la a partir do entendimento de um conjunto de princípios que lhe são oferecidos, e, posteriormente, ultrapassar os limites, de forma consciente, forjando, assim, o amadurecimento pessoal, quando, não, construindo, um conjunto de valores pessoais que lhe possibilitem uma ação social exercida sob a perspectiva dos valores consensuais e ou impostos por determinado grupo social. No âmbito social, os papéis desenvolvidos pelas pessoas são muito variados, pois, vivem situações diferenciadas que, em razão mesmo da faixa etária, determinará distinções, em termos de papéis sociais.

Uma vez definido um certo conjunto de valores, mesmo que ambíguos e contraditórios, pelo jovem, surge a questão de como serão implementados através de uma ação social associada e uma vontade que para se manifestar precisa de indivíduos-sujeitos²²³, ou seja, subjetividade emancipatória. A idéia de projeto de vida responsável é inferida da noção de projeto desenvolvida por Gilberto Velho²²⁴, pois, para além da

²²¹ VELHO, Gilberto. *Op. cit.*

²²² FREIRE, Paulo. *Op. cit.*, p. 14 e ss. De acordo com o autor, a prática educativo-progressiva deve ser sempre em favor da autonomia do ser dos educandos.

²²³ VELHO, Gilberto. *Op. cit.* p. 96. O autor, no entanto, ressalva a discussão filosófica sobre a questão de se saber se a vontade é a condição inicial para a emergência do indivíduo-sujeito ou vice-versa.

²²⁴ VELHO, Gilberto. *Op. cit.*, p. 96. Segundo o autor, a noção de projeto, implica uma avaliação de meios e fins estando, portanto, fortemente vinculada a uma adequação a uma realidade objetiva, externa. Implica, também, é claro, uma avaliação consciente de condições subjetivas.

avaliação dos meios e dos objetivos que deverão ser firmados de acordo com a realidade em que se encontra inserido o jovem, deve-se, acima de tudo, avaliar o interesse e comprometimento do jovem na construção e persecução do seu projeto de vida que, no mais, importa numa avaliação sua consciente – autonomia – das próprias condições subjetivas para tal desiderato – o que evidencia a maturidade decorrente da conjugação de seu conjunto de valores, para percepção do mundo.

É precisamente aproximação das noções de subjetividade, enquanto construção da personalidade – que, no mais, significa autonomia, ou seja, a constituição verdadeiramente do sujeito, do ser em sua plenitude – e de projeto, enquanto perspectiva das dimensões do limite, é que se pode forjar no jovem o amadurecimento pessoal, capacitando-lhe para a tomada de decisões que lhe permita o controle consciente de suas próprias ações. E, isto, muito mais do que oferecer ao jovem um instrumental técnico-educacional para o enfrentamento das relações que manterá com o mundo, capacita-lhe para o exercício pleno da cidadania, enquanto sujeito. A promoção e a proteção da subjetividade das crianças e dos adolescentes, numa perspectiva emancipatória, ensejará a construção de suas personalidades voltadas para a autonomia na persecução dos objetivos traçados em seus projetos de vida responsabilmente formatados. A subjetividade, em seus termos mais amplos e complexos, encontra-se ligada à problemática da vontade. Uma vontade necessita para que seja aceita como manifestação de um sujeito capacitado, autônomo, e, reconhecido, em perspectiva emancipatória, como detentor de uma subjetividade diferenciada.

O reconhecimento pela organização social de tais valores, perpassa, então, pela verificação das condições que delineiam as reais possibilidades de mudança a partir das opções político-jurídicas – tomadas de decisão – individuais e coletivas adotadas e que se concretizam no interior do senso comum compartilhado pelos operadores do direito.

CAPÍTULO 5 – PODER SOCIOLOGIZANTE

1. CONTRIBUIÇÕES SOCIOLÓGICAS

De acordo com Norberto Bobbio²²⁵, as profundas transformações sociologizantes que têm sido realizadas no âmbito jurídico-legal – mas, nem sempre percebidas pela opinião pública e setores pertencentes ao senso comum jurídico –, senão, pelas quais tem passado o direito, consignam-se muito mais no marco inteligível individual, isto é, nas pessoas que operam o Sistema de Justiça do que propriamente nas suas estruturas organizacionais. O lugar central anteriormente ocupado pelo direito no sistema de controle social tem sido apropriado por outras maneiras sofisticadas de

²²⁵ BOBBIO, Norberto. *Contribucion a la teoria del derecho*. Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Valencia: Fernando Torres, 1980, p. 225 a 238.

controle, aqui, significativamente, pelos meios de comunicação de massa – inclusive, como também pontua Jean Baudrillard²²⁶. Os operadores do direito que se apropriam das importantes contribuições das ciências sociais – “ciência da sociedade”, segundo Norberto Bobbio²²⁷, para quem – são os assim denominados “juristas sociologizantes”, os quais para além de condenarem o “fetichismo da lei”, também procuram dissuadir as concepções científicas e ou positivistas acerca do direito. Até porque, o desafio do direito hoje certamente é o de operar mudanças sócio-culturais indispensáveis para implementação nem tanto coercitiva, quanto voluntária acerca dos valores humanitários democraticamente consagrados na lei. Enfim, o estabelecimento de novas culturas, de novos costumes, de novas tradições sociais deve ser alcançado através do reconhecimento democrático por novos valores humanitários. Ultimamente, no entanto, tem-se percebido inaptidão do direito tanto como vetor de mudanças dos costumes e tradições sociais, quanto como estratégia de controle social – isto é, por meios coercitivos (coação) que distinguem o ordenamento jurídico dos demais ordenamentos normativos; e da função repressivo-punitiva dos meios coercitivos – em virtude mesmo da utilização cada vez maior dos meios de comunicação social também para o controle social não repressivo-punitivo.

A ampliação da utilização dos meios de comunicação social (de massa) tem também proporcionalmente aumentado o controle social distinto, pois, daquele desenvolvido pelo direito, até porque a persuasão é mais eficiente através do “condicionamento psicológico”, segundo Norberto Bobbio²²⁸. A redução do controle do social pelo jurídico – enquanto perspectiva normativa do que deveria ser – tem sido implementada através do denominado “controle antecipado” como reação social anterior e também posterior (já previamente previstas) ao cometimento do comportamento conflitante com a lei, isto é, opera “desde a repressão até a prevenção”²²⁹. As políticas públicas de controle social têm sido pautadas cada vez mais

²²⁶ BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas: o fim do social e o surgimento das massas*. Trad. Suely Bastos. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

²²⁷ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*

²²⁸ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* Para o Autor, “una sociedad sin Derecho no es solamente la sociedad libre hipotetizada por Marx, sino también la conformista hipotetizada por Orwell: el Derecho es necesario allí donde los hombres no son, como ocurre en las sociedades históricas, ni todos libres ni todos conformistas, estos es, en una sociedad en donde los hombres tienen necesidad de normas (y por tanto no son libres) y no siempre llegan a observarlas (y por tanto no son conformistas)”.

²²⁹ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* O Autor asevera: “No es que el Derecho no tenga también, incluso en su predominante función represiva, una función preventiva, como saben bien los juristas, en razón del valor intimidatorio y no solamente punitivo de la sancion”.

nos conhecimentos adequados que as ciências sociais estão em condições de subministrar às motivações do comportamento desviante e sobre as condições que o fazem possível, não com o fim de desfazer a conduta conflitante com a lei quando tem sido realizada, senão de impedir que ocorra – como assevera Norberto Bobbio²³⁰. No entanto, o Autor adverte que as transformações da posição e das funções do direito na sociedade é decorrência direta de “un mayor contacto entre juristas y científicos sociales”. Contudo, não se pode olvidar das características do Sistema Jurídico (aberto ou fechado), bem como das condições da sociedade (estável ou dinâmica – mutante) e também do direito (sistema autônomo ou dependente). O direito da criança e do adolescente surge, assim, para as pessoas que operam o Sistema de Justiça como uma nova atribuição legal que se encontram muito próxima às imagens constituídas cotidianamente acerca das funções sociais que deveriam ser desenvolvidas por órgãos e instituições públicas do que propriamente a partir do âmbito jurídico-legal que, por sua vez, também é perpassado pelas importantes contribuições sociologizantes.

A delimitação do objeto, da metodologia, dos objetivos, dos princípios, dos fundamentos, dos sujeitos, enfim, das categorias elementares do direito da criança e do adolescente passam a depender, pois, da perspectiva lançada pelos operadores do direito a partir mesmo do lugar (território) que ocupa tanto nas estruturas do poder público, quanto nas estruturas sociais que comunitariamente convive. O acolhimento ou não de novos valores humanos dependerá fundamentalmente da significação que se operará no marco legal acerca do reconhecimento ou não da existência dos novos institutos jurídico-legais pertinentes ao novel direito da criança e do adolescente que protejam e promovam os interesses, direitos e garantias afetas à infância e juventude.

Os valores humanos em prol da infância e juventude uma vez declarados como fontes do direito da criança e do adolescente – até porque, acolhidos constitucionalmente sob a denominação de doutrina da proteção integral e sintetizado no art. 227 da Constituição da República de 1988 – necessariamente deve delimitar o âmbito de apreensão intelectual acerca dos objetivos, objeto, metodologia, princípios, fundamentos e sujeitos de tal direito. Bem por isso, cumpre hoje às pessoas que desenvolvem as suas atribuições legais direta e indiretamente junto ao Sistema de

²³⁰ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* Indaga o Autor: “¿por qué preparar un gigantesco aparato para individualizar primero, juzgar después y castigar por último, un comportamiento desviante, cuando se pueden modificar las condiciones sociales hasta el punto de influir en las causas mismas que determinan el comportamiento desviante?”.

Justiça Infanto-Juvenil o compromisso humanitário de construir resoluções adequadas não só para as questões vivenciais individual e socialmente afetas à criança e ao adolescente, mas, acima de tudo, procurar desenvolver este novel direito da criança e do adolescente que ainda está por ser consolidado no senso comum jurídico. Este “Derecho por hacer”, segundo Norberto Bobbio²³¹, requer operações específicas e sucessivas para apreensão dos sentidos das normatividades que deverão ser extraídos: a) da análise da situação através das técnicas de estudo elaboradas e praticadas pelas ciências sociais; b) da análise e confrontação dos distintos critérios de valoração – incluindo, aqui, as novas categorias jurídico-legais infanto-juvenis, previstas constitucional e estatutariamente – com base nos quais as situações concretas possam ser reguladas; e c) da eleição da valoração e da formulação da regra.

O direito da criança e do adolescente pode ser reconhecido, assim, também através da articulação interpretativa entre as Leis de Regência – Constituição da República de 1988, Estatuto da Criança e do Adolescente e demais figuras legislativas pertinentes – as linhas de ações, as diretrizes humanitárias e as políticas públicas estabelecidas para atendimento prioritariamente absoluto e proteção integral aos interesses, direitos e garantias fundamentais afetos à infância e à juventude. A teoria jurídica que se intenta delinear para o Direito da Criança e do Adolescente, por certo, deve levar em conta à condição peculiar das pessoas em desenvolvimento, conferindo-lhes tratamentos e cuidados humanitários diferenciados, precisamente, por constituírem uma nova totalidade cidadã, permanecendo, assim, alinhada às diretrizes internacionais dos direitos humanos.

O âmbito social (fenomenológico) tem historicamente proporcionado elementos constitutivos não só para a formulação de “direitos”, mas, também, para a formatação de “Direitos”, isto é, a construção de sistemas e subsistemas jurídicos para a resolução de questões sociais específicas. Em decorrência disto, é possível verificar que as figuras legislativas pertinentes aos cuidados diferenciados afetos à criança e ao adolescente, também, podem expressar as mutações culturais e ideológicas (valores humanos) que identifiquem os grupos sociais (comunidades). Por certo, na análise do

²³¹ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* De acordo com o Autor, “la actividad principal del jurista no es ya la interpretación de un Derecho ya hecho sino la búsqueda de un Derecho por hacer, *in fieri*, no es tanto la *convalidación* en base a un análisis de ls fuentes formales del Derecho que es, como la *legitimación* en base a principios materiales de justicia del Derecho que debe ser.”.

“sentido da ação não pode ser concebido – e compreendido – independentemente da situação em que ocorre”, segundo Gabriel Cohn²³², numa alusão muito semelhante ao que se tem dito acerca da “lógica das interações” que se opera no interior de determinadas áreas do conhecimento (representações). A teoria jurídica que pretenda estabelecer parâmetros para explicação do direito da criança e do adolescente, por certo, não pode deixar de considerar os aspectos econômicos, políticos e sociais que o empreendimento individual e comunitário desenvolve cotidianamente através das relações de poder que se operam entre as pessoas.

O conjunto dos estudos que possa combinar uma concepção mais flexível e mais sociológica do raciocínio jurídico para a busca de uma decisão judiciária que seja mais adequada, caracteriza-se pelo fato de que embora não se constitua numa reação contra o positivismo jurídico, pode muito bem se fundamentar em valores humanitários previamente construídos e assimilados democraticamente – porém, diversos de uma “ideologia prévia ou numa teoria qualquer do direito natural”, como bem destaca Chaïm Perelman²³³ –, mas resultam de uma análise do raciocínio judiciário, de uma reflexão de ordem essencialmente metodológica.

Os organismos sociais e as instituições públicas constituídas legalmente sob a orientação do regime democrático e que se destinam, por isso, à defesa intransigente, promoção e proteção dos interesses e dos direitos humanos, por certo, necessitam estabelecer pautas públicas que suscitem a discussão e reflexão acerca de temáticas que contemplem o atendimento dos novos fenômenos sociais, procurando, assim, formatar estratégias e funções que possam superar as deficiências organizacionais – desestruturação e desfuncionalidade – dos aparelhos estatais.

A árdua tarefa constitutiva de uma normatividade emancipatória, aqui, declaradamente jurídico-protetiva, por certo, requer uma teoria aberta que apesar de estabelecer contornos claros para legitimar regulamentações, também contemple as importantes contribuições sociológicas que coloquem em questão a “crise da

²³² COHN, Gabriel. *Crítica e resignação*: Max Weber e a teoria social. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 132 e ss. (Tópicos). O Autor esclarece que “em princípio qualquer sentido pode ser atribuído a uma ação singular observada; o que equivale, nesses termos, a neutralizar a própria idéia de compreensão, pois se uma ação tiver qualquer sentido, ela não terá nenhum em particular.”.

²³³ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*: nova retórica. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 111 e ss.

consciência jurídica”, consoante aponta José Luís Bolzan de Moraes²³⁴ com apoio no pluralismo jurídico de Georges Gurvitch, preocupando-se, assim, muito mais com a constituição teórica e sociológica do direito, enfim, da formação de normatividades, do que propriamente com a coletânea empírica arbitrária e interessada ideológica e politicamente para eleição dos objetos de análise, particularmente, característico da sociologia americana.

A perspectiva sociologizante importa necessariamente num poliédrico caleidoscópio reflexivo acerca da análise dos múltiplos fenômenos sociais que se operam numa determinada comunidade humana. E isto tem dificultado e muito o empreendimento jurídico-legal na e para a construção de uma normatividade emancipatória. Essas deficiências organizacionais dos aparelhos do Estado²³⁵ são historicamente decorrentes da incompletude dos sucessivos programas governamentais que se pautaram pela completa impossibilidade de articulação política acerca dos valores disputados socialmente, senão, completamente, dissociado das reais condições de existência humana comunitária. A adjetivação da sociedade como sendo “de risco”, isto é, “sociedade de risco” em face mesmo dos “riscos globais” a que se encontra submetida toda e qualquer comunidade humana, certamente, parece cunhar essa nova quadra civilizatória, impondo a todos sacrifícios de valores conquistados duramente enquanto condição humana mínima para existência digna.

É possível observar também que a sublimação das violências estruturais – fome, desemprego, doenças, mortes banais, etc. – invariavelmente, remete-se as demandas ao mero atendimento assistencialista, senão, para o campo do sempre latente (im)prestacionismo funcional das estatalidades estruturalmente fracassadas por decorrência mesmo de circunstanciais governabilidades impotentes tanto para o estabelecimento quanto para efetivação de políticas sociais públicas permanentes e sérias. Pensar a violência hoje como os aparelhos repressivos estatais²³⁶ a definem é antes de tudo uma opção claramente ideológica, pois, certamente, atende a

²³⁴ MORAIS, José Luís Bolzan de. *A idéia de direito social: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 24 e ss. A sociologia jurídica definida por Georges Gurvitch, segundo o Autor é “o estudo da plenitude da realidade jurídica, bem como da transmutação das técnicas e doutrinas jurídicas, do papel dos grupos e das regularidades na formação do direito, no interior tanto de estruturas globais ou genéricas, quanto de parciais ou setorializadas. (...) portanto, atrelada a uma sociologia teórica, vem se chocar o contato que estabelece com a sociologia americana de feição empírico”.

²³⁵ ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado*. Trad. Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 7ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998 (Biblioteca de Ciências Sociais nº 25).

²³⁶ ALTHUSSER, Louis. *Op. cit.*

sua sacralização²³⁷, isto é, a sua institucionalização como valor socialmente negativo que possibilita a adoção de medidas legais que atendam a finalidades e objetivos estatais específicos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê em diversas passagens a necessidade do estabelecimento de políticas públicas, como, por exemplo, nos artigos 7º; 23; 54; 59; 62; 68; 74; 86; 87; 88; 89; 90; 93; 96; 136; 145; 150; 259; 260; 261; 262; 265; e 267. No contexto de outras figuras legislativas também é possível observar normativas que contemplam temáticas relacionadas às políticas públicas afetas a infância e a juventude.

As figuras legislativas constitucional e estatutária, enquanto “Leis de Regência”, ao contemplar a doutrina da proteção integral, certamente, avalizaram a dimensão política da teoria do direito da criança e do adolescente. Uma teoria jurídico-protetiva que cuidar nestes moldes – isto é, jurídico-politicamente – dos direitos da criança e do adolescente, levando-se em conta a atual situação em que se encontram aquelas subjetividades, por certo, não deixa de ser uma teoria também da sociedade, da civilização, dos avanços e retrocessos humanitários, enfim, de uma verdadeira teoria política, conforme adverte Dimitri Dimoulis²³⁸.

²³⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. A Autora, a “violência mantém oculta sua sacralidade, o desconhecimento, ainda que sob outras formas, segue impedindo o surgimento da violência como ‘própria’”, segundo Eligio Resta, para quem “haverá um saber e um poder especializados aos que a sociedade delegará a resolução da violência. (...) o saber jurídico, com esta enorme construção própria que é a Dogmática, se converte em uma inesgotável reserva simbólica.”

²³⁸ DIMOULIS, Dimitri. Sociedade civil, direitos fundamentais e emancipação: reflexões a partir da obra de Alessandro Baratta. In ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Vol 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 37 a 60. (Homenagem a Alessandro Baratta). Conclui o Autor, “este projeto de sociedade denomina-se, em vocabulário de direitos, tendência de igualidade. E, em vocabulário político, abolição das estruturas de dominação e de exploração.”

1.1. CRISE SOCIAL

A Constituição da República de 1988 então optada politicamente como expressão da vontade popular orientada mesmo pelo sentimento nem sempre presente da autodeterminação dos povos é também como poderia se dizer significativa da democracia brasileira. Entretanto, a representatividade social a muito tem se afastado do espaço público da palavra e da ação para o debate/discussão/diálogo sério de questões e assuntos que importam antes do mais no estabelecimento de condições mínimas para a sua constituição enquanto pauta/interesse pública nas agendas oficiais de governo. Isto é, a constituição do que se pode entender que seja interesse público a ser perseguido, defendido e promovido pelas instâncias de poder, antes de tudo, devem ser objeto de ampla discussão/debate sério pelos diversos segmentos sociais, haja vista que devem ser sustentados, vale dizer, legitimados, não só pelo seu conteúdo – atendimento prioritário das identificadas necessidades vitais sociais, senão, à própria comunidade local –, mas, principalmente, pela desnecessidade de “legitimação” governamental, enquanto expressão de ato de força. O poder local como expressão da democracia, isto é, de tudo aquilo que é mais comezinho e indispensável à dignidade e formação da personalidade humana, insofismavelmente, deve importar no asseguramento e promoção das liberdades substanciais. A estabilização mínima que as relações sociais evocam, certamente, restará assegurada pelas diretrizes humanitárias que (in)formem políticas públicas permanentes e sérias que se orientem pelas liberdades substanciais inerentes à dignidade da pessoa humana, contrapondo-se, assim, às estratégias de controle social – e, em particular, o cada vez mais expandido controle sócio-penal – que, para além do exercício arbitrário de dominação sócio-político-econômica, também, não consegue se desvincular dos círculos reprodutivos de violência. A violência, talvez, hoje, por decorrência mesmo da extraordinária sofisticação alcançada, seja discursivamente – argumentação, linguagem, etc. –, seja pela legitimação – processos de experimentação e de constatação, reprodução de meios

de produção – tornou-se fisiologicamente imperceptível, desenvolvendo-se, assim, através das relações de poder que já não demandam qualquer dificuldade para a aceitação de valores.

A sustentação, aqui, também se encontra numa nova economia psíquica – segundo, Charles Melman²³⁹, para quem –, através da qual as pessoas são sugeridas pela “felicidade” de não mais se encontrarem aparentemente determinadas por ideologias, entretanto, encontram-se obrigadas para que possam realizar suas expressões subjetivas a se referirem a um outro sistema, isto é, ao sistema das informações. É aqui que Charles Melman descreve o lugar do poder, vale dizer, de acordo com “as informações que você dá, você manipula inteira e perfidamente os receptores, você os faz pensar, experimentar e decidir como você quiser. (...) É o que garante a eficácia dessa manipulação mental: o sujeito não tem mais afastamento possível diante do discurso que a ele é apresentado, está aprisionado, preso na teia, cercado”. Surge, assim, um ser humano novo, um ser humano sem sentimentos de culpa, sem sentimentos de respeito, enfim, sem sentimentos de responsabilidade pelo outro. Por assim dizer, “sem gravidade” – segundo, Charles Melman²⁴⁰ – um ser humano liberal, o qual pouco importa pode se encontrar inserido em qualquer segmento social, em qualquer instituição pública ou mesmo política, desenvolvendo relações de poder que não lhe provoque qualquer sentimento de pertencimento ou mesmo de exclusão que lhe imprimam significações humanitárias. Eis, pois, uma das principais conseqüências que as transformações operadas pelos ideais liberais do capital, então, (re)significados como os próprios ideais que referenciam a globalização²⁴¹, isto é, estão a todo tempo sugerindo mutações radicais que esvaziam instantaneamente os conteúdos dos “valores que a tradição moral e política transmitia”²⁴². As reflexões pragmáticas ensejam elaborações de políticas públicas a

²³⁹ MELMAN, Charles. *O homem sem gravidade*: gozar a qualquer preço. Entrevistas por Jean-Pierr Lebrun. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003, p. 94 e ss. De acordo com o autor, “é esse o verdadeiro liberalismo, o liberalismo psíquico! No mercado, nos é proposto, como se isso fosse comum, participar de existências múltiplas. (...) adotar sucessivamente todas as posições que são oferecidas, por vezes, evidentemente, com efeitos de desrealização. Não é a poligamia, é a polissubjetividade”.

²⁴⁰ MELMAN, Charles. *Op. cit.*

²⁴¹ VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

²⁴² MELMAN, Charles. *Op. cit.* Segundo o autor, “uma mutação tão radical traz consigo uma desvalorização rápida dos valores que a tradição moral e política transmitia. As figuras petrificadas da autoridade e do saber parecem ter se desagregado de uma tal maneira que podemos pensar que a mudança vivida é conduzida pela contribuição espontânea de vontades individuais, sem referência a um programa estabelecido.”

partir de discussões temáticas, haja vista que a história da civilização demonstra a dinamicidade em que se opera a história.

A transformação do Império em República nada mais significa do que um movimento de ocupação dos lugares na burocracia recém instalada no país pelos próprios filhos das elites então dominantes. O Estado Nacional oportuniza, assim, o espaço público de consenso, de diálogo, em face mesmo da universalidade da lei. E isto favorece, senão, proporciona os espaços sociais e de organização, onde o domínio público, tanto se diferencia do domínio privado, quanto do Estado – como lembra Hannah Arendt²⁴³, é preciso “transbordar eticamente para a espacialidade pública da palavra e da ação”. Ademais, não há uma ciência da natureza, mas, sim, um conhecimento empírico forjado culturalmente. O lugar da fala, agora, deve ser diferenciado, a partir mesmo de um corte transdisciplinar. E, em decorrência disto, afigura-se, pois, a cidadania como uma nova maneira de organização dos processos de participação, vale dizer, de inclusão, e, não mais de exclusão social.

Até porque, em face mesmo das desigualdades e injustiças sociais e tão próprias ao Brasil, constitui-se a cidadania como condição primeira da possibilidade de “participação inclusiva” o que por si só já ensejaria a capacidade de estranhar, de indignação, de inconformismo, pois só assim será possível inserir a pessoa como cidadão na vida pública, ativamente. A crise social brasileira para além de atingir, de forma diferenciada, crianças e adolescentes, segundo Gilberto Dimenstein²⁴⁴, também tem gerado a fragilização dos direitos individuais e das garantias fundamentais, senão, a própria cidadania infanto-juvenil, como, por exemplo, a aprovação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal da Proposta de Emenda Constitucional que trata da redução da idade de maioridade penal sob o fundamento de que não se constitui em “cláusula pétrea” (Capítulo 10, da Parte III, desta Tese). As políticas públicas que priorizem a criança e o adolescente além de serem pautadas com clareza, também, devem ser universalizantes, isto é, contemplem medidas de articulação entre os diversos setores públicos, como, por exemplo, da saúde, da educação, do trabalho, etc.

²⁴³ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 59 e ss.

²⁴⁴ DIMENSTEIN, Gilberto. *O cidadão de papel: a infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil*. 16ª ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 166 e ss.

A criança e o adolescente não podem ser apenas cidadãos “com direitos garantidos apenas no papel”, senão, por decorrência mesmo de um regime governamental cuja peculiaridade é “uma democracia de papel”, segundo Gilberto Dimenstein²⁴⁵, pois a plenitude da personalidade humana que toda pessoa e, aqui, em particular, aquelas que se encontram nas condições peculiares da infância ou da juventude, isto é, numa dessas fases de suas vidas, demanda respeito e responsabilidade pelo outro. E isto, apenas se alcança quando os direitos mais mezinhos à personalidade humana (cidadania) são indistintamente atendidos e respeitados, através mesmo de políticas públicas permanentes e independentes de circunstanciais e sazonais governabilidades, haja vista que são decorrentes de ampla discussão pública e paritária característica, sim, de uma democracia de verdade.

Os Conselhos de Direito surgem precisamente, aqui, neste quadrante histórico, político e ideológico para preliminarmente romper com as antigas práticas meramente repressivo-punitivas, e, assim, conseqüentemente, demonstrar como é possível construir paritária e democraticamente políticas públicas que efetivamente identifiquem e atendam as necessidades vitais básicas da população infanto-juvenil que se encontre ou não em situação de risco pessoal ou social – consoante expressamente descrevem os incisos I, II e III, do art. 98, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Entretanto, é insofismável que toda e qualquer política pública que pretenda contemplar amplamente as urgentes necessidades sociais, antes do mais, devem começar a ser esboçada num projeto – como adverte Karl Popper²⁴⁶ –, cujos objetivos devem ser minimamente consagrados para o efetivo atendimento dos objetivos estabelecidos, quando, não, pelo menos, impõe-se a construção de instrumentos adequados para perseguição dos objetivos traçados por políticas públicas sérias e permanentes.

Pois, como se sabe, as figuras legislativas que se orientavam pelo paradigma da situação irregular – Leis Federais nºs 4.513, de 1º de dezembro de 1964

²⁴⁵ DIMENSTEIN, Gilberto. *Op. cit.*

²⁴⁶ POPPER, Karl. *O racionalismo crítico na política*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. 2ª ed. Brasília: UnB, 1994, p. 7 e ss. Segundo o Autor, “antes mesmo que o sociólogo possa começar a esboçar um projeto, os objetivos têm, ao menos, de lhe ser patentes. (...) Ou ele tem de eleger os objetivos, ou então eles têm de lhe ser dados; e tudo o que ele pode fazer como cientista é apenas produzir os instrumentos com a ajuda dos quais se poderão realizar esses objetivos.”.

(que criou a Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor – FUNABEM) e a 6.697, de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores), senão, também “as demais disposições em contrário”, foram expressamente revogadas, nos termos do que dispõe o art. 267, do Estatuto da Criança e do Adolescente, rompendo-se, assim, definitivamente, com qualquer possibilidade de retrocesso civilizatório e humanitário, senão, “o ranço do regime ditatorial e discriminatório”²⁴⁷, através do alinhamento político-ideológico à diretriz internacional da doutrina da proteção integral, enquanto direitos humanos específicos destinados à criança e ao adolescente – arts. 227 e 228, da Constituição da República de 1988 (tratado no Capítulo 7, da Parte III, desta Tese).

No imaginário social sobre a infância e a adolescência no Brasil, em que pese a pluralidade das estratégias de socialização, ainda é possível constatar o completo afastamento da lógica estatal na socialização a partir dos programas meramente assistencialistas de apoio à criança, ao adolescente e aos respectivos núcleos familiares a que respectivamente pertencem, como bem destaca Brasilmar Ferreira Nunes²⁴⁸.

As ações governamentais que tratam das políticas de atendimento, em todos os níveis do Poder Público, não têm conseguido evitar a dessocialização – “expulsão social” – de considerável parcela da população brasileira “dos mecanismos sociopolíticos que caracterizam a relação Estado-sociedade”, haja vista que o “conjunto das chamadas políticas sociais configura um padrão de proteção social que pode estar impregnado de diferentes concepções de cidadania.”²⁴⁹.

1.2. PODER POLÍTICO-SOCIOLOGIZANTE

O poder político sociologizante dos sujeitos de direito guarda simetria às instâncias públicas em que deveriam se encontrar inseridas as crianças e os adolescentes. A criança e o adolescente necessitam urgentemente ocupar as pautas

²⁴⁷ SIQUEIRA, Liborni (coord.). *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. De acordo com Liborni Siqueira, o “espírito que animou as palavras do legislador foi o de interromper a historicidade do nosso direito, em específico do Direito do Menor, acolhendo as expressas manifestações dos ‘estatutistas’ para eliminar o ranço do regime ditatorial e discriminatório, substituindo-o pela doutrina dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente.”

²⁴⁸ NUNES, Brasilmar Ferreira. *Sociedade e infância no Brasil*. Brasília: UnB, 2003, p. 57 e ss. Destaca o Autor que “é reduzida a presença de programas governamentais para apoiar as famílias. Qualquer ação cai no bojo das chamadas políticas assistenciais, confundidas no discurso governamental com políticas sociais. Essas políticas não são tradicionalmente prioridades dos governos no Brasil e alimentam as carências absolutas, perceptíveis a olho nu quando se circula por áreas periféricas.”

²⁴⁹ NUNES, Brasilmar Ferreira. *Op. cit.*

públicas, isto é, precisam ter mais visibilidade social e maior dizibilidade política²⁵⁰ de seus interesses – superiores interesses da criança e do adolescente. A dizibilidade política e a visibilidade social, por certo, demandam espaços públicos da palavra e da ação – segundo Hannah Arendt²⁵¹ – motivo pelo qual se torna indispensável uma (re)organização comunitária e paritária que possibilite uma maior participação popular, através mesmo de uma maior transparência da estrutura orgânica estatal, nas instâncias decisivas daqueles assuntos que requerem ampla discussão social – políticas públicas e sociais permanentes.

Em face disto, observa-se que a dimensão política encontra raízes na dimensão social, quando, não, representativamente, constitui-se na sua própria imagem que então se esperava refletir publicamente. A violência estrutural tem demandado a perda de sentidos tanto no âmbito político, quanto no âmbito social. A sociabilidade tem cedido espaço para a dessociabilidade. As experiências partilhadas através da ampliação da participação popular, por certo, oferecem reflexões dialéticas para a construção conjunta de políticas públicas afirmativas, propositivas e principalmente inclusivas – isto é, contribuir para a construção de propostas para políticas públicas permanentes que sirvam sobretudo como instrumentos de inclusão social – que priorizem, de forma absoluta, a criança e o adolescente, renovando-se, assim, o pacto constitucional enquanto expressão político-social do compromisso democrático e da soberania popular. A fragilidade democrática das instituições políticas e sociais remonta precisamente à falta de conscientização acima apontada, pois, na modernidade, em virtude mesmo da velocidade do consumo e da informação é quase que impossível a fixação, manutenção e reflexão por novos valores humanos, em especial, aqui, acerca da emancipação e subjetivação da infância e da juventude.

Os sérios problemas políticos e sociais que caracterizam o Estado e a sociedade brasileira, nesta quadra histórica, certamente, não se limitam exclusivamente à perspectiva economicista, isto é, ao desenvolvimento e valores econômicos

²⁵⁰ MELO, Oswaldo. *Fundamentos políticos do direito*. Porto Alegre: Safe; CPGD-UFSC, 1994.

²⁵¹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

determinados pela pós-modernidade²⁵², mas sobretudo ao problema moral²⁵³, vale dizer, ao problema cultural de aceitação e respeito pelos novos valores que devem informar a construção de uma sociedade mais igualitária, quais sejam: os valores humanos. A conscientização desses sérios problemas políticos e sociais também decorrem da perda de sentido, isto é, da crise de implementação jurídica e social dos valores humanos, da dignidade da pessoa humana, da cidadania, enfim, do próprio regime democrático que, no fundo, deveriam ser enfrentados cotidianamente através da renovação dos compromissos públicos assumidos em prol não só das liberdades públicas, mas, sobretudo, do respeito e da responsabilidade pelo outro enquanto condição humana.

As instituições políticas e sociais que são fortes possuem alta legitimidade, a qual lhes garantem estabilidade pela credibilidade representativa na condução de assuntos de interesse público. O modelo de democracia estável é reflexo da estabilidade política alcançada pela confiança representativa das instituições políticas e sociais de dada comunidade enquanto reflexo mesmo da legitimidade cotidianamente conquistada através da permanência de políticas públicas voltadas para o atendimento das necessidades mais mezinhas da comunidade e pelo respeito à dignidade da pessoa humana. A execução de políticas públicas não deve ser implementada a qualquer custo, pois exige idêntica legitimidade representada justamente por suas ações em prol da comunidade, da soberania popular, do regime democrático, enfim, da dignidade da pessoa humana.

A efetividade social das normas jurídicas deve ser buscada através da inclusão social, integração, e, inversão dos modelos neoliberais. E, não, diversamente, com a manutenção e por vezes ampliação de exclusões e injustiças sociais, constituindo, diversamente, o fortalecimento do sentido de pertencimento através mesmo da mudança cultural por valores humanos e democráticos. As modificações

²⁵² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 25. Segundo a autora, a transição pós-moderna é uma situação nova que na falta de melhor denominação assim se designa, pois, “se um novo projeto sociocultural está a emergir nas sociedades do capitalismo avançado, sob os sintomas de crise que a modernidade parece inexoravelmente emitir, o contexto de oposição e justaposição entre o moderno e o ‘pós-moderno’ testemunha antes de mais nada a necessidade de se revisitarem as próprias promessas da modernidade e avaliar os seus déficits e excessos de realização, com os quais esta crise tem preliminarmente a ver.”

²⁵³ KANT, Immanuel. *Op. cit.* O problema do conhecimento e o problema da moral articularam-se numa visão sistemática das funções e dos produtos da razão humana, em Kant.

democráticas das instituições políticas e sociais operam-se não só no âmbito formal, mas com grande apoio popular. As expectativas políticas podem ser paritariamente condensadas nas modernas políticas públicas que consolidem a democracia. Pois, do contrário, opera-se uma espécie de esvaziamento civilizatório e humanitário quando não existem projetos políticos sérios em prol da democracia, independentemente, da esfera governamental em que se dê a inação. Uma farsa político-social, entretanto, opera efeito inverso e negativo, isto é, impõe ao respectivo âmbito do poder público profundo desacreditamento popular, senão, uma descrença cada vez maior acerca da expectativa democrática.

A democracia entretanto deve continuar a ser o caminho viável para emancipação da personalidade humana e para a melhoria da qualidade de vida comunitária. Mas, para tal desiderato, impõe-se a consolidação da democracia participativa em que a pessoa humana seja protagonista cidadã. A soberania popular que é base fundamental de um Estado Constitucional de Direito requer a (re)definição das próprias pautas e temática políticas com base no respeito aos direitos políticos e sociais²⁵⁴. Isto é, impõe-se o respeito pela condição humana de cada uma das pessoas não só como cidadão livres e iguais, mas, principalmente, como seres humanos que são detentores de direitos fundamentais. Aqui, na área da infância e juventude mais do que nunca é preciso respeitar as regras do jogo democrático, procurando constituir, assim, uma mobilização ampla que possa estabelecer uma vontade coletiva que se constrói através de movimentos sociais muito fortes revalorizando a participação política. A defesa da democracia importa, sim, no estabelecimento de outras metodologias, de outras vertentes sociais, políticas e democráticas.

1.3. PODER ECONÔMICO-POLITIZANTE

Como admitir e desenvolver um vínculo conceitual muito mais forte e explícito entre o ideal dos direitos humanos e uma possível concretização de um dito crescimento econômico a partir de uma teoria fundamentalmente política do Estado que seja legitimadora de uma provável intervenção estatal moderadora à realização de uma pressuposta justiça econômica? Eis, pois, o dilema que se constata – senão,

²⁵⁴ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

propõe-se – à perspectiva economicista de toda e qualquer teoria política que prestigie a sociologização individual e comunitária das relações interpessoais.

Entretanto, a suposição de diversas e conflitantes concepções incomensuráveis de bem, no liberalismo, compatíveis com a plena racionalidade humana verificável no âmbito de uma concepção política praticável pela justiça econômica, por certo, pressupõe a adoção de uma pluralidade de concepções e de valores que é típica de uma cultura substancialmente democrática e livre, segundo Crawford Brough Macpherson²⁵⁵.

Nesta perspectiva, o liberalismo como doutrina política pretende demonstrar como é possível entender a unidade social partindo, pois da idéia intuitiva básica de cooperação social que somente poderá se encontrar presente a partir da construção de uma cultura pública forjada numa sociedade democrática e liberal, enfim, pluralidade. O Autor entende que a unidade social será estável, segundo o conteúdo das doutrinas disponíveis para constituir uma viável – senão desejável – legitimação, mediante um equilíbrio de forças sociais que dependem de condições e circunstâncias. A democracia econômica e industrial enquanto dispositivo do sistema econômico propiciador viabiliza, assim, uma justa distribuição do trabalho, da renda e da riqueza de um país, significando, pois, ao menos um mecanismo de controle.

As pessoas normalmente em suas declarações apresentam uma visão biográfica, ou seja, se vêem como personagens de histórias de que foram sujeitos. Todos, de alguma maneira, têm uma visão de sociedade geralmente acoplada à política²⁵⁶. Desta maneira, em uma sociedade profundamente dividida por concepções opostas e incomensuráveis do bem, propõe-se a concepção de uma justiça econômica

²⁵⁵ MACPHERSON, Crawford Brough. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios*. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 13. O autor desenvolve análise sobre o conceito de justiça econômica, e, especulativamente, uma investigação quanto às possíveis relações entre a ascensão, queda e revitalização do conceito e certas mudanças visíveis e identificáveis na sociedade e na economia, as quais, por seu turno, também, por vezes, provocaram uma mudança no conceito, e vice-versa – relação dialética –, pois, inclusive, dessa maneira, apesar da impossibilidade de vida longa do conceito de justiça econômica pontua a sua ampla utilização na prática política das democracias liberais do Ocidente no século XX.

²⁵⁶ VELHO, Gilberto. *Subjetividade e sociedade: uma experiência de geração*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986, p. 57-78 (Antropologia Social).

como equidade²⁵⁷, com o intuito de que seja possível e estável uma certa “unidade social”.

Conforme adverte Michel Foucault²⁵⁸, tanto o indivíduo quanto à coletividade se encontram condicionados – conscientemente ou não, em função da ideologia – às relações de poder (“de força”) a que estão submetidos pela só circunstância de (con)viverem em sociedade, e, bem por isso, formatados pelas condições políticas e ou econômicas de existência que se impõem independentemente de suas vontades. Porém, como já se disse anteriormente – no Capítulo II, da 1ª Parte, desta Tese – o Direito da Criança e do Adolescente surge precisamente da contradição política e social dos valores determinantes até então impostos sob o manto da “legalidade”, de forma generalizada, por um saber oficial (Teoria Geral do Direito) que permitia intervenções estatais – “relações de força” – nem sempre vinculadas às reais condições políticas e econômicas da sociedade brasileira.

1.4. SOCIABILIDADES COMPARTILHADAS

Nem sempre através de esforços desenvolvimentistas tornou-se possível franquear culturalmente a autoconsciência e a autocrítica²⁵⁹ necessárias à emancipação da pessoa humana. Esforços construtivos necessariamente devem conjugar, de forma integrativa, outros olhares, outras perspectivas sobre o objeto de

²⁵⁷ MACPHERSON, Crawford Brough. *Op. cit.* p. 15. O Autor define provisoriamente o conceito de justiça econômica mediante duas estipulações, quais sejam: “1. ele pressupõe que as relações econômicas se tornaram distintas das relações sociais em geral e portanto requerem princípios mais específicos que os da justiça em geral; 2. (...) submeter as relações econômicas a algum princípio ético inferido do direito natural (ou do direito divino) ou de uma suposta natureza social do homem (...) suposta natureza social do homem.”

²⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1996, p. 26 e 27. O Autor, entretanto, pontua que “as condições políticas, econômicas de existência não são um véu ou um obstáculo para o sujeito de conhecimento mas, aquilo através do que se formam os sujeitos do conhecimento e, por conseguinte, as relações de verdade.”

²⁵⁹ LUHMANN, Niklas e DE GEORDI, Raffaele. *Teoria de la sociedad*. Trad. Miguel Romero Pérez y Villalobos. Guadalajara (México): Universidad de Guadalajara; Universidad Iberoamericana; Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993, p. 381 e ss. (Colección Labirinto de Cristal). Para os Autores, “en el plano exclusivamente operacional, el sistema de la sociedad está obligado a observar sus propias comunicaciones: en este sentido debe realizar una autoobservación continua. (...) Com estas condiciones estructurales y operativas nace una específica semántica de las autodescripciones de la sociedad; esta semántica, a su vez, subyace en transformaciones evolutivas.”

análise, particularmente, aqui, quando se estabelecem inúmeras dúvidas acerca da personalidade humana que não se limite a uma reflexão restritiva ao âmbito comportamental. Em face disso, é possível compreender que o ser social é resultante da conjugação da personalidade humana e da estrutura social²⁶⁰. Por exemplo, numa estrutura social em que se tem a primazia da afetividade e onde a família impõe sua proteção sobre outros sistemas da estrutura societária, a responsabilização penal – diversamente, daquela adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – certamente estará ligada à presença ou ausência de pais e familiares que influenciem decididamente na repressão do fato – segundo o autor. As prescrições universalistas – como, por exemplo, os direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição da República de 1988 – determinam que todos sejam tratados em igualdade de condições, perante a lei – como bem pontua Pedro R. David²⁶¹, para quem – no entanto, quando essas normas universalistas fossem levadas a cabo, certamente, aqueles que deveriam efetivá-las decidiriam seus casos, numa importante proporção, em função de vínculos de poder, amizade, parentesco ou paixões pessoais (circunstância estrutural societária originária do funcionamento particularista das normas universais).

A efetividade das inúmeras leis, em vigor, no Brasil, por certo, também encontra relação com a primazia da efetividade e o particularismo que contrastam com a descrição neutra e universal das prescrições sócio-jurídicas e tem contribuído para o ceticismo crescente das pessoas a respeito do funcionamento concreto de suas legislações – segundo Pedro R. David²⁶².

O interesse e a pronta intervenção familiar na construção de resoluções cada vez mais adequadas aos casos concretos, nos quais se encontram envolvidos adolescentes pela prática (ou participação) de condutas (ações e omissões) conflitantes com a lei, têm influenciado o comportamento do julgador – e demais protagonistas processuais – pela assunção dos novos valores (humanos) proposicionalmente

²⁶⁰ DAVID, Pedro R. *Sociología criminal juvenil*. 5ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 36 e ss. Segundo o autor, na perspectiva especificamente jurídica do fenômeno delituoso “especialmente aquellos que se encuentran en las filas ortodoxas de un formalismo ya superado, el fenómeno se agota en un análisis de las previsiones jurídicas, ignorando la complejidad de la estructura societaria donde opera la norma y desde donde se genera”. O objeto da sociologia jurídica integrativa proposta pelo autor já não é tanto uma análise meramente formal das normas jurídicas, mas, sim, “es el funcionamiento de esas normas en la vida concreta, o como Ehrlich lo diría, el análisis del derecho viviente. Ese funcionamiento tiene que avistarse en el contexto de una estructura social concreta, donde se inserta la norma jurídica como un ingrediente de conducta.”

²⁶¹ DAVID, Pedro R. *Op. cit.*

²⁶² DAVID, Pedro R. *Op. cit.*

aventados na Constituição da República de 1988, e objetiva e instrumentalmente operacionalizados no Estatuto da Criança e do Adolescente. Já os adolescentes que se encontram “em situação de rua” (risco pessoal e social), não possuem igual sorte (tratamento igualitário perante a lei), isto é, habitualmente, são encarcerados e tidos tanto simbólica quanto culturalmente como “futuros clientes”²⁶³, resultando-lhes, assim, a apuração de ato infracional e a contenção (internação provisória) independentemente das circunstâncias fáticas e condições motivacionais.

2. CONSELHOS

2.1. CONSELHOS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A criação dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente deve ser, por isso, decorrente de figuras legislativas próprias e específicas de cada uma daquelas esferas de governo, isto é, federal, estaduais e municipais, senão, em virtude mesmo do pacto federativo, segundo o qual tais entes jurídicos de direito público interno possuem âmbitos de competência limitados a suas respectivas autonomias. Não fosse isto, observa-se que no regime democrático do Estado de Direito brasileiro a criação, organização, sistematização, estruturação e funcionalidade de instituições públicas, por certo, demandam previsão legal (princípio da legalidade) cuja preceituação, na verdade, limita o âmbito de discricionariedade administrativa daquelas instâncias de governo.

²⁶³ DAVID, Pedro R. *Op. cit.* O autor constata, de forma sintomática, o que acontecia – e ainda hoje deve acontecer – na vizinha sociedade argentina, “al respecto de las prácticas policiales de incriminación de menores que delinquiran, comprobamos que aquellos menores que carecían de padres o tutores responsables que intercedieran oportunamente ante la policía entraban a engrosar la lista de procesados y más tarde condenados. Es sabido que la presencia de los padres o tutores intercediendo ante la policía y dando fe de mayor vigilancia y control de los menores inclina a los representantes de la autoridad a dar una nueva oportunidad al menor. Ello no sucede em el caso de menores huérfanos o abandonados. Aún más, los menores ingresan en la cárcel, son en los registros policiales ‘futuros clientes’ a los que hay que indagar o detener presuntivamente en cualquier oportunidad.”

O mencionado inc. II, do art. 88, do Estatuto, também, preceituou a natureza jurídica dos Conselhos dos Direitos reconhecendo-lhes, pois, como “órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis”, bem como lhe determinou metodologia democrática e constitutiva própria, estimulando, assim, a “participação popular paritária por meio de organizações representativas”, quando, não, declarando que a função dos membros de tais Conselhos “é considerada de interesse público relevante”, conforme dispõe o art. 89, do Estatuto. No entanto, convém ressaltar que os Conselhos dos Direitos se encontram no marco das diretrizes da “Política de Atendimento dos direitos da criança e do adolescente”, a qual se realiza “através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais”, nos termos do art. 86, do Estatuto. Em face disto, é pertinente não só jurídico-legal, mas, também, politicamente, entender que as decisões adotadas pelos Conselhos dos Direitos, no fundo, constituem-se em resoluções, isto é, em determinações normativas e, por isso, vinculativas de instituições legal e democraticamente constituídas para o estabelecimento de políticas públicas que se constituem em parâmetros, diretrizes, orientações, fontes de lei e do Direito da Criança e do Adolescente.

As decisões adotadas por deliberações que são oriundas do amplo e democrático debate plural que devem ser estabelecidos nos Conselhos dos Direitos – seja o Nacional (CONANDA)²⁶⁴, sejam os Estaduais, sejam os Municipais –, constituem-se, na verdade, em resoluções, precisamente, por estabelecerem políticas públicas, consoante dispõe o inc. II, do art. 88, da Lei Federal nº 8.069, 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), pois cuidam de assuntos e temáticas que importam na prevenção, promoção e defesa dos direitos e garantias afetos à infância e juventude.

Os mecanismos estabelecidos legalmente para que os Conselhos dos Direitos possam adotar decisões através de deliberações colegiadas acerca das “formas,

²⁶⁴ DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara e OLIVEIRA, Thales Cezar. *Estatuto da criança e do adolescente*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 114-118. (Série Leituras Jurídicas: provas e concursos; v. 28). De acordo com os Autores, “essa distribuição cria uma relação de *hierarquia* e *complementaridade* entre os entes públicos e a sociedade civil. *Hierarquia* porque para a União fica a tarefa de emitir as normas gerais e coordenar a política de atendimento aos direitos do menor; (sic) aos Estados o apoio técnico e financeiro aos Municípios; e para estes últimos, a concretização dos programas de atendimento e apoio ao menor (sic). *Complementaridade* porque existe uma relação de interdependência dos entes governamentais entre si e deles para com a sociedade, sem a qual nenhuma política efetiva poderia ser implementada.”

meios e modos”²⁶⁵ para priorização absoluta dos direitos afetos à infância e à juventude, enquanto políticas públicas de atendimento e correção das “ações em todos os níveis”. Não se pode olvidar, a adoção e existência de resoluções recomendativas que são utilizadas para comunicar e solicitar de outros órgãos e instituições públicas o desenvolvimento de estratégias em rede que são inerentes a suas respectivas atribuições legais, respeitando-se, assim, a independência e autonomia administrativa e funcional de tais entidades públicas.

Porém, o reconhecimento de distintas espécies de resoluções – normativas (determinativas) e recomendativas – e a finalidade (destinação) a que se dirigem, importa, pois, na confirmação de que, em regra, as resoluções são determinações vinculativas que obrigam o legislador, o julgador e o administrador público²⁶⁶, como, por exemplo, restou consignado na decisão judicial proferida pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça a partir do relatório lavrado pela Ministra Eliana Calmon, para quem, “a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente”, pode ser exigida e tutelada judicialmente “a fim de atender as propostas políticas certas e determinadas.”²⁶⁷. Ademais, pontue-se que todo e qualquer imperativo legal deve ter

²⁶⁵ SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio Garcia; e CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 271-281. Em comentários, anota-se que o art. 204 da Constituição da República de 1988 “institui três princípios para essa forma participativa da formulação política: 1) o princípio da deliberação – ou seja, as esferas governamental e não governamental adotarão, conjuntamente, *deliberações* acerca de como se aplicará o art. 227 da CF, no seu âmbito de atuação (municipal, estadual ou federal), tendo como normas gerais de sua conduta o Estatuto. O Conselho não pode deliberar sobre matéria privativa de outros âmbitos da Administração Pública. Juridicamente, só tem poderes para agir nos limites das normas estatutárias; 2) o princípio do controle da ação – por este princípio, governo e sociedade também se unem para comparar as ações levadas a efeito em torno da criança e do adolescente com as normas gerais presentes no Estatuto e verificar se há desvio. Havendo, deliberam formas, meios e modos para sua correção. Trata-se, portanto, de um moderno mecanismo social de retroalimentação, que busca a eficácia da norma; 3) o princípio da paridade – a junção de dois atores sociais coletivos, governante e governado, para deliberar sobre políticas e controlar ações delas decorrentes não teria o caráter de freio ao arbítrio, nem de contrapeso ao desvio da norma, se não se lograsse equilibrar a balança.”

²⁶⁶ MARÇURA, Jurandir Norberto; CURY, Munir e PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 82. De acordo com os autores, as “deliberações emanadas desses órgãos possuem força normativa, vinculando a vontade do Administrador Público, nos respectivos níveis de atuação (federal, estadual e municipal).”

²⁶⁷ BRASIL, STJ – Resp. 493.811/SP (2002/01696619-5) – Segunda Turma – Rel. Min. Eliana Calmon – por maioria – j. em 11.11.2003 – DJ 15.03.2004, p. 236.

“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido. (...) a demanda visa unicamente o cumprimento de imperativo legal em consonância com deliberação normativa emanada do Conselho Municipal, cujas determinações vinculam a vontade do administrador público (art. 88, II do ECA) e que, por isso, não é o autor ou o Judiciário que pretendem

ampla publicidade, em decorrência mesmo da exigência ético-política de transparência administrativa que se impõe para o tratamento de assuntos cujos interesses pertence a todos.

Para além disto, busca-se através da publicidade das resoluções adotadas pelos Conselhos dos Direitos não só o conhecimento das ações e programas específicos (políticas públicas), mas, principalmente, a “mobilização da opinião pública no sentido da indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade”, nos termos do que dispõe o inc. VI, do art. 88, do Estatuto. A mencionada figura legislativa – inc. VI, do art. 88, do Estatuto –, preceitua que a mobilização da opinião pública se constitui numa das diretrizes da política de atendimento da criança e do adolescente. Entretanto, não é apenas isto, pois tal mobilização também se destina ao senso comum jurídico-legal, bem como às demais instâncias de poder (legislativo, administrativo e judiciário), enquanto vertentes das diretrizes e linhas de ação da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

E isto jurídico-legalmente se opera através da indispensável publicação oficial das resoluções normativamente deliberadas e emanadas pelos Conselhos dos Direitos, “cujas determinações vinculam a vontade do administrador público” – como afirmou a Ministra Eliana Calmon –, impondo-se, pois, a sua publicação no diário oficial respectivo (da União, dos Estados ou dos Municípios), para que, assim, possam ter iniciado os seus efeitos legais externos²⁶⁸. Pois, como se viu, as resoluções

determinar que o Prefeito, na elaboração das futuras leis orçamentárias, destine recursos suficientes para a execução de projeto destinado ao tratamento da drogadição de crianças, adolescentes e respectivos pais, mas sim a Constituição Federal, o ECA e o próprio Conselho Municipal. (...) implementação de um programa adremente estabelecido por um órgão do próprio município, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, com função normativa fixada em conjugação com o Estado (Município) e a sociedade civil. (...) a) inserção em plano plurianual e na lei orçamentária anual, com destinação privilegiada de recursos públicos para o programa; b) observância da Resolução 4/97 e das Constituições, Federal e Estadual e da Lei Orgânica do Município; e c) inclusão no orçamento de previsão de recursos à implementação do programa de atendimento aos viciados, nos termos do projeto. (...) A posição do TJ/SP deixa a reboque do Executivo Municipal fazer ou não fazer o determinado pelos seus órgãos, pela Lei Orgânica e pela Constituição, bastando, para o *non facere*, escudar-se na falta de verba. Se não havia verba, porque traçou ele um programa específico? Para efeitos eleitoreiros e populares ou pela necessidade da sociedade local? O moderno Direito Administrativo tem respaldo constitucional suficiente para assumir postura de parceria e, dessa forma, ser compelido, ou compelir os seus parceiros a cumprir os programas traçados conjuntamente. Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial para julgar procedente em parte a ação ministerial, determinando seja reativado em sessenta dias o programa constante da Resolução 4/97, devendo ser incluído no próximo orçamento Municipal verba própria e suficiente para atender ao programa.”

²⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: RT, 1990, p. 81-84. Para o Autor, a publicidade é um dos princípios básicos da atividade administrativa, pois, trata-se de “divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. (...) para adquirirem validade universal (...) é requisito de eficácia e moralidade. (...) Em princípio, todo ato administrativo deve ser publicado, porque pública é a Administração que o realiza (...) visa propiciar o seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral (...) A publicidade, como princípio de administração pública (Const. Rep., art. 37, *caput*), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto da divulgação oficial de seus atos como também de

emanadas dos Conselhos dos Direitos, uma vez publicadas nos respectivos Diários Oficiais²⁶⁹, tornam-se determinações vinculativas que demandam o integral cumprimento de programas previamente deliberados e estabelecidos por aqueles conselhos enquanto expressões das ações conjuntas das entidades governamentais e não-governamentais orientadas pelo primado constitucional da descentralização político-administrativa que se opera através do viés paritário.

Os Conselhos dos Direitos enquanto órgãos deliberativos devem observar o regime democrático, aqui, respeitado através do asseguramento da “participação popular paritária”, pois, tal estratégia não pode se constituir numa mera metodologia decisionista sobre assuntos de interesse público que são pautados naquelas espacialidades públicas da palavra e da ação²⁷⁰.

No fundo, as resoluções alcançadas por meio de ampla discussão deliberativa deve continuar sendo representativa do movimento social participativo e popular, como bem pondera Paulo Afonso Garrido de Paula²⁷¹, para quem o Estatuto da Criança e do Adolescente ao dispor sobre a responsabilidade social através da regulamentação das “formas de democracia participativa ao instituir conselho de direitos e tutelares, redefiniu a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, enunciando suas linhas de ação e diretrizes.”.

Em conclusão, é possível dizer que as decisões tomadas pelos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, através de deliberações democráticas (paritárias e plurais), constituem-se em resoluções, e, não, meramente, em deliberações em si, pois projetam seus efeitos para além do âmbito administrativo-funcional de tais Conselhos, vinculando, então, as “ações em todos os níveis”, haja

apropriação de conhecimento da conduta interna de seus agentes.”.

²⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* O Autor esclarece que a “publicação que produz efeitos jurídicos é a do órgão oficial da Administração, e não a divulgação pela imprensa particular, pela televisão ou pelo rádio, ainda que em horário oficial. Por *órgão oficial*, entende-se não só o *Diário Oficial* das entidades públicas, como também os jornais contratados para essas publicações oficiais.”.

²⁷⁰ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

²⁷¹ PAULA, Paulo Afonso Garrido. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2002, p. 50 e 51. Segundo o Autor, com as “inovações introduzidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, anote-se que prescreveu responsabilidade social ao conjunto das pessoas físicas e jurídicas, disciplinando a tutela preventiva, destinada a atalhar a ocorrência de ameaça e violação aos direitos da criança e do adolescente, impondo a todos o dever de respeitar, quando do fornecimento de informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos, produtos e serviços, a condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento. Regulamentou formas de democracia participativa ao instituir conselhos de direitos e tutelares, redefiniu a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, enunciando suas linhas de ação e diretrizes.”.

vista que são órgãos controladores das políticas públicas de atendimento que se operem pelo “conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais.”.

2.2. POLÍTICAS PÚBLICAS

O que enfim se constitui uma política pública? Primeiramente, é preciso dizer que a discussão de assuntos que possam interessar a uma comunidade humana já se constitui numa etapa inicial da formulação de proposições e programas de governo. Desta maneira, ao se colocar em pauta de discussão determinadas temáticas acerca de assuntos que interessam e requerem para seu tratamento o âmbito público da palavra e da ação²⁷², isto é, o conhecimento e o interesse de todos os membros de uma dada comunidade humana. Segundo, entende-se que a partir da ampla discussão pública dessas temáticas certamente será possível estabelecer parâmetros para a elaboração de proposições legislativas, senão, para formulação de programas de governo que possam atender concretamente, quando, não, viabilizar condições mínimas para a efetivação, cumprimento e atendimento das necessidades e demandas identificadas como mais comezinhas à personalidade humana – aqui, especificamente inerente à criança e ao adolescente. Terceiro, uma vez estabelecidas as proposições e ou os programas de governo, certamente, torna-se imprescindível assumir compromisso público para com o consignação legal de tais propostas que se constituem mesmo o cerne da política pública a ser deliberada, aprovada e, assim, dotada de recursos públicos – dotação orçamentária – para sua efetivação, vale dizer, com o estabelecimento de estratégias que sistematizem estrutural e funcionalmente o Poder Público para que crie condições mínimas, com a definição das medidas legais – orçamentárias, planejamentos, projetos, etc. –, para integral cumprimento tanto pelos agentes, gestores e instituições públicas, e, também, organismos sociais que existem na comunidade para além do núcleo familiar. Quarto, a política pública também se consolida com a sua própria permanência e manutenção, isto é, com a implementação

²⁷² ARENDT, Hannah. *Op. cit.*

de projetos sociais que expressem os programas de governo que foram estabelecidos como diretrizes e parâmetros também pelos Conselhos de Direito constituídos paritariamente por entidades não-governamentais e a representação governamental, como, por exemplo, as resoluções estabelecidas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA.

O fiel e integral cumprimento das políticas públicas que se operacionalizam e estruturam sistematicamente através de projetos encontra amparo legal no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, senão, no que se encontra estabelecido por resolução então diretamente deliberada pelos Conselhos de Direito, quando, não, por programas sociais estatuídos nos diversos âmbitos de governabilidade que expressam foram e materialmente os Poderes Públicos. Enfim, as políticas públicas se constituem em compromissos assumidos pelos Poderes Públicos para que estabeleçam e assim possam oferecer condições mínimas para a melhoria da qualidade de vida da pessoa humana, isto é, serviços e funções públicas que se constituam em programas e projetos de apoio institucional à criança, ao adolescente, aos seus respectivos núcleos familiares e à própria sociedade organizada ou não.

Entretanto, para que se possa efetivamente implementar tais políticas públicas, isto é, oferecer e manter os programas e projetos de apoio institucional do Estado à criança e ao adolescente e aos seus respectivos núcleos familiares, afigura-se como indispensável a formulação especial e absolutamente prioritária de orçamento público destinado especificamente a tal desiderato. As políticas públicas na área da infância e da juventude, por certo, também se dá pelo estabelecimento de rede de proteção social (tratado no Capítulo V, da Parte II, desta Tese). As atribuições legalmente destinadas às funções públicas a serem desenvolvidas pelos membros titulares do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente – seja municipal, estadual ou nacional –, certamente, não podem ser adstritas à dimensão meramente político-institucional, isto é, à formulação de políticas públicas, mas, sim, e, principalmente, sair a campo para coletar dados (visitando instituições, órgãos, municípios, comunidades quilombolas, indígenas, minorias, aidéticos, etc.).

Quais são as atribuições (funções) dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente (Nacional, Estaduais e Municipais) – e mesmo do Conselho Tutelar diante do que dispõe o inc. IX, do art. 136, do Estatuto – para contemplar a

questão sobre a vulnerabilidade material, isto é, a condição peculiar de desenvolvimento que por si só já possibilita maiores chances de ameaça ou violação física, psíquica (mental e moral) e social da criança e do adolescente?

Por certo, que, para além das atribuições legalmente destinadas aos Conselhos dos Direitos, também, podem ser reconhecidas outras funções político-sociais que perpassam pelo contingenciamento de receitas a despesas absolutamente prioritárias porque condizentes com o efetivo atendimento das necessidades vitais básicas da infância e da juventude, senão, pela elaboração e aplicação responsável e protetiva de recursos públicos que se destinem aos programas e projetos de proteção, promoção e defesa dos interesses e direitos individuais, difusos e coletivos afetos à criança e ao adolescente.

2.3. CONSELHOS TUTELARES

Em que pese o reconhecimento legal da autonomia do Conselho Tutelar, por certo, enquanto instância singularmente democrática deve buscar uma melhor e mais ampla integração possível com as demais instituições governamentais e não-governamentais que participam da rede dos sistemas de garantias, desenvolvendo atividades de cooperação técnica e operacional para facilitação não só do cumprimento das funções legalmente atribuídas, mas, principalmente, para zelar pelos direitos e garantias das crianças e dos adolescentes. O desempenho de funções conjuntas possibilita maior facilidade de atendimento e efetivação das medidas legais a serem adotadas em prol da infância e da juventude. Desta forma, o primeiro passo para melhor desenvolvimento das atribuições afetas legalmente ao Conselho Tutelar circunscreve-se no marco democrático de amplitude do acesso à população, através de audiências públicas, visitas às escolas e associações de pais e mestres, bem como as associações de bairros. De outro lado, afigura-se importante o estabelecimento de contato direto com os órgãos públicos, inclusive, em sendo o caso através de reuniões periódicas para o tratamento dos assuntos e das pautas de interesse público afetos à área da infância e da juventude. As propostas de parceria público-privada também não podem ser ignoradas, motivo pelo qual se constitui de suma importância o mapeamento municipal, pelo Conselho Tutelar, das entidades não-governamentais que também prestam atendimento – direto e indireto – de crianças e adolescentes. E, assim, com a posse de tais informações pode-se muito bem estabelecer uma rede de proteção, inclusive, para uma comunicação – intra e intermunicipal e interestadual – mais ampla e facilitada entre os próprios Conselhos Tutelares pertencentes ou não a mesma unidade federativa. O trabalho em parceria reforça a proteção integral e renovam os valores e os princípios que orientam doutrinariamente a exegese superadora e emancipatória na formulação jurisprudencial, confirmando, assim, os novos padrões humanitários de comportamento social. O Conselho Tutelar, na verdade, deve zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente independentemente da circunstância ou situação infracional que eventualmente possam se encontrar envolvidas nos termos do art. 131, do Estatuto.

No entanto, o Conselho Tutelar em concorrência de atribuições com o Judiciário e o Ministério Público também é responsável pela fiscalização de entidades governamentais e não-governamentais responsáveis (gestores públicos e locais) pelo cumprimento das medidas socioeducativas, manutenção das próprias unidades, planejamento e execução de programas de proteção e socioeducativos, nos termos do art. 97, do Estatuto. Contudo, a principal atuação do Conselho Tutelar é a integração protetiva com os demais atores, cuidadores e gestores da política de atendimento, particularmente, para que possa proceder encaminhamentos resolutivos de questões que lhe são demandadas, pois, como se sabe, o Conselho Tutelar não é o executor de políticas públicas – prestação de serviços públicos destinados ao Município, aos Estados, ao Distrito Federal e à União. A primeira comunicação acerca de maus tratos impingidos à criança e ou adolescente nem sempre é levada ao Conselho Tutelar, haja vista que qualquer autoridade pública pode ser procurada para tal desiderato. Entretanto, o Conselho Tutelar deverá sempre ser comunicado, ainda, que, não tenha sido a primeira instituição pública a ser procurada para tanto. Os maus tratos podem ser identificados como toda conduta (ação ou omissão) que possa potencial e ou efetivamente ameaçar, ofender ou violar o bem-estar físico, mental, moral (psíquico), espiritual e social da criança e ou do adolescente, consoante mesmo prescrevem os arts. 3º e 5º, do Estatuto. Maus tratos, assim, tanto pode ser identificados pela utilização de palavras quanto pela adoção de atitudes que rebaixem a auto-estima pessoal, familiar e comunitária da criança e do adolescente. Por isso, é dever de todos velar pela dignidade dessas pessoas humanas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento, nos termos dos arts. 18 e 70, do Estatuto, colocando-as “a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.”. O dever legalmente instituído estatutariamente, isto é, de velar e prevenir ofensas aos direitos individuais fundamentais afetos à infância e à juventude, como, por exemplo, deixar de realizar comunicação à autoridade pública casos em que se tenha suspeita de maus tratos, corresponde sancionamento administrativo-infracional para aqueles que não o observarem, nos termos do art. 245, do Estatuto, para além da responsabilização penal correspondente à violência perpetrada.

Por isto, é imprescindível a circunstanciação do fato (acontecimento) pelo Conselho Tutelar, pois é extremamente importante para a adoção das medidas

legais adequadas para o tratamento (cuidado) a ser dispensado legal e tecnicamente. Porém, deve-se sempre procurar neutralizar os preconceitos dos diversos olhares ontologicamente viciados a partir do lugar de que se observa o acontecimento.

O Conselho Tutelar é órgão colegiado, permanente, autônomo e não jurisdicional, cuja atribuição estatutária é zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, consoante dispõem os artigos 131 e seguintes da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Na verdade, constitui-se numa nova instância democrática estabelecida para a defesa da infância e da juventude, e que assim umbilicalmente se vincula à própria soberania popular, conforme consignado no § único, do art. 1º, da Constituição da República de 1988, isto é, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, senão, ao próprio Estado Democrático (Constitucional²⁷³) de Direito.

O Conselho Tutelar se configura assim numa “instituição concreta” para o asseguramento dos direitos individuais de cunho fundamental, pertinentes à infância e juventude, então, estabelecidos constitucionalmente como liberdades substanciais das pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade – art. 6º, do Estatuto – isto é, crianças e adolescentes. Em virtude disto, observa-se que não se afigura legítima qualquer intervenção que possa restringir ou suprimir a autonomia funcional pertinente ao regular e permanente exercício das atribuições legais destinadas ao Conselho Tutelar, senão que também não se coadune com o que for disposto em Lei Municipal – art. 134, do Estatuto – para o funcionamento do(s) Conselho(s) Tutelar(s) que deverá(ão) existir em cada um dos Municípios e do Distrito Federal brasileiros – art. 132, do Estatuto.

A legitimidade da intervenção estatal – qualquer que seja – deve ser medida pelo respeito não só dos direitos fundamentais inerentes à infância e à juventude, mas, acima de tudo, àquelas instituições e órgãos públicos que foram constituídos legalmente para a defesa e promoção de tais interesses indisponíveis. As atribuições legalmente destinadas ao Conselho Tutelar para alcançar tais finalidades

²⁷³ CADEMARTORI, Sérgio U. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 26-32. De acordo com o autor, o “déficit de indisponibilidade dos valores essenciais do ordenamento, afetados pelos processos políticos ordinários, criará a necessidade de um nível de juridicidade superior e vinculante. O resultado será a afirmação do caráter plenamente normativo das Constituições como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e da sua produção normativa. (...) O reconhecimento de um conjunto de direitos colocados num plano supralegal e a sua garantia a partir de procedimentos especiais ou de instituições concretas, são percebidos socialmente como dados relevantes que alimentam a sensibilidade pessoal com respeito a esses valores que possa ter cada indivíduo.”

protetivas, encontram-se descritas no art. 136, do Estatuto da Criança e do Adolescente, cabendo, pois, aos órgãos componentes do Sistema de Garantias de Direito – aqui, particularmente, aos Juízes de Direito e aos Promotores de Justiça – o controle democrático desta novel instância de exercício do poder.

Ao Ministério Público, por exemplo, cabe a função de fiscalização do regular desenvolvimento das atividades de proteção, promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente pelas instituições legalmente estabelecidas para tal desiderato, quando, não, expressamente, por decorrência de previsão legal, também, por ser atribuição compatível com a finalidade do Ministério Público – nos termos do § 2º, do inc. XII, do art. 201, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Conselho Tutelar e o Ministério Público devem desenvolver suas atribuições legalmente estabelecidas em prol dos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente – com fulcro, respectivamente, nos arts. 131 e 201, inc. VIII, do Estatuto – mediante respeito à autonomia e independência funcional de cada uma daquelas “instituições concretas”, senão, pela limitação constitucional à intervenção de cada um daqueles organismos que se estruturam pelos valores democráticos. Não há dúvidas de que cabe ao Ministério Público adotar as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis naqueles casos em que eventualmente o Conselho Tutelar não esteja regularmente funcionando seja por falta de estrutura material e ou pessoal, seja mesmo por desídia ou falta de Conselheiros, contudo, desde que se observe o devido processo legal e seus respectivos consectários da ampla defesa e do contraditório, haja vista mesmo a constitucionalização do Estado de Direito.

Portanto, isto não autoriza legal e sequer legitimamente o Ministério Público a definir a maneira pela qual o Conselho Tutelar, e, muito menos os Conselheiros Tutelares – haja vista que se trata de órgão colegiado –, a desenvolverem suas atribuições, senão, apenas deve se limitar a fiscalizar o regular e válido desenvolvimento das atribuições legalmente especificadas como se dá com inúmeras outras instituições públicas, mas, certamente, não deve descrever ou mesmo especificar a maneira pela qual devam ser cumpridas. Por exemplo, nas requisições dirigidas ao Conselho Tutelar para que preste informação sobre determinado caso concreto deve-se

primeiro observar se realmente é pertinente tal medida as atribuições legais daquele órgão colegiado para só então lhe encaminhar tal requisição. Entretanto, a requisição não pode especificar quais serão as atribuições a serem desenvolvidas pelo Conselho Tutelar, ainda, que, indiretamente, como sói acontecer quando se determinam prazos exíguos para o seu cumprimento, transformando, assim, o Conselho Tutelar numa indevida *longa manus* da Instituição Ministerial, pois, desrespeita a autonomia daquela “instituição concreta” que zela pelos direitos fundamentais da criança e do adolescente. *Mutatis mutandis*, é o que razoavelmente se pode exigir das instituições democraticamente constituídas, senão, por aproximação normativa ao sentido que a filtragem jurídico-legal permite deduzir da intenção/opção politicamente adotada pelo legislador tanto constituinte quanto estatutário acerca do que efetivamente pretendeu estabelecer ao distinguir as funções, quando, não, ao constituir tais “instituições concretas”. Por exemplo, o Ministério Público para o exercício das atribuições judiciais e extrajudiciais cabíveis de cuidado e zelo pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, poderá efetuar recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à infância e à juventude, entretanto, “fixando prazo razoável para sua perfeita adequação”, consoante o disposto na alínea “c)”, do § 5º, do inc. XII, do art. 201, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Mas, não diversamente através de requisição ou mesmo de estipulação de prazo exíguo para tal desiderato, senão, muito menos sob coerção de propositura ou instauração de procedimento criminal por crime de desobediência.

Até porque, as medidas emergenciais que devem ser urgentemente adotadas são as de asseguramento, proteção, defesa e promoção dos direitos e garantias fundamentais pertinentes à criança e ao adolescente e não apenas aquelas de cunho investigatório relativas aos agressores, violentadores e ou entidades que desrespeitam aqueles direitos. Nestes casos o Conselho Tutelar deve dar conta do pronto atendimento da criança e ao adolescente, encaminhando, pois, oportunamente, ao Ministério Público as informações necessárias e melhor contextualizadas às circunstâncias do caso concreto relativamente à criança e ou ao adolescente, mas, a apuração da responsabilidade penal, senão, as investigações pertinentes à persecução penal devem ficar a cargo da Delegacia de Polícia Civil Especializada.

O Conselho Tutelar enquanto instância protetiva, promocional e defensora dos direitos individuais e das garantias fundamentais da criança e do adolescente necessita articular-se com as demais instituições públicas e sociais que desenvolvem semelhantes atribuições seja na rede de proteção, seja no sistema de garantias de direito, através de vínculos democráticos que antes do mais exigem mútuo reconhecimento legal e respeito à autonomia e à independência funcional desses órgãos republicanos, por excelência.

A plenitude desta nova instância democrática em que se constitui o espaço público ocupado pelo Conselho Tutelar na defesa dos direitos da criança e do adolescente, certamente, depende e muito da democratização das demais instituições públicas, e, isto, apenas se dará com o reconhecimento legal de sua autonomia funcional decorrente mesmo da limitação constitucional de todos os poderes do Estado, os quais sob hipótese alguma poderão dispor legitimamente do respeito aos direitos fundamentais. Eis, pois, o que se pode entender por concretização democrática do Conselho Tutelar enquanto instância de proteção, promoção e defesa da infância e da juventude num Estado que se pretende Democrático (Constitucional) e de Direito.

2.4. REDE DE PROTEÇÃO E SISTEMA DE GARANTIAS

As situações de risco pessoal e ou social podem ser muito bem caracterizadas quando os direitos individuais e as garantias fundamentais inerentes à criança e ou ao adolescente são ameaçados ou violados, em decorrência não só de ação ou omissão da sociedade ou do Poder Público, mas, também, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, quando, não, em razão da própria conduta daquelas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento de suas personalidades (crianças e adolescentes), nos termos do que dispõe o art. 98, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

O abandono, senão, a pouca preocupação com a maternidade responsável ainda que durante a gestação, por certo, pode – ou mesmo deve – ensejar a

adoção de medidas legais que, reconhecendo judicialmente o direito à especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social, consoante a Declaração Universal dos Direitos da Criança, coloquem a salvo a criança e o adolescente das múltiplas espécies de ameaças e violações – diretas ou indiretas²⁷⁴ – aos direitos mais comezinhos à personalidade humana, quando, não, diminuam significativamente o aumento dos âmbitos de perigo inerentes à própria (con)vivência social numa sociedade caracteristicamente “de riscos” como o se opera em toda aquela que é estruturada a partir dos valores do capital²⁷⁵.

Neste sentido, o art. 70, do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é “dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.”. A situação de risco pessoal (vulnerabilidade substancial) e ou social (vitimização), por vezes, podem ser respectivamente geradas pelas circunstâncias existenciais em que se encontram crianças e ou adolescentes.

Em razão disto, é possível observar que crianças e adolescentes que se encontram em situações de risco pessoal e social preferem adotar “estratégias de sobrevivência” ao invés de buscar auxílio e apoio institucional junto ao Poder Público. E isto se dá invariavelmente pela falta de acesso e desinformação acerca dos serviços públicos que são ofertados – ou que pelo menos deveriam ser ofertados – regularmente. Tais “estratégias de sobrevivência”, por vezes, acabam por se constituir numa outra expressão de violências, senão, por assim dizer, decorrência inafastável dos processos de vitimização em que se podem encontrar crianças e ou adolescentes, os quais, no mais das vezes, operam supressões dos direitos mais comezinhos e inerentes à personalidade humana.

Exemplo disto são os invariáveis processos de “pivertização” e “prostituição” que contemplam meninos e meninas em situação de rua então cooptados por “exploradores sociais” que condicionam o “acesso” ao atendimento das necessidades vitais básicas daquelas crianças e adolescentes à servilidade sexual

²⁷⁴ BRASIL, Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

²⁷⁵ PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

(abuso, exploração e violência sexuais), quando, não, à mendicância (abuso do poder econômico) e ou ao vício de substâncias entorpecentes.

Dentre outras conseqüências deletérias, é comum observar que infantes e jovens são afastados dos lugares privilegiados da palavra e da ação, como o são, por exemplo, a família, a escola, a comunidade, enfim, de toda dimensão comunitária e familiar que se constitua numa espacialidade própria e indispensável para a formação saudável de suas personalidades enquanto expressões da dignidade humana dessas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento, nos termos do art. 6º, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

As “estratégias de sobrevivência”, assim, devem ser compreendidas pela lógica do Estado (racionalidade pública) não só como síndrome da crise estrutural e funcional por que passam as instituições públicas e sociais, mas, acima de tudo, como sinal de alerta para diferenciar a abordagem e os cuidados especiais no tratamento de questões outras que circunstancialmente possam se encontrar envolvidas naquelas existências humanas.

A prostituição infanto-juvenil é a dimensão comportamental da degradação da dignidade da pessoa humana em troca de valor, bem ou interesse indispensável à própria sobrevivência, enfim, é a subversão da pessoa em objeto (coisa) apreensível não pelo que se dignifica humanitária e socialmente, mas, sim, como instrumento de gozo corporal e psíquico (satisfação plena e absoluta) do e no uso ilimitado do outro. A criança e o adolescente que se encontram em situação de risco pessoal e ou social estão não só propensos à reprodução de variegadas formas de violências (física, psicológica, sexual, social, etc.), mas, também, são referenciados em suas vidas pelos círculos de violências estruturais que sequer são perceptíveis racionalmente por eles ou mesmo por seus respectivos núcleos familiares.

Entretanto, inúmeras crianças e adolescentes experimentam cotidianamente os efeitos deletérios da miséria, do desemprego, da corrupção, do desvio de poder, do desvio de recursos públicos, etc., que, projetam processos sociais excludentes e vitimizantes, como, por exemplo, a pivetização dos filhos e a prostituição das filhas. Diante deste quadro social, impõe-se a adoção de ações

integradas desenvolvidas por inúmeros órgãos e instituições sociais para a promoção, defesa e proteção da infância e da juventude, nos termos do art. 86, do Estatuto, o qual reconhece o conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais como política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

Portanto, a Rede de Proteção à criança e ao adolescente atende, assim, à orientação estatutária acerca da política de atendimento, acolhendo as linhas de ação – art. 87, do Estatuto – para prevenção da violência contra a infância e a juventude oferecendo, então, às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e ou opressão, atendimento médico e psicossocial, bem como acompanhamento necessário para estabilidade física (liberdade e respeito), psíquica (mental, moral e espiritual) e social (familiar e comunitária). As diretrizes que norteiam a Rede de Proteção que diretamente atende crianças e adolescentes vítimas de violências, por certo, perpassam pelas orientações humanitárias consignadas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Através da Rede de Proteção é possível o engajamento individual ou coletivo, mas, constitui-se essencialmente numa mudança pessoal acerca das questões relativas à educação e criação de crianças e adolescentes seja no âmbito familiar, seja no âmbito comunitário, pois, refletir, debater e difundir – mobilização da opinião pública, nos termos do inc. VI, do art. 88, do Estatuto – constituem-se em importantes passos para redução significativa das inúmeras espécies de violência (negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e ou opressão).

Porém, existem regras elementares de convivência familiar e comunitária respeitosa que determinam a identificação das crianças e adolescentes como sujeitos de direito que se encontram numa daquelas peculiares e circunstanciais fases da vida humana, isto é, na infância ou na juventude. Portanto, a criança e o adolescente devem ser distinguidos respeitosamente acerca de suas respectivas vulnerabilidades materiais, os quais certamente devem ser capacitados para o desenvolvimento de potencialidades humanitárias, contudo, tendo-se em conta as limitações pessoais, culturais e sociais à liberdade individual.

A rede social de proteção na área jurídico-legal da infância e da juventude opera a partir dos compromissos públicos (sociais) legalmente consignados (objetivados) por opções políticas (valorativas) acerca de acontecimentos

fenomenologicamente identificados através dos efeitos que produzem individual e comunitariamente. As ameaças e violências aos direitos da criança e do adolescente que são constadas diariamente para além de ensejar a responsabilização cível e penal dos agressores, por certo, também devem ensejar a adoção de medidas protetivas (cuidados diferenciados) para as vítimas infanto-juvenis e seus respectivos núcleos familiares. Até porque, a responsabilização do agressor nem sempre é condição de sublimação da agressão física, moral (psíquica) e social sofrida por aquelas vítimas.

As vítimas infanto-juvenis merecem tratamentos e cuidados diferenciados, como, por exemplo, ocorre no Juízo de Direito especializado então criado no Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba (PR), no qual diariamente realizam-se as denominadas “audiências sem traumas”, evitando-se, assim, a dupla violação dos direitos individuais fundamentais da criança e ou do adolescente.

As “audiências sem traumas” são realizadas num ambiente especialmente estruturado denominado de “sala lúdica”, na qual realiza-se a ouvida de criança e de adolescente que são vítimas de agressões físicas, morais (psíquicas) e sociais, mediante a intervenção de técnico profissional – v.g. psicóloga – que mantém com a criança ou adolescente comunicação pessoal acerca dos acontecimentos, contudo, através de estratégias transdisciplinares e distintas do procedimento contraditório comum orientado pela lei processual penal. Entretanto, numa sala ao lado o Juiz de Direito, o Promotor de Justiça, o Advogado e o acusado permanecem assistindo aquela interlocução, colhendo-se desse ato as impressões e as declarações manifestadas pela criança ou adolescente. A rede social de proteção, assim, não exclui a intervenção legal do Estado (Poder Público), o qual também é convocado para oferecer apoio institucional à vítima e o respectivo núcleo familiar, bem como ao agressor. Tal apoio institucional pode ser muito bem estruturado através de programas e projetos de alcance social deliberados paritariamente e democraticamente junto aos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente (consoante tratado no Capítulo 5, da Parte II, desta Tese), para, desta maneira, poderem ser legalmente vinculativos a todos os atores sociais que diretamente trabalham com crianças e adolescentes, inclusive, senão, principalmente, aos agentes públicos responsáveis por sua implementação, quando, não, por acatamento a determinação judicial. O apoio institucional deve ser forjado transdisciplinarmente pela atuação plural e

interprofissional de agentes capacitados – e, por isso mesmo, capacitantes – para o desenvolvimento de potencialidades que sejam expressões da responsabilidade social compartilhada a partir da pessoa, da família, da comunidade e do poder público.

A criminalização dos agressores, por vezes, também pode redundar na dupla vitimização da pessoa ofendida, a qual passará então a ser apontada como a culpada pelas circunstâncias deletérias que o agressor individualmente sofre quando inserido no sistema penitenciário brasileiro, quando, não, pelas condições de miserabilidade do próprio núcleo familiar que não se encontra mais assistido econômico-financeiramente pelo provedor, agora, privado de sua liberdade, senão, afastado da convivência familiar por determinação judicial.

O Poder Público e a sociedade civil organizada deveriam acolher o núcleo familiar e, por conseguinte, a vítima infanto-juvenil, assegurando-lhes condições minimamente dignas para vida do mundo vivido, através de programas sociais sérios e permanentes que possibilitem o atendimento das necessidades reais (vitais) básicas inerentes à condição humana daquelas pessoas. A inação social principalmente das instâncias públicas no cumprimento das funções institucionais legalmente estabelecidas tem ensejado situações de risco pessoal e social que determinam a ameaça e mesmo a violação dos direitos mais mezinhos à personalidade humana das pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento.

A criança e o adolescente devem ser identificados como sujeitos de direito à proteção integral, vale dizer, a ter direitos²⁷⁶ individuais, de cunho fundamental, com prioridade absoluta no tratamento (cuidado) e principalmente no orçamento, isto é, na dotação orçamentária privilegiada de recursos públicos para atendimento das políticas públicas paritária e democraticamente estabelecidas nos Conselhos dos Direitos.

A idéia de rede de garantias, na área multidisciplinar da infância e da juventude, por certo, não se limita apenas ao âmbito jurídico, na verdade, prende-se à implicação necessária entre os sistemas de direitos e garantias fundamentais então estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei Federal nº 8.069, de 13 de

²⁷⁶ CLÈVE, Clémerson Merlin. *Direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

julho de 1990 – que importam verdadeiramente numa revolução cultural orientada pelas opções políticas adotadas pelo Constituinte de 1987/1988, e, assim, insculpidas na Constituição da República de 1988, como uma fórmula solene de declaração de princípios fundamentais que estruturam o próprio Estado, isto é, a sua organização administrativa e funcional para o atendimento destas novas missões – “ordem de prioridades dos fins a que o Estado se propõe”²⁷⁷.

Esta ordem de princípios que orienta a integração entre os sistemas de garantias determina que: primeiro, crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, pois desfrutam de todos os direitos fundamentais assegurados a pessoa humana; segundo: crianças e adolescentes são detentores de direito à proteção integral; e, terceiro: crianças e adolescentes são garantidos por todos os instrumentos necessários para assegurar o desenvolvimento pleno de suas personalidades – físico, mental, moral e espiritual, em condições de liberdade e dignidade.

Em decorrência disto, cada um dos sistemas de garantias se direciona ao atendimento de cada uma destes vetores assecuratórios da dignidade da pessoa humana. Contudo, os mencionados sistemas de garantias devem funcionar de forma integrada, por assim dizer, “em rede”. Daí, pois, a denominação de “Sistema de Garantias”. As leis internas, no Brasil, devem garantir a satisfação das necessidades vitais básicas destas pessoas que se encontram na peculiar condição de desenvolvimento de suas personalidades. Direitos da criança e do adolescente são especiais e específicos e, assim, devem ser universalmente reconhecidos, haja vista a peculiar condição de pessoas em desenvolvimento da personalidade – física, moral, cultural, etc...

Os sistemas de garantias – direitos fundamentais (liberdades substanciais), medidas de prevenção (asseguramento) e políticas de atendimento – funcionam em rede como uma espécie de metodologia de atendimento e proteção integral dos direitos individuais e das garantias fundamentais, motivo pelo qual os sistemas não podem ser simplesmente desvinculados, vale dizer, muito além de se implicarem mutuamente, também, importam na diversificadas e adequadas

²⁷⁷ SILVA, Antônio Fernando do Amaral, MENDEZ, Emílio Garcia e CURY, Munir (Coords). *Estatuto da criança e do adolescente: comentários jurídicos e sociais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 17.

interpretações resolutivas das questões inerentes à infância e à juventude. As liberdades substanciais devem ser expressões das conquistas civilizatórias e humanitárias de um povo, segundo Amartya Kumar Sen²⁷⁸.

O desenvolvimento é um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam – para Amartya Kumar Sen²⁷⁹, para quem – o enfoque nas liberdades humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, as quais possuem apenas a perspectiva economicista. O desenvolvimento como expansão das liberdades substantivas/humanas dirige atenção para os fins e não aos meios.

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania – carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos, pois se “o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesmo à maioria”. A ausência de liberdades substanciais relaciona-se diretamente com a carência de um sistema bem planejado e de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais ensejando com isto privações de liberdades. Conquanto, é possível perceber que as necessidades individuais e comunitárias que impedem o alcance de tais liberdades substanciais (públicas), constituem-se em novas exigências sociais, segundo Gustavo Zagrebelsky²⁸⁰, senão, em novas pautas que demanda uma interpretação/aplicação das leis de forma a atendê-las.

A dignidade do ser humano criança assim como do ser humano adolescente é uma diferenciada dimensão da principiologia estruturante do Estado brasileiro – art. 1º, inc. III, da Constituição da República de 1988 – haja vista que demanda uma (re)construção político-cultural diferenciada não só dos segmentos sociais, mas, particularmente, da organização administrativa das instituições legalmente constituídas para o atendimento das novas funções relativas a estas novas

²⁷⁸ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 17 e ss. A liberdade é central para o processo de desenvolvimento por duas razões: 1) razão avaliatória: avaliação do progresso tem de ser feita verificando-se primordialmente se houve aumento das liberdades das pessoas; e 2) razão da eficácia: a realização do desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente de pessoas.

²⁷⁹ SEN, Amartya Kumar. *Op. cit.*

²⁸⁰ ZAGREBELSKI, Gustavo. *Manuale di diritto costituzionale: il sistema delle fonti del diritto*. Vol. I, Torino: UTET, 2000, p. 67 e ss.

cidadanias, enfim, destas novas subjetividades: criança e adolescente. De acordo com Gustavo Zagrebelsky, entende-se por interpretação evolutiva a operação que se volta a reconstruir o direito dinamicamente, consoante as exigências que a realidade social manifesta.

Porém, é preciso que se diferencie interpretação evolutiva e disposições que contêm conceitos indeterminados – como, por exemplo, “boa fé” ou “função social” –, haja vista que a interpretação evolutiva significa que a disposição jurídica sofrendo a pressão de fatores externos e válidos acerca dos fins, muda de significado, exprimindo, assim, normas que se não encontravam nas previsões iniciais. Já no caso dos conceitos jurídicos indeterminados – ou cláusulas gerais – é o legislador que por conta própria remete a outros intérpretes que aplicam o direito à determinação de “concessão” para que estabeleçam concretamente o que significa cada um daqueles conceitos. O legislador, desta forma, delega substancialmente a sua competência a outros sujeitos, os juízes em particular, os quais são colocados concretamente no interior de uma problematização acerca da idoneidade de uma tal competência. A polêmica que se estabelece, assim, gira em torno da possibilidade efetiva da interpretação evolutiva dar conta das definições jurídicas das múltiplas expressões da realidade social, motivo, inclusive, pelo qual, freqüentemente, recorre-se ao estabelecimento de cláusulas genéricas, particularmente, pelo legislador.

A partir da idéia de prevenção geral positiva da sanção penal, então, estabelecida pela dogmática jurídico-penal, olvida-se da promoção/defesa dos direitos dos adolescentes autores de ações conflitantes com a lei como a melhor forma de evitar a mera reprodução de violências no seio social, e, também, da possibilidade de investimentos – orçamento, educação, formação, capacitação – para as pessoas adultas que se encontram privadas de liberdade, enquanto fórmula de evitar a prática de outras condutas delituosas a partir do instante que por um motivo ou outro, encontrem-se fora dos respectivos sistemas de privação, ainda que seja a partir do viés ou da instância

vitimológica²⁸¹, vale dizer, todos os demais são vítimas agora mais do que potenciais tanto da violência do controle – ou de seu resultado –, quanto do controle da violência.

A democracia – e, por assim dizer, o regime democrático adotado pelo Estado brasileiro – e o princípio da dignidade da pessoa humana encontram-se intimamente ligados. A idéia dos sistemas de garantias, em rede, importa na própria noção de salvaguarda da vida digna e, assim, da garantia da construção plena da personalidade das pessoas que se encontram na peculiar condição de desenvolvimento. É preciso assumir o compromisso pessoal pela não lesão dos direitos fundamentais dos seres humanos criança e adolescente, promovendo-lhes as condições mínimas e necessárias para uma vida digna. A grande maioria das crianças e os adolescentes se encontram mais diretamente integrados nos grupos familiares formadores da estrutura social. E, bem por isso, mais distantes do âmbito público tanto social, quanto estatal. E, assim, tais dimensões públicas reiteradamente entendem ser da família a responsabilidade pelo ensino e a educação, senão, a própria responsabilização das crianças e dos adolescentes. Esta condição social, por vezes, tem lhes imposto a situação de “eternos menores”, ou seja, permanentes incapazes, e, por assim dizer, irresponsáveis, haja vista que se encontram submetidos à autoridade dos pais. Isso significa que suas relações com os demais membros da sociedade são estabelecidas por intermédio deles, senão, da família (enquanto corpo coletivo particular), principalmente diante da lei. Essa situação perdura até os dias de hoje, exigindo, assim, grande habilidade dos juristas para imaginar artifícios para diminuir e, finalmente, eliminar essas limitações – segundo Pierre Grimal²⁸². O Estatuto da Criança e do Adolescente orientado pelo primado constitucionalizado da Proteção Integral é, assim, um Estatuto da Liberdade. Isto é, uma legislação de e para pessoas livres. A limitação que pode ser realizada sobre as liberdades substanciais – direitos e garantias que

²⁸¹ PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro: Maanaim, 2007, p. 93 e ss. O Autor com apoio nas lições de Zvonimir Separovic (Professor da Universidade de Zagrebe, na Iugoslávia) oferece noção contemporânea da vitimologia, a qual “deve ter como meta a orientação para a maior proteção dos indivíduos. O seu propósito deveria ser contribuir, tanto quanto possível, para tornar a vida humana segura, principalmente a salvo de ataque violento por outro ser humano: 1 – Explorando meios para descobrir vítimas latentes ou em potencial e situações perigosas que levam à morte, lesões e danos à propriedade. 2 – Provendo direitos humanos para os que sofrem em resultado de ato ilegal ou de acidente. 3 – Incentivando as pessoas e as autoridades nos seus esforços para reduzir os perigos e estimulando novos programas para prover condições seguras de vida. 4 – Provendo meios para pesquisa na área de segurança humana, incluindo fatores vitimológicos, psicológicos e outros, e desenvolvendo métodos e enfoques inovadores para tratar da segurança humana. 5 – Promovendo um programa efetivo não só para proteger a sociedade de atos ofensivos, através de condenação, castigo e correção, mas também proteger as vítimas reais e em potencial de tais atos. 6 – Facilitando a denúncia de atos vitimizadores, o que contribuirá para atingir o objetivo de prevenção de danos futuros.”

²⁸² GRIMAL, Pierre. *Os erros da liberdade*. Campinas: Papyrus, 1990, p. 11 e ss.

atendem os interesses e necessidades mais mezinhas da pessoa humana – não raro pela intervenção estatal, deve ser condição indispensável para o asseguramento dessas mesmas liberdades, no âmbito coletivo.

Ao mesmo tempo em que a razão da velha ideologia – Código de Menores²⁸³ – vinculava-se ao paradigma da situação irregular não só estatal e social, mas, principalmente, relativa à estrutura familiar. Porém, através da transformação estatal, social e familiar – “novas circunstâncias políticas”²⁸⁴ – em alinhamento às diretrizes internacionais, no fundo, tende a descobrir e reconhecer o direito das novas emergências sociais, isto é, das novas subjetividades, entificando-as jurídico-legalmente, ou seja, salvaguardando-as em liberdades, enfim, reconhecendo-as em personalidades.

Agora, na verdade, o que se impõe é a eliminação gradual das barreiras que teimam tanto em não identificar essas novas subjetividades, quanto em não lhes reconhecer tais liberdades substanciais. Talvez, constitua-se numa das maiores conquistas democráticas a superação/eliminação dos obstáculos ideológicos e culturais a respeito dos direitos e garantias fundamentais pertinentes à criança e ao adolescente. Este é o principal desafio do Direito da Criança e do Adolescente, enquanto sistematização integrativa e protetiva dos novos valores humanitários relativos à infância e juventude, o qual gradativamente, de geração em geração, deverá superar os preconceitos culturais, até o seu completo desaparecimento, instalando-se, assim, uma nova teoria jurídica que possibilite, a partir da análise sócio-política, compreensão das regras e dos princípios protetivos, que, passe assim a regulamentar as atividades e os institutos legais nesta novel área necessariamente transdisciplinar.

“Reivindicações políticas” em prol da infância e da juventude, por certo, constituem-se em ações muito mais positivas para a abolição dos males e insatisfações até agora insuperáveis e, assim, possibilidades plausíveis de modificação do atual estado de coisas, ou seja, (con)firmação destes novos valores humanitários, do que propriamente a mera alteração legislativa, haja vista que nem sempre corresponde

²⁸³ BRASIL, Lei Federal sob nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. (Revogada).

²⁸⁴ GRIMAL, Pierre. *Op. cit.*

aos “longos esforços para estabelecer um regime que fizesse esquecer essa longa seqüência de males”²⁸⁵.

A liberdade é uma noção multiforme. A liberdade interior é pressuposto da liberdade jurídica, a qual testemunha a dignidade humana (liberdade cívica), que, por sua vez, deve necessariamente se apoiar “em leis cada vez mais claras”²⁸⁶, isto é, a lei deve predominar sobre a violência.

Os estóicos demonstraram “que tudo o que a opinião considerava, tudo o que acreditava ligado à liberdade não era mais do que ilusão” – as pessoas poderiam chegar à liberdade por suas próprias virtudes – contudo, é precisamente o meio de conquistar a verdadeira liberdade o que importa, uma vez que é possível alcançá-la através da harmonização do cumprimento da lei – limitação da liberdade/individualidade – com a vontade dos princípios – autodeterminação/limitação da liberdade/coletiva – enquanto representatividade das opções políticas legitimamente adotadas. A criança e o adolescente passam, agora, com o advento da nova Constituição da República e seguidamente do Estatuto da Criança e do Adolescente – novo Código Deontológico Protetivo – a possuírem uma situação jurídica diferenciada como sujeitos de direito (dever ser).

Contudo, as suas peculiares condições de pessoas em desenvolvimento reclamam muito mais do que esta instância jurídico-legal (dever ser), na verdade, exigem as suas presenças enquanto seres humanos nas diversas outras dimensões sociais (ser), nas políticas públicas de atendimento – educação, ensino, saúde, habitação, orçamento, etc... – ou seja, não só perante a sociedade devem ser reconhecidos os seus direitos próprios da personalidade, mas, principalmente, nas relações em que possam se encontrar com os agentes e instituições público-estatais.

A criança e o adolescente deixam de ser objeto de tutela e passam a ser sujeitos de direito, isto é, protagonistas capazes de suas próprias histórias, enfim, de praticarem atividades e cumprir obrigações, contudo, limitadas e condicionadas a peculiar circunstância de serem pessoas que se encontram em desenvolvimento de suas personalidades – mas, quem não as está?

²⁸⁵ GRIMAL, Pierre. *Op. cit.*

²⁸⁶ GRIMAL, Pierre. *Op. cit.*

Assim, com o advento da Constituição da República de 1988, particularmente, em decorrência da adoção da doutrina da proteção integral – nos arts. 227 e 228, da Magna Carta – possibilitou-se a instrumentalização (operacionalização estrutural e funcional), em rede de sistemas integrados de garantias, costurando-se, assim, metodologicamente (chaves de fechamento) proteções legais impeditivos de limitações, restrições e subtração de liberdades substanciais (abertura, condições e conceitos), quando, não, promovendo direitos, garantias e princípios fundamentais estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente e reconhecidos constitucionalmente com tais. Desta forma, os sistemas de garantias estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente muito mais do que harmonia, também, guardam entre si necessariamente implicação de necessidade recíproca, vale dizer, apenas se pode devidamente reconhecer um sentido normativo das regras pertinentes e contidas em cada um daqueles subsistemas, quando, e, tão-somente referenciam-se uma nas outras segundo a orientação sistemática estabelecida, haja vista que tais vínculos se operam pelo sentido, orientação e conteúdo (substância) agregados analiticamente aos desdobramentos possíveis de serem reconhecidos como protetivos e emancipatórios destas novas subjetividades precisamente pela pertinência que guardam com a Doutrina da Proteção Integral. Os sistemas de garantias, em rede, são vinculados e integrados entre si para atendimento das novas exigências sociais; identificando estes novos sujeitos de direito; estabelecendo proteções diferenciadas – direitos e garantias – ; regulamentando as novas relações – sociais, processuais, etc... –; enfim, assegurando-os de toda sorte de preconceito, negligência, exploração, abandono, violência, etc...

É o próprio artigo 227, da Constituição da República de 1988 que estabelece a responsabilidade compartilhada e igual entre a família, a sociedade e o Estado para o atingimento de tais metas que se relacionam, assim, diretamente com cada um destes sistemas de garantias. Esta talvez seja a principal diferença entre duas épocas, vale dizer, antes sob a égide do “Código de Menores”, no qual não se tinha a integração, mútuas implicações e relações de necessariedade entre as estruturas e organizações legalizadas/estabelecidas, para, agora, depois do advento da mencionada Magna Carta e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em particular, considerando o Estatuto da Criança e do Adolescente como um conjunto completamente estabelecido de regras que regulamentam atividades e comportamentos referentes às relações em que possam se encontrar envolvidas crianças e adolescentes, observa-se que o legislador seguindo orientação constitucional estabeleceu sistemas denominados de “garantias” precisamente para proteger e assegurar os interesses e direitos das crianças e adolescentes nos diversos âmbitos e instâncias sociais – educação, saúde, etc... – e políticas – jurídica, orçamentária, etc... – em que possam estar inseridos.

“Sistema de garantias” importa a percepção de que basicamente foram estabelecidas normas procedimentais mínimas numa espécie de Código Deontológico Protetivo que, no fundo, implicam marcos objetivos para o asseguramento do ponto de partida de uma nova concepção acerca destas “novidades fáticas” – emergências subjetivas. Porém é a integração sistemática não só com as novas pautas sociais, mas, principalmente, entre os sistemas de proteção – políticas públicas de atendimento + prevenção protetiva especial + medidas legais resolutórias e adequadas – que se dá/oferece o sentido (o determinante) do conteúdo tanto das regras de interpretação, quanto das regras que regulamentam tais atividades institucionais e os comportamentos sociais.

A orientação do sentido normativo a ser fixado pelo sistema estatal especial para resolução dos casos legais pertinentes à infância e à juventude, necessariamente, deve guardar referência, ao mesmo tempo, com cada um dos sistemas de garantias – mas, não independentemente –, mas, necessariamente, de forma integrada – isto é, implicação em rede.

Pois não se pode retornar ao passado e aceitar a cisão desta “rede integrada dos sistemas de garantias”, sob pena de quebrar, romper, limitar, restringir ou mesmo eliminar direitos individuais fundamentais, garantias e princípios fundamentais que perpassam recorrentemente todo o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo, assim, a forma de integração e costura metodológico-interpretativa (chaves de clausura).

E isto é precisamente o que o Direito Penal Juvenil²⁸⁷ ofende, pois rompe/cinde a idéia de “rede integrada dos sistemas de garantias”, haja vista que, tão-somente debruça estudos analíticos isoladamente acerca da dimensão comportamental do adolescente autor de ação conflitante com a lei, esquecendo-se (anulando) de toda e qualquer limitação operada pela contenção sistemática, em rede, estabelecida no Estatuto da Criança e do Adolescente. O sistema de garantias para aplicação de medidas apenas é sistema se guardar relação com os outros sistemas, quando, não, comunicativamente, do contrário não poderá se referenciar como tal – um sistema –, senão, tão-somente como um agregado do Direito Penal, uma vez que se aproxima da dogmática jurídico-penal e a partir de então passa a se referenciar em seus fundamentos e princípios orientativos, quando, não, nas regras procedimentais que lhe são peculiares, cindindo, desta maneira, radicalmente, com a integração sistemática protetiva do Estatuto da Criança e do Adolescente, filiando-se, pois, à dogmática jurídico-penal num verdadeiro retrocesso ideológico e metodológico do “Código de Menores”.

A atuação especial e protetiva do Sistema de Justiça Infanto-Juvenil, por certo, não se restringe à legitimação das intervenções estatais destinadas ao Poder Judiciário (Advocacia, Ministério Público e Magistratura), mas, sobretudo, distingue-se pelas ações concretas de promoção e defesa dos direitos individuais, de cunho fundamental, afetos a crianças e adolescentes, constituindo-se, assim, numa instância jurídico-legal de asseguramento. Enfim, busca-se com isto garantir (defesa) o direito à vida, à saúde (como, por exemplo, a saúde mental infanto-juvenil e o desenvolvimento sexual saudável), à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e comunitária (promoção e fortalecimento do núcleo familiar), à educação, à cultura (como, por exemplo, os espetáculos públicos), ao esporte (inclusive, produtos e serviços), ao lazer (exemplo disto, as diversões públicas), à profissionalização, à proteção ao trabalho (inclusive, com a erradicação do trabalho infantil), ao devido processo legal, à informação, à assistência judiciária gratuita, dentre outros.

Como se encontra disposto no art. 70, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, “é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos

²⁸⁷ SARAIVA, João Batista da Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

direitos da criança e do adolescente.”. Entretanto, a inobservância das regras de prevenção estabelecidas não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas, também, nas demais figuras legislativas pertinentes aos interesses e direitos individuais, difusos e coletivos afetos à infância e à juventude, também, poderá ensejar a responsabilização jurídico-legal – nos termos do art. 73, do Estatuto –, implicando, pois, na intervenção protetiva do Poder Judiciário (proteção judicial) para defesa (garantia) dos direitos assegurados às pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade – consoante disposto nos arts. 208 a 224, do Estatuto.

Destarte, a inobservância das normas de prevenção – art. 73, do Estatuto –, senão, com maior razão, a ofensa dos direitos assegurados à infância e à juventude – art. 208, do Estatuto –, ensejarão a responsabilização jurídico-legal tanto a título de criminalização (crimes) – arts. 228 a 244-A, do Estatuto –, quanto a título de limitação administrativa (infrações administrativas) – arts. 245 a 258, do Estatuto. Por certo, que a idéia de emancipação subjetiva perpassa pela própria idéia de um direito mais social, como pontua José Luís Bolzan de Moraes²⁸⁸, que, com apoio nas lições de Georges Gurvitch, procura evitar o reducionismo muitas vezes recorrente na construção de normatividades, isto é, “à simples produção social de uma normatividade”, pois, a “teorização permite vislumbrar, para além, um novo conjunto de preocupações que impõem ao direito uma nova estrutura legitimadora.”.

Isto tudo demonstra a necessidade da construção epistêmica e transdisciplinar de metodologias que contemplem os novos direitos humanos afetos à criança e ao adolescente, pois como assevera Eugen Ehrlich²⁸⁹, para a investigação e melhor compreensão dos novos acontecimentos, impõe-se a permanente elaboração de novos métodos, até porque as possibilidades analíticas são infinitas.

É preciso, pois, advertir que o Poder Judiciário enquanto Sistema de administração da Justiça, constituído não só pelas instâncias estruturais, mas, também, funcionais de aplicação do direito – como, por exemplo, legisladores, julgadores, advogados, promotores de justiça, professores, doutrinadores, acadêmicos, estagiários,

²⁸⁸ MORAIS, José Luís Bolzan de. *Op. cit.*

²⁸⁹ EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Trad. René Ernani Gertz. Brasília: UnB, 1986, p. 386 e ss. (Cadernos da UnB).

servidores, técnicos, e, todos os demais operadores que de alguma forma se vinculem com a emissão da resolução final dos casos concretos que são apresentados para julgamento – também se encontra “contaminado por essa nova economia psíquica” – conforme adverte Charles Melman²⁹⁰, para quem – “nos dias de hoje, o direito propõe uma resposta legal a todas as principais causas de conflito levantadas pela alteridade e pela desigualdade.”.

CAPÍTULO 6 – PODER FILOSOFANTE

1. CONTRIBUIÇÕES FILOSÓFICAS

Como poderá ser (re)fundada uma nova teoria jurídica que assegure os direitos fundamentais destes novos sujeitos de direito – Crianças e Adolescentes –, proporcionando-lhes a plenitude cidadã e democrática próprias e inerentes à dignidade da pessoa humana? Certamente, que a indagação formulada não importa uma única ou

²⁹⁰ MELMAN, Charles. *Op. cit.* Isto é, “o direito atual estipula que qualquer reivindicação é legítima e deve ser satisfeita, senão há injustiça e dolo. Não é mais aceitável que alguém fique sem realizar sua satisfação, deve ser levado remédio e a justiça terá esse encargo. O direito me parece, então, evoluir para o que seria agora, a mesmo título que a medicina dita de conforto, um direito ‘de conforto’. Em outras palavras, se, doravante, para a medicina, trata-se de vir reparar danos, por exemplo os devidos à idade ou ao sexo, trata-se, para o direito, de ser capaz de corrigir todas as insatisfações que podem encontrar expressão no nosso meio social. Aquele que é suscetível de experimentar uma insatisfação se vê ao mesmo tempo identificado com uma vítima, já que vai socialmente sofrer do que terá se tornado um prejuízo que o direito deveria – ou já teria devido – ser capaz de reparar. [Lebrun] Ali onde, antes, o direito organizava suas intervenções através de uma ficção, de um ideal de justiça, você introduz a idéia de um direito que em si mesmo se submete a essa nova economia e não faz mais que registrar seu funcionamento. (...) É o que os juristas chamam de necessidade de o direito se adaptar à evolução dos costumes”.

mesmo excludente resposta e ou proposição. Contudo, é certo que não se pode mais prosseguir implementando-se exegeses jurisprudenciais absolutamente dissociadas dos novos valores humanitários – de forma inconscientemente ou não – que, no mais das vezes, simplesmente guardam referência a preconceitos histórica e culturalmente construídos por uma sistematização racional conduzida jurídico-penalmente pelo binômio repressivo-punitivo.

As reflexões não podem ser singelamente reduzidas à dimensão analítico-pragmática, em que pese as louváveis e importantes contribuições das construções empíricas²⁹¹, pois, ultimamente, demonstrações racionalmente conduzidas a uma mera funcionalidade do conhecimento têm proporcionado a automação do jurídico, quando, não, no mais das vezes, apenas têm legitimado a necessidade da intervenção estatal, senão, a justificação de uma burocracia jurídica que, muito além de não servir funcionalmente às finalidades pelas quais se constituiu, possibilita resoluções incompatíveis e contraditórias aos casos concretos que lhes são apresentados e suscitados intervenção. A primeira questão que se deve pontuar quando se pretende realizar uma análise acerca da ética é precisamente a de que existe uma absoluta falta de credibilidade em fórmulas mágicas, quando, não, de algumas que se pretendem instrumentalmente ideais para orientação de posturas profissionais e mesmo de comportamentos humanos.

Assim, ressalva-se desde já qualquer pretensão neste sentido e muito menos procurar estabelecer critérios ou parâmetros técnico-científicos para um comportamento ético-profissional não só dos julgadores, mas, também, de todos os demais protagonistas que ativa ou passivamente participam da concretização – aplicação/interpretação – do texto legal, na resolução de questões pertinentes ao âmbito jurídico. A análise acerca da proposição de uma ética, contudo, pode muito bem se realizar sobre a metodologia que se emprega para o aprofundamento das reflexões desta temática que cotidianamente é banalizada por conta da pragmaticidade que se impõe ao Sistema de Justiça, o qual quase sempre assume o risco sob o epíteto resolutivo de dar solução – anulação ou rompimento – ao conflito, ao invés de buscar

²⁹¹ OLIVEIRA, Roberto Cardoso. *Razão e afetividade: o pensamento de Lucien Lévy-Brühl*. 2ª ed. Brasília: UnB; Paralelo 15, 2002, p. 64. Segundo o autor, “as demonstrações filosóficas não seriam outra coisa senão resultados pouco evidentes e nem sempre conscientes, nos quais estariam entrelaçadas crenças e reflexões racionalmente conduzidas. E são esses resultados, com frequência obscuros, que ‘decidem, muitas vezes sem o saber, sobre a direção moral da vida.’”

outras construções criativas para a sua administração, senão, da própria administração da justiça. Por isso, aqui, observa-se também no texto constitucional a necessidade de legislação que regulamentasse os variegados âmbitos de atuação, estruturando-se, assim, a Lei Federal sob nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, através da qual se instrumentalizaram os novos institutos jurídicos, tornando-os operacionalizáveis para o efetivo atendimento dos direitos e interesses inerentes a esta nova cidadania, então, constituída por esta nova subjetividade: crianças e adolescentes. A este conjunto normativo e principiológico, complexo e sistematizado, é possível reconhecer uma nova e emergente seara jurídica, qual seja, o novel Direito da Criança e do Adolescente não só vinculado ao aspecto objetivamente legal que o constitui e estabelece, mas, também, considerado como uma estratégia metodológica transdisciplinar protetiva e especial. O estabelecimento de uma nova dimensão jurídica, por certo, importa na própria (re)fundamentação epistemológica que signifique a superação – emancipatória – das limitações legislativas, então, vigentes. A consolidação de uma estratégia epistêmico-metodológica transdisciplinar, de cunho protetivo e especial, enquanto matiz desta nova seara jurídica, necessita do estabelecimento de seus marcos teóricos – princípios, regras de interpretação (hermenêutica própria e emancipatória), metodologia, fundamentos e objetos específicos – para a constituição de uma teoria do conhecimento específica sobre os direitos e interesses indisponíveis da criança e do adolescente.

Com isto, a virada paradigmática que se propõe a partir deste novel Direito da Criança e do Adolescente, funda-se precisamente nos moldes de análise, investigação e interpretação da realidade em que se está inserido, no desvelamento das causas nem sempre visíveis ou consideráveis para depor sobre a situação e o estado atual dos jovens que vivem no Brasil. A Constituição Federal de 1988 e a sob nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, constituem-se nas “Leis de Regência” que estabelecem o Direito da Criança e do Adolescente, enquanto subsistema jurídico, de viés transdisciplinar.

No entanto, é importante ressaltar desde já que através das referidas “Leis de Regência”, por certo, não se pode admitir o mero estabelecimento de uma espécie de metodologia científica, mas, sim, necessariamente, que se mantenha a equidistância adequada das lógicas dedutivas e indutivas, baseando-se nas

circunstâncias do suporte fático, sem, contudo, possibilitar, com isto, a imposição de um controle vinculado apenas ao âmbito comportamental, e, por isso, constituir-se meramente numa “fórmula fundamental” de exclusão e anulação da própria pessoa.

O problema atual do direito da criança e do adolescente é precisamente este, qual seja, a falta de implementação não só dos direitos e garantias fundamentais afetos à infância e a juventude, então, estabelecidos na Constituição Federal de 1988, mas, também, da operacionalização dos novos institutos jurídicos regulamentados pela Lei Federal sob nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – justamente por falta de uma teoria jurídica que disponha de metodologia interpretativa e normas integrativas particularmente própria à instância hermenêutica específica que possa superar (emancipar) os métodos de interpretação técnico-jurídica vinculados exclusivamente à literalidade legal.

É preciso estabelecer uma teoria do conhecimento a partir de uma interpretação – (re)significação epistemológica superadora e fundamental – cujos marcos teóricos sejam os direitos humanos destinados especificamente às crianças e aos adolescentes, pois, assim, é possível estabelecer uma efetiva proteção aos seus direitos e garantias, ao se promover e defender o asseguramento dos direitos mais comezinhos e fundamentais da personalidade humana destas novas subjetividades.

Isto é, torna-se necessário o estabelecimento de uma estratégia epistêmico-metodológica transdisciplinar que estabeleça uma teoria do conhecimento específica para este novo ramo do saber jurídico. Esta nova teoria do conhecimento a ser (re)fundada, na verdade, deve ser um momento de (re)descoberta e (re)criação destas novas subjetividades. As crianças e adolescentes que vivem perambulando e vagando sem rumo pelas ruas das cidades sem qualquer referenciabilidade – pois, sequer constam dos índices estatísticos oficiais – devem ser agora alcançadas por políticas públicas permanentes que serão implementadas através da dotação orçamentária de recursos públicos específica e com absoluta prioridade. De igual maneira, deve estabelecer parâmetros valorativos para um direito novo que contemple adequadamente as novas circunstâncias e contingências, quando, não, ser sempre um momento de (re)significação do direito existente, ou seja, o desvelamento de “algo” que sempre existiu e que já se encontrava na própria lei, porém, com significação

ideologicamente diversa, pois, delimitada pela concepção dominante do direito, por determinados grupos e interesses nem sempre confessáveis.

Conquanto, é precisamente esta nova denominação – aqui, o novo direito da criança e do adolescente – que dará sentido novo ao querer/desejo comum da infância e juventude brasileira. Os seres humanos, e, aqui, particularmente, a criança e o adolescente enquanto novas dimensões da subjetividade, ultimamente, têm experimentado uma nova espécie de convivência conflitiva precisamente estabelecida pela tensão permanente resultante do compartilhamento concomitante entre o individual e o coletivo – leia-se social. Enfim, é preciso perceber o direito da criança e do adolescente “nas suas dimensões sensíveis a partir da sua vivência concreta”, pois somente assim será possível estabelecer um novo “senso de juridicidade” acerca dos valores humanos em prol da infância e da juventude, assegurando-lhes a realização de “suas potencialidades, seus valores materiais, espirituais e sociais”, então, “fomentado por uma cultura jurídica humanista, que tenha em meta a efetivação dos direitos fundamentais”, como bem salienta Daury César Fabríz²⁹².

Assim, para uma nova (re)fundamentação epistemológica (significativa) teórico-pragmática para o estudo, estabelecimento e efetivação dos valores humanos prioritariamente pertinentes à infância e à juventude, torna-se indispensável o afastamento da tendência setorialista de um ou mesmo exclusivo campo do conhecimento, fundando-se, desta maneira, uma nova necessidade epistemológica, vale dizer, uma necessária transdisciplinaridade²⁹³.

E é precisamente através de uma necessária transdisciplinaridade – práticas culturais e disciplinares múltiplas – que se poderá agora constituir e regular estas novas formas de subjetividade, quais sejam: crianças e adolescentes. Pois, somente assim será possível contemplar os diferentes e particulares aspectos subjetivos que durante muito tempo – e, inclusive, ainda atualmente – escaparam aos modelos tradicionais de racionalidade²⁹⁴.

²⁹² FABRIZ, Daury Cesar. *A estética do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 243 e ss. O Autor ressalta a “importância de uma *vivência constitucional* efetiva, viabilizada por uma hermenêutica ampliada, cujos princípios e técnicas de interpretação, devem sintonizar-se com os princípios de uma Constituição democrática.”

²⁹³ MORAIS, José Luis Bolzan de. *A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998. De acordo com Maria Luiza Furtado Kahl, é preciso “transgredir os limites das especialidades, atravessar e se deixar atravessar por outros saberes, indisciplinar-mo-nos, enfim”.

²⁹⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. Op. cit.

Porém, nem sempre é possível desvencilhar-se facilmente dos problemas filosóficos, ou seja, das novas metáforas – com Ludwig Wittgenstein, segundo Arley R. Moreno²⁹⁵ – pois é preciso romper com o filosofar no momento que se pode ter consciência da mera reprodução, talvez, a cada momento desse, torna-se possível uma verdadeira e renovada descoberta, enfim, o objetivo filosófico aqui é “mostrar à mosca a saída do vidro.”²⁹⁶.

Eis, pois, “o desejo de uma razão competente”, segundo Bortolo Valle²⁹⁷, para quem no processo de formulação dos discursos, já está presente a exigência de um novo discurso, e encantados pela alquimia dessa construção, os filósofos são conduzidos, no desejo de explicar, cada vez mais longe do ponto de partida”, enfim, como pressupõe o Autor, “desenhou-se o labirinto da filosofia.”.

1.1. CONTEXTUALIZAÇÃO DA VERDADE JURÍDICA

A noção de “verdade jurídica” – seja ela decorrente da perscrutação processual civil, penal ou administrativa – é uma significação que se vincula à idéia de constatação de um acontecimento ocorrido numa da realidade – tempo e espaço – construída. Desta forma, constituindo-se a “verdade jurídica” numa tentativa de reconstrução de um acontecimento constatado numa dada realidade construída – ou mesmo reprodução mais próxima possível do que aconteceu –, deve ser alcançada como o resultado de um exercício metodológico complexo. Neste sentido, *mutatis mutandis*, utilizando-se da metodologia empregada por Aurélio Wander Bastos²⁹⁸ para o desenvolvimento de análises retrospectivas, importa ressaltar o cuidado e a adoção de um critério fundamental para tal desiderato, qual seja: a contextualização. A contextualização implica na consideração das circunstâncias e das condições presentes e que limitavam aquela realidade (segundo o binômio tempo-espaço) – vale dizer, os parâmetros que o próprio passado impõe, e, não, diversamente, de acordo com a percepção atual, dissociada daqueles limites temporal e espacial, e, condicionada,

²⁹⁵ MORENO, Arley M. *Wittgenstein: os labirintos da linguagem; ensaio introdutório*. São Paulo: Moderna; Campinas: Unicamp, 2000, p. 83 e ss. (Coleção Logos).

²⁹⁶ MORENO, Arley M. *Op. cit.* Alerta o Autor acerca da postura filosófica de Wittgenstein que “a filosofia, para ele, não é uma atividade criadora; ela não cria teses nem resolve contradições – ela deixa tudo como está. Sua única função positiva é, mais uma vez, negativa, ou seja, fazer com que os problemas filosóficos desapareçam completamente.”.

²⁹⁷ VALLE, Bortolo. *Wittgenstein: a forma do silêncio e a forma da palavra*. Curitiba: Champagnat, 2003, p. 103 e ss. (Coleção Filosofia, 2).

²⁹⁸ SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa* (Qu'est-ce que le tiers état?). 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. xxviii.

agora, por parâmetros outros. Como indica Aurélio Wander Bastos²⁹⁹, para desenvolver abstrações retrospectivas, torna-se exigível um aprendizado preliminar: “é imprescindível aprender a abstrair-se sobre o próprio passado, colocar-se no passado como se fosse o futuro. Este exercício metodológico não é simples; ao contrário, é bastante complexo: abstrair-se sobre o passado implica necessariamente em raciocinar com os parâmetros que o próprio passado impõe, sem se circunscrever aos seus próprios limites.”. Por isso mesmo, o estudo do direito não pode mais se limitar à sua expressão legal ou cientificista, isto é, destinar suas preocupações às condições de legalidade, de validade dos atos jurídicos e ou com sua conformidade às normas que os autorizam – como adverte Chaïm Perelman³⁰⁰.

Os principais inconvenientes da Teoria Pura do Direito fixam-se na separação rígida entre o direito e o fato social, bem como nas concessões excessivas ao arbítrio do órgão julgador dentro do âmbito da lei, desprezando-se, assim, o papel essencial da regra de justiça formal que requer tratamento igual para situações essencialmente semelhantes, senão, pela completa recusa a toda referência que se faça aos juízos de valor como que justiça e equidade fossem valores alheios ao âmbito do Direito³⁰¹. Os expulsos sociais são as crianças e os adolescentes que se encontram em situação de rua. Para estas crianças e adolescentes já não se importa uma verificação de exclusão e ou de injustiça social, mas, sim, impõe-se uma metodologia reversiva que lhes proporcione a identificação inclusiva, pois, encontram-se para além dos limites sociais da exclusão social e da indiferença estatal. Apenas passam a ser identificados pelo grupo social, quando, não, pelas instâncias estatais, no preciso instante em que praticam uma ação conflitante com a lei, haja vista que antes disto não eram considerados sequer como fatores e ou índices nas estatísticas oficiais – por conclusão, muito menos para atendimento de suas necessidades vitais básicas pela estrutura funcional do Estado. As crianças e adolescentes em situação de rua vivem e morrem a mercê da total indiferença da sociedade e do Estado, experimentam a miséria extrema, a fome persistente, as vidas miseráveis e a total desesperança, culminando, pois, a cada

²⁹⁹ SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *Op. cit.* Na apresentação de Aurélio Wander Bastos, destaca-se que “a regra para se compreender a exata dimensão do passado é observá-lo com seus próprios olhos, com seu quadro de valores e dúvidas.”.

³⁰⁰ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 91 e ss.

³⁰¹ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.* Segundo o Autor, “é impossível identificar o direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõem-se a todos aqueles para quem o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça”.

ano, na morte de crianças e adolescentes por falta de alimento, assistência médica ou social³⁰². A criança e o adolescente a quem são negados a oportunidade do aprendizado escolar básico não só são destituídos de sua infância e juventude, mas, também, são desfavorecidos por toda a vida. As pessoas que se encontram nesta peculiar fase de desenvolvimento da personalidade são mais suscetíveis de anulação quando não dispõem de atendimento de suas necessidades mais mezinhas, como também e em razão disso tem sido negada a liberdade para realizar várias outras coisas que ele pode desejar como ser humano responsável³⁰³.

Nesta nova seara jurídico-social, é precisamente a vertente doutrinária da proteção integral, prioritária e especial oriunda da diretriz internacional dos direitos humanos que serve como marco teórico – razão profunda – para (re)fundamentar significativamente os institutos que nesta área jurídica deverão ser (re)estabelecidos conceitualmente para produção dos efeitos adequados, na prática, à resolução das importantes questões relacionadas à criança e ao adolescente. O conhecimento que se tenha de estabelecer, enquanto instância hermenêutica transdisciplinar do direito da criança e do adolescente, principalmente, para a (re)significação teórico-pragmática transcendental dos institutos jurídico-normativos objetivamente consignados neste novel código deontológico protetivo, em que se constitui o Estatuto da Criança e do Adolescente, quando, não, para a própria busca de respostas das novas e complexas questões que já se apresentam, no fundo, demanda uma razão emancipatória. A construção de políticas públicas efetivamente emancipadora da humanidade não pode desprezar a emergência destas novas subjetividades – criança e adolescente.

Pois, como já se pontuou, tanto a criança, quanto o adolescente é algo raro que advém intempestivamente para alterar as rotinas e os sentidos estabelecidos e produzir o novo³⁰⁴. E isto, por certo, exige a construção de uma espacialidade pública da palavra e da ação³⁰⁵ própria para a discussão de questões tão importantes quanto os relativos à infância e a juventude, quando, não, própria para o estabelecimento de um processo argumentativo fundamentado numa (re)conceituação da autonomia pessoal como necessidade primordial da condição humana. As novas necessidades humanas e

³⁰² SEN, Amartya Kamur. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 320.

³⁰³ SEN, Amartya Kamur. *Op. cit.*

³⁰⁴ De acordo com Maria Luiza Furtado Kahl, “Considerar o Sujeito como algo raro, algo que advém intempestivamente para alterar as rotinas e os sentidos estabelecidos e produzir o novo...”. In MORAIS, José Luis Bolzan de. *Op. cit.*

³⁰⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

o próprio significado da autonomia da pessoa estão por (re)construir o próprio sentido de dignidade da pessoa humana. Ultimamente, o respeito³⁰⁶ tem oferecido uma experiência muito mais humanizante e construtiva do que tudo o que se produziu com critério de justiça.

A justiça enquanto solução jurídico-normativa, por vezes, tem alcançado a resolução adequada de questões que requerem compreensão maior que o meramente legal. Para tanto, tem sempre se apoiado na idéia de valores humanos que originariamente se vincula à noção de respeito e centralidade da pessoa. O respeito, neste sentido, nada mais é do que um sentido da vida – e, não, meramente um sentimento – que referencia a relação humana. O respeito é significado então como responsabilidade social, enfim, responsabilidade pelo outro. E este respeito – muito mais do que a mera tolerância – é sinal de (re)conhecimento do “outro” e não diversamente a sua negação eliminativa. Assim, o respeito como sinal de responsabilidade é a possibilidade do “outro” que (re)significa o próprio “eu”. Respeito é responsabilidade pelo outro. Respeitar é o primeiro passo para a conscientização do ser humano, pela responsabilidade pelo outro.

A finitude humana, os limites jurídico-legais, enfim, as demandas próprias da existência humana já tornou necessária a transcendência cognitiva acerca dos valores que assim emergem com as novas titularidades subjetivas no seio das diversas coletividades. Aos apelos de se fazer justiça, enquanto resolução jurídica ofertada pela interpretação/aplicação de textos legislativos, com base num normativismo que pretende preencher a complexidade da própria existência humana, senão, particularmente, pertinente das relações sociais que se estabelecem intersubjetivamente – dentre elas especificamente as relações jurídicas, caracteristicamente, relações de poder.

O respeito é um sinal de profunda responsabilidade pelo outro³⁰⁷. O respeito é enfim a própria postura pessoal que se tem pelo valor adotado democraticamente. Pois, tudo o que se tem democrática, civilizatória e

³⁰⁶ MACCORMICK, Neil. *Derecho legal y socialdemocracia: ensayos sobre filosofía jurídica y política*. Trad. María Lola González Soler. Madrid: Tecnos, 1990, p. 134. Segundo o Autor, “creer en el respeto a las personas es, sin duda, una precondition esencial para creer en los derechos morales, y el respeto a las personas es un principio moral fundamental y primario.”

³⁰⁷ APEL, Karl-Otto. *Estudios de moral moderna*. Trad. Benno Dischinger. Petrópolis: Vozes, 1994.

humanitariamente construído deveria ser necessariamente respeitado. O respeito aqui considerado como marco ético e valorativo é precisamente a (re)aproximação pela humanidade. O respeito (re)significado como valorização humana fundada na responsabilidade pelo outro, vincula-se, assim, a própria pessoa humana.

O respeito para fazer e dar sentido à própria existência humana deve, então, ser o marco teórico-valorativo que (re)conduza a pessoa humana para o centro de importância – núcleo irreduzível – de toda e qualquer relação sociais (“de poder” e, especificamente, dentre elas as “jurídicas”). Apenas assim será possível o (re)estabelecimento da instrumentalidade normativa para a realização da pessoa humana e, principalmente, para a transcendência da própria humanidade, possibilitando-se, assim, a emancipação das novas subjetividades que emergem intempestivamente a todo o momento da própria existência humana. O respeito enquanto responsabilidade pela pessoa humana, constitui-se assim na vinculação às liberdades substanciais então objetivadas estruturalmente nas normas superiores de validade que configuram o próprio Estado de Direito. É importante dizer que isto se ocorre, por opção política, e, não necessária e estritamente jurídica.

A proposição de uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar para o direito da criança e do adolescente, no fundo, é uma tentativa diferente para equacionar não só as questões relativas à infância e à juventude, mas, especificamente, também oferecer elementos para maior discussão do pensamento constituinte de um novo conhecimento humanitário relativo àquelas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento.

Por isso, que, aqui, também se cuida das demonstrações filosóficas que buscam sustentar opções que por vezes não são decorrentes de procedimentos legítimos senão resultantes de comprovações “pouco evidentes e nem sempre conscientes, nos quais estariam entrelaçadas crenças e reflexões racionalmente conduzidas, consoante adverte Roberto Cardoso Oliveira³⁰⁸. Até porque, a principal questão que deve aqui se fundar é o respeito e responsabilidade por este “outro” que se encontram numa das condições humanas peculiares da vida, impondo-se, pois, a

³⁰⁸ OLIVEIRA, Roberto Cardoso. *Razão e afetividade*: o pensamento de Lucien Lévy-Bruhl. 2ª ed. Brasília: UnB; Paralelo 15, 2002, p. 62 e ss. Segundo o Autor, “são esses resultados, com frequência obscuros, que ‘decidem, muitas vezes sem o saber, sobre a direção moral da vida.’”.

(re)orientação cognitiva acerca da idéia de responsabilidade que deve indicar uma “certa humanização da razão”³⁰⁹.

1.2. CRISE DO DIREITO

A crise do direito equivale à própria crise do regime democrático, pois, indiscutivelmente, enseja a construção de formas neo-absolutistas do poder público, isentas de limites e de controles, governadas por interesses fortes e nem sempre confessáveis³¹⁰. Em vista disto, torna-se imperativo a inadmissibilidade das reiteradas e sistemáticas violações às regras jurídicas, principalmente, quando praticadas pelos circunstanciais e contingentes exercentes de cargos públicos. Conquanto, uma possibilidade de controle e limitação de tais desvios de poder, muito bem pode ser estabelecida através da vinculação normativa aos vínculos substâncias, com a constituição de um sistema de garantias que se efetive através da implementação das opções políticas democraticamente adotadas em prol dos direitos humanos internalizados como direitos fundamentais.

A oposição aos princípios do ordenamento jurídico é caracteristicamente uma noção difícil de se analisar teoricamente, mas de uma grande importância prática, segundo Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero³¹¹, os quais entendem que é necessário o deslocamento do foco analítico-jurídico do estudo da norma jurídica que apenas privilegia a abordagem dos seus traços estruturais – teoria estática – para centrar-se na maneira como argumentativamente operam as normas, isto é, no elemento funcional, dinâmico, das mesmas. Desta forma, num Estado Constitucional de Direito, os princípios jurídicos possuem uma especial importância. Inclusive, em importância também se afiguram aquelas instituições que se vinculam intimamente a tais princípios. Em múltiplos níveis e por variegadas formas, constata-se atualmente uma crise profunda e crescente do Direito³¹². Os aspectos desta crise, no sentir de Luigi Ferrajoli³¹³, podem ser pontuados como:

³⁰⁹ OLIVEIRA, Roberto Cardoso. *Op. cit.*

³¹⁰ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Trajetórias jurídicas: desafios e expectativas*. Florianópolis: Habitus, 2002.

³¹¹ MANERO, Juan Ruiz e ATIENZA, Manuel. *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta, 2000, p. 09-10.

³¹² RAMIDOFF, Mário Luiz. Ministério Público substancial: por uma atuação cidadã, ética e independente. In CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 14º, Livro de Teses: *O Ministério Público e a cidadania plena*. Recife, Vol. 3, p. 11-16, 2001.

³¹³ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. in OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89-109.

a) a crise da legalidade que se expressa na perda do valor vinculativo associado às regras pelos titulares dos poderes públicos, isto é, na ausência ou na ineficácia dos controles, e, conseqüentemente, na ilegalidade do poder; b) a crise do Estado Social, vale dizer, a inadequação estrutural das formas do Estado de Direito às funções do Welfare State, agravada pela acentuação do seu caráter seletivo e desigual; e c) a crise da tradicional hierarquia das fontes, ou seja, o deslocamento dos lugares de soberania, em face do enfraquecimento do constitucionalismo.

Os princípios jurídicos de um ordenamento jurídico, no fundo, devem guardar relação direta com os vínculos substanciais que devem não só ensejar o desenvolvimento das funções públicas. Pois, os princípios orientativos de um ordenamento jurídico não podem sofrer a pecha de serem considerados legais ou ilegais, mas, sim, apenas se submeterem à verificação de sua aplicação ou não enquanto expediente orientativo para a resolução de um determinado caso concreto. E, assim, sobretudo, tais princípios devem limitar a atuação dos poderes mais discricionários, submetendo-os, também, à observância da lei. Com isto, demonstra-se que o fundamento do Direito – guardando idéia com o de um ordenamento jurídico –, vincula-se a partir da noção de consenso, segundo Norberto Bobbio³¹⁴, que, no Brasil, pode ser traduzido a partir da construção de uma organização, estruturação e funcionalidade constitucional que sistematizou normativamente – ou seja, critério/qualidade de juridicidade – as opções políticas (juízos de valor), transformando-as, assim, nos vínculos substanciais que (re)personalizam as relações sociais, dentre elas as jurídicas, determinando e submetendo, principalmente, a atividade das instituições públicas. Enfim, é preciso ser considerado até que ponto os descaminhos³¹⁵ na implantação das Leis de Regência – Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente – têm determinado a própria insustentabilidade teórico-pragmática do direito da criança e do adolescente tanto para a resolução das questões que lhes são afetas, quanto a inação dos diversos segmentos sociais e estatais.

1.3. FILOSOFIA EMANCIPATÓRIA

³¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília: UnB, 1999, p. 65-70.

³¹⁵ BAZÍLIO, Luiz Cavalieri. *Crianças e adolescentes: produção de conhecimento em um programa de pós-graduação*. Rio de Janeiro: Ravil, 2004, p. 29.

Por filosofia emancipatória, isto é, por um poder filosofante na e para constituição, validade e legitimação de um conhecimento específico, vale dizer, de uma propedêutica jurídico-protetiva de viés transdisciplinar que possa (re)fundar epistemologicamente o direito da criança e do adolescente, tanto quanto doutrina – saber paradigmático –, quanto metodologia – métodos e técnicas –, certamente, impõe-se a superação racional que cotidianamente se opera socialmente nos lugares comuns compartilhados e certificados cientificamente.

É preciso romper com uma, por assim dizer, “adesão natural ao mundo”³¹⁶, isto é, com uma racionalidade consoladora que lógica e discursivamente se adapta a qualquer causa, enfim, a qualquer razão. E isto muito bem pode se operar através da filosofia materialista que se caracteriza por ser “um método heurístico e uma filosofia crítica: ele nos incita a reexaminar e a apresentar, sob novos aspectos, a constituição aparente das coisas”, segundo Bertrand Saint-Sernin³¹⁷, para quem “enquanto não tivermos, correndo riscos e perigos, chegado ao limite do materialismo metodológico, não veremos o próximo rosto da razão. (...) pois ele implica uma atitude ética precisa. (...) O materialismo é a escola do desnudamento e da autonomia trágica. Será ele a palavra final da honestidade filosófica?”.

Uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar que busque inscrever o direito da criança e do adolescente também no marco filosófico deverá insofismavelmente revelar o lugar de que parte esta nova economia psíquica – pensamentos e ações –, ou seja, para além do desvelamento das novas idéias, métodos e hipóteses, assim como num “trabalho de genealogista”³¹⁸, impor-se-á a revelação de suas origens filosóficas, políticas, ideológicas, dentre tantas outras vertentes.

2. PODER FILOSOFANTE

A idéia de elaborar uma pesquisa e desenvolver estudos transdisciplinares que possibilitem a colaboração de argumentos e fundamentos a favor

³¹⁶ SAINT-SERNIN, Bertrand. *A razão no século XX*. Trad. Mário Pontes. Brasília: UnB; Rio de Janeiro: José Olympio, 1998, p. 207 e 208. Segundo o Autor, as “postulações antinômicas significam que a razão só se manterá de pé se sustentada pela multiplicidade dos indivíduos e das cidades.”.

³¹⁷ SAINT-SERNIN, Bertrand. *Op. cit.* O Autor conclui que “o espírito só se conhece a si mesmo – e ao universo – quando renuncia a pensar ou agir como se fosse beneficiado por uma ajuda externa.”.

³¹⁸ SAINT-SERNIN, Bertrand. *Op. cit.* Para o Autor “a ‘crítica da razão’ repousa sobre um trabalho de genealogista: às idéias, aos métodos e às hipóteses não se pede simplesmente que provem sua eficácia, mas também que revelem suas origens.”.

da democracia e a promoção dos Direitos Humanos, decorreu mesmo da angústia ensejada pela injusta exclusão social, de um lado, e, da ansiedade por descobrir novos horizontes que pudessem oferecer, muito além de respostas diferenciadas, também, condições de possibilidade para que se pudesse optar um pouco mais livre e conscientemente por um projeto de vida melhor tanto individual, quanto coletivamente.

Karl Popper³¹⁹ acredita que ser filósofo é algo que necessita de justificação, em que pese não se sentir orgulhoso de ser designado como tal. Pois, segundo o Autor na longa história da filosofia há mais controvérsias filosóficas de que se envergonha, do que as que pudessem lhe orgulhar. A justificativa, contudo, do autor, para que se tenha uma motivação para a necessidade de raciocinar sobre a filosofia – ou mesmo à existência dela – é precisamente a tarefa da filosofia e a justificação da sua existência de fazer exame crítico de determinadas suposições e considerações não críticas que, inclusive, por vezes, possuem caráter filosófico. Até porque, estes pontos de partida não críticos só poderão ser considerados verdadeiros ou falsos através de um exame crítico.

As concepções filosóficas não críticas são credos filosóficos não críticos que carecem de demonstração crítica, ou seja, que necessitam de uma investigação crítica. A existência destas concepções constitui a justificação de ser filósofo, vale dizer, de alguém que as discuta e as submeta à crítica. O deslocamento que se opera é o do desinteresse em descobrir a “verdade” – essência – sobre as coisas para então se buscar os motivos – razões (racionalidade) – dessas coisas. Em decorrência disto, assevera Popper que toda e qualquer discussão racional só é possível entre pessoas que são da mesma opinião no que diz respeito aos conceitos básicos mais importantes.

Estes núcleos irredutíveis e de consenso – que alguns filósofos desde a muito têm denominado de universais – constituem-se, no fundo, em paradigmas compartilhados por um determinado grupo de pesquisadores com vigência e eficácia condicionada à própria autoridade de uma refutabilidade convincente dos vícios e falsificações que lhes são dirigidas. Então, torna-se duvidosa a possibilidade de discussão racional dos problemas fundamentais. E isto, então, será decorrência da

³¹⁹ POPPER, Karl. *O racionalismo crítico na política*. 2ª ed. Brasília: UnB, 1994, p. 61 e ss.

compreensão de que apenas se pode chegar a um acordo, numa discussão racional, caso se estabelecido desde o início um âmbito lato de conceitos básicos compartilhados – universais. No entanto, tal concepção é estarrecedora quando se tem em vista a freqüente impossibilidade de grupos – círculos culturais – manterem uma conversação, mas apenas luta, enfraquecendo mesmo o sentimento de humanidade entre as pessoas.

Enfim, de acordo com a idéia de Karl Popper, todas as pessoas são filósofos, pois têm teorias filosóficas e agem motivados pelos seus fundamentos. Contudo, ao agir, não percebem que aceitam acriticamente verdades de uma certa concepção de mundo ou teoria de tudo refutável, precisamente, por não terem sido criticamente falseadas. Desta maneira, a tarefa própria da filosofia consiste em examinar criticamente opiniões filosóficas infundadas e, muitas vezes, inconscientes, corrigindo-as quando necessárias – segundo Karl Popper. E quando possível! Entretanto, adverte Popper que a necessidade de retificar as opiniões dos filósofos profissionais não constitui desculpa suficiente par a existência da filosofia³²⁰.

A ciência ou o conhecimento científico, na concepção clássica, representa uma forma de conhecimento especialmente assegurado ou, pelo menos, mais certo que o tipo de conhecimento resultante da observação e experiência. Conquanto, a observação e a experiência levariam a delinear uma hipótese, a qual seria examinada, de novo confirmada e finalmente aceita como uma teoria cientificamente demonstrada³²¹.

Os prognósticos detalhados, contudo, podem receber alguns afrouxamentos que se operam através de uma teoria concorrente, a qual simultaneamente pode apoiá-los, mas, também, aproveita para sustentar-se de forma completamente diferente. Nada obstante, um afrouxamento pode ser extremamente reduzido e possivelmente explicado dentro da própria teoria que possui prognósticos detalhados.

A mudança que se opera na concepção do caráter do conhecimento científico se dá em função de que as teorias científicas não permanecem mais invariavelmente hipóteses, ou mesmo que a própria teoria científica melhor

³²⁰ POPPER, Karl. *Op. cit.*, p. 63.

³²¹ POPPER, Karl. *Op. cit.*, p. 64.

fundamentada pode sempre ser desalojada por outra ainda melhor, mas, sim, que, cada teoria deve apresentar uma predecessora bem sucedida e devidamente comprovada, como uma aproximação³²². Eis, pois, a explicação do motivo do êxito da teoria precedente, ou seja, serve como um foco que ilumina condições de possibilidades para o desenvolvimento permanente. Pois, como afirma Karl Popper, nenhuma teoria científica pode jamais ser considerada como inequivocamente fundamentada ou provada³²³.

A questão central é a constituição teórica do conhecimento específico que se cuida, vale dizer, a metodologia que deve ser empregada para o trabalho de análise e “reconstrução crítica de um sistema proposicional”, segundo Luiz Alberto Warat e Rosa Maria Cardos da Cunha³²⁴, a partir do qual seja possível evidenciar os pressupostos e as teorias através de “um efetivo controle epistemológico, que articulem e façam a crítica da relação desenvolvida entre o conhecimento e a realidade, ou de outra forma, da teoria e prática, não há saber que transcenda os umbrais da produção ideológica.”.

2.1. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAIS EMANCIPATÓRIAS

A filtragem constitucional demanda interpretação emancipatória baseada nos valores humanos – hodiernamente denominada de “conforme” – ainda que reafirmando a sua autoridade hermenêutica nas liberdades substanciais democraticamente conquistadas e garantias, por vezes, em contraposição mesmo à razão do Estado, superando-se, assim, a onipotência legislativa sustentada por uma “racionalidade instrumental-dogmática”³²⁵.

³²² POPPER, Karl. *Op. cit.*, p. 65.

³²³ POPPER, Karl. *Op. cit.*, p. 65.

³²⁴ WARAT, Luiz Alberto e CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *Ensino e saber jurídico*. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977, p. 30 e ss. Para os Autores “é tarefa dos juristas contemporâneos construir uma epistemologia jurídica que supere a pré-epistemologia kelseniana e que analise as teorias existentes a partir do modo em que foram constituídas. Esta tarefa crítica não pode estar divorciada da prática social e judicial de onde as mesmas emergiram e da forma pelas quais são transmitidas.”.

³²⁵ APPIO, Fernando Eduardo. *Interpretação conforme à constituição: instrumento de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais*. De acordo com a Lei 9.868/99. Curitiba: Juruá, 2002, p. 33 a 37. De acordo com o Autor, “a interpretação conforme à Constituição é garantia constitucional de controle da constitucionalidade das leis, podendo ser utilizada mesmo que lei infraconstitucional não a preveja de modo expresso; (...) ressalte-se que a interpretação conforme não tem a natureza jurídica de ‘método’ de interpretação, pena de confundi-la com os métodos já existentes na doutrina tradicional (...) a interpretação conforme não tem a natureza jurídica de princípio constitucional, na medida em que se mostra mais como uma projeção do princípio da supremacia vertical da Constituição do que um princípio autônomo, através de técnica de controle da constitucionalidade.”.

Alexandre Morais da Rosa³²⁶, contudo, opta por adotar o controle de constitucionalidade de concepção aberta, isto é, com apoio em Peter Häberle, procura romper com o que denominou de “enclausuramento da (possibilidade) hermenêutica do texto constitucional. O processo de atribuição de sentido passa, desta feita, a ser compartilhado com a própria sociedade, por meio da linguagem. Assim é que a concretização da Constituição, vista como documento constituinte da própria sociedade, mediada por essa dimensão hermenêutica, tende a ser mais dialogada, democrática e efetiva.”.

As transformações não só da estrutura e da funcionalidade institucional devem ser permanentes e incessantes, mas, também, da ideologia política para que seja possível empreender mudanças culturais, consoante as ansiedades fundamentais da sociedade e a realidade circundante. A legitimidade das expectativas sociais que devem ser atendidas pelo instrumental institucional, na verdade, vincula-se à aproximação – proporcionalidade – dos valores optados e consignados como tais na Constituição – legalidade constituída.

A legitimidade de qualquer poder é proporcional à sua capacidade de exprimir o interesse social estipulado como tal (legalidade constituída) pelo grupo social (sociedade) – ao que se pode denominar de interesse coletivo, difuso ou público. A paridade participativa é o instrumental indispensável para restaurar a legitimidade do exercício de todo e qualquer Poder que se pretenda democrático, enquanto orientação moderna e corolário do princípio da igualdade. O poder constituído não pode mudar os limites que lhe são estabelecidos para o desenvolvimento e cumprimento de suas próprias atribuições delegadas por lei. A distinção conceitual entre lei fundamental e leis fundadas, estabelece-se sobre as bases da própria legitimidade, pois, as leis fundadas só existem a partir da lei fundamental. Desta forma, as leis fundamentais que expressam a vontade política de uma sociedade devem ser efetivamente cumpridas e estruturalmente implementadas, motivo pelo qual, todo e qualquer Poder constituído – e seus dirigentes que governam circunstancialmente ou não – tem o dever de preservá-las e não diversamente alterá-las. Pois, “A Constituição não é obra do poder

³²⁶ ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Florianópolis: Habitus, 2002, p. 123 e ss. O Autor conclui que “acolhida a percepção *substancialista*, a esfera judicial passa a ser a mediadora da realização dos valores e princípios constitucionais, mostrando-se, pois, relevante a concepção hermenêutica aberta, enquanto processo público de estabelecimento de sentido.”.

constituído, mas do poder constituinte³²⁷. Do art. 1º ao 6º, da Lei Federal sob nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – é estabelecido o sentido que deverá perpassar interpretativamente o conteúdo das normas a serem aplicadas nas diferentes instâncias em prol dos direitos e garantias individuais de cunho fundamental pertinentes à infância e à juventude preceituados também constitucionalmente. Em face disso, impõe-se a construção de uma hermenêutica infanto-juvenil que oriente a aplicação judicial a partir do viés jurídico então perpassado pelas importantes contribuições transdisciplinares na busca de sentidos humanitários que acima de tudo preservem as crianças e os adolescentes de toda e qualquer espécie de barbárie. Assim, apesar de descrito legalmente os vetores orientativos que servirão de critérios interpretativos para implementação das figuras legislativas estatutariamente constituídas, tem-se que os sentidos buscados devem ser permeados pelas diretrizes humanitárias, permanecendo, assim, sistematicamente, aberto para a contextualização plural e democrática.

2.2. (DES)COMPREENSÃO FILOSÓFICA E CONCEPÇÕES FILOSÓFICAS DO JURÍDICO

Os mitos e as imagens são tão importantes para a existência humana, quanto a vontade e o consentimento também o são, senão, como qualquer outra maneira de aprovação. As crenças por isso mesmo parecem permanecer para sempre independentemente do desenvolvimento cultural, científico e eficiente. A concepção mitológica, entretanto, não é somente proveniente de uma percepção debilitada do ser humano de si mesmo – como, por exemplo, afirma Hans Kelsen³²⁸ – mas, por vezes, a contingente opção desinformada e despreocupada com a proximidade das origens que poderiam ser mais próprias à realidade dos fatos. O ser humano sempre duvidou da sua própria capacidade.

Por isso, algo novo como o direito da criança e do adolescente como sói acontecer com todo algo novo parece ser sempre produto de providências sobrenaturais, isto é, algo estranho que não condiz com a condição humana dos indivíduos e das comunidades locais, senão, que é algo inerente apenas as sociedades

³²⁷ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Op. cit.*

³²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 604.

centrais bem desenvolvidas, assim, quase como resultado de algo que um deus criou nele e através dele³²⁹.

Eis, pois, a crise ideológica do direito da criança e do adolescente, a qual denuncia a falta de adesão cultural da opinião pública e do senso comum jurídico aos novos valores humanitários em prol da infância e da juventude, pois é preciso convincentemente primeiro acreditar que as Leis de Regência – Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente – possuem, sim, categorias jurídicas adequadas para a resolução das questões afetas à condição humana peculiar das pessoas que se encontram na fase de desenvolvimento das suas personalidades.

Na verdade, não se trata de construção de uma específica dogmática, pois, historicamente, toda e qualquer dogmática jurídica, muito pouco tem contribuído para a resolução das questões que discursivamente se propôs a resolver.

É esta a distinção basilar entre uma opção normativamente jurídica através da qual se pretende fazer uma certa “justiça” como forma de correção das impotências legislativas para efetivação e implementação de valores humanos – sociais, individuais, e, da própria cidadania – remediando-se, assim, tão somente os sintomas (os efeitos) de uma crise, sem, contudo, estabelecer a médio e longo prazo qualquer outra estratégia para que se possa alcançar as primeiras causas – senão os verdadeiros pressupostos que comprometem e produzem e reproduzem a crise constatada.

A postura dogmática aliena pela própria demanda que cria uma realidade aparentemente não superável, que, ilusoriamente, determina a vontade do operador pela aceitação fácil de medidas e estratégias resolutivas que foram propostas emergencialmente para solucionarem problemas constituídos pela própria cultura dogmática ao longo de anos.

A própria dogmática jurídica já estabeleceu outras demandas que por suas vicissitudes ampliaram as necessidades e faltas. Este verificável círculo vicioso, no fundo, enseja a própria permanência e estabilidade da dogmática jurídica no centro de atenções e desejos para a ilusória – pois, impossível – “salvação (re)ordenatória” do mundo. O estabelecimento da paridade participativa na composição da resolução de

³²⁹ KELSEN, Hans. Op. cit.

casos concretos já não admite mais o mero desenvolvimento de “funções” pré-concebidas para não menos desprezíveis cumpridores de tarefas domesticados pelo “credo manualista” baseado nos seus códigos de comportamento, que, apenas se limitam a produzir realidades a partir da aplicação de medidas legais e propostas concretamente prontas, mas, que, no fundo, apenas reproduzem a realidade distorcida e insubsistente num círculo vicioso que no mais das vezes engrossa as distorções e violências sintomaticamente constatadas e que impõe a limitação, sofrimento.

Enfim, a própria inoperância do sistema de garantias estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, quando, não, a sua própria ineficácia enquanto “Lei de Regência”, funda-se no sentimento de falta, isto é, na sua incapacidade de estabelecer uma mudança radical tanto no senso comum jurídico quanto na opinião pública.

A partir de tal constatação, afigura-se imprescindível a mudança de estratégia, procurando-se assim o estabelecimento de trocas valorativas através do reconhecimento das importantes contribuições transdisciplinares que os conhecimentos afins possam oferecer para a resolução adequadas das diversificadas questões relativas à infância e à juventude. Impõe-se, pois, uma (re)organização paradigmática que permita a construção e permanência de uma teoria jurídico-protetiva que funcione estruturalmente como fonte, instância principiológica, descrição deontológico (código) e sistema reitor das opções jurídicas e políticas a serem adotadas nesta nova área do conhecimento humano.

Uma propedêutica jusfilosófica de viés humanitário (protetivo) e transdisciplinar (pluralidade), certamente, requer uma teorização lógica que contradite os vetustos paradigmas dos anteriores “Códigos de Menores”, fundando-se, por assim dizer, uma filosofia emancipatória do social – muito a gosto de Mikhail Alexandrovitch Bakunin³³⁰ –, que para além buscar empreender na prática os ditames teóricos, deve, sim, procurar implementar a realização dos direitos preceituados constitucional e estatutariamente, bem como proporcionar uma viragem cultural em

³³⁰ NORTE, Sérgio Augusto Queiroz. *Bakunin: sangue, suor e barricadas*. Campinas: Papirus, 1988, p. 26 e ss. Destaca o Autor que “invertendo a primazia de Hegel pela positividade, Bakunin acentua a negatividade como força criativa, trazendo as abstrações dialéticas para a esfera da prática revolucionária. O novo na história surge pela completa destruição do velho. Junto a Marx e Engels, Bakunin vislumbra uma ‘nova dimensão dialética hegeliana: uma filosofia da ação revolucionária, uma filosofia social da unidade entre a teoria e a prática.’”

prol dos valores humanos teoricamente reconhecidos pela própria doutrina da proteção integral.

Eis, pois, o que se propõe estatutariamente por mobilização da opinião pública e do senso comum jurídico-legal, isto é, na dimensão da políticas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente o que se espera é precisamente a mutação comportamental superativa e, por isso, emancipatória da mera expressão legislativa, senão, também doutrinária (discursiva) da proteção integral, empreendendo-se, então, atuações positivas no seio da comunidade humana em que se vive, vale dizer, uma “ruptura com a atividade especulativa e a adoção da prática política”³³¹.

2.3. FILOSOFIA JURÍDICO-PROTETIVA

Não se dispõe ainda de uma teoria jurídica amplamente aceita ou mesmo reconhecida acerca das categorias elementares e institutos fundamentais do direito da criança e do adolescente. No âmbito jurídico-legal já restaram expressamente objetivados os direitos da criança e do adolescente, contudo, os diversos órgãos públicos de execução que atuam no Sistema de Justiça ainda não se deram conta da existência da teoria jurídica especial que se formou ao redor da doutrina da proteção integral.

As decisões judiciais revelam que em todos os níveis jurisdicionais ainda não se fez sentir fundamentalmente a mutação paradigmática humanitária em prol da infância e da juventude. É possível constatar nas decisões judiciais que ainda se utilizam institutos jurídico-legais pertinentes a outras áreas jurídicas que apesar de correlatas não se orientam pela doutrina da proteção integral. No fundo, isto impede a consolidação hermenêutica de uma interpretação orientada pela teoria jurídico-protetiva dos direitos destinados especificamente à infância e à juventude.

Neste sentido, Neil MacCormick³³² tem asseverado que “no dispongo de una teoría de los derechos de los niños, pero sí, al menos de una teoría de los derechos que compense que se diga que los niños los tienen.”. Isto é, por mais que

³³¹ NORTE, Sérgio Augusto Queiroz. *Op. cit.*

³³² MACCORMICK, Neil. *Derecho legal y socialdemocracia: ensayos sobre filosofía jurídica y política*. Trad. Maria Lola González Soler. Madrid: Tecnos, 1990, p. 129 e ss.

tenham sido assegurados constitucionalmente os direitos humanos afetos à criança e ao adolescente, através da sintetização da doutrina da proteção integral no texto constitucional, e, a sua sistematização estatutária, é certo que ainda se está por construir uma teorização jurídico-protetiva acerca dos direitos individuais de cunho fundamental afetos à infância e à juventude que determine a conceituação de suas categorias elementares e institutos fundamentais – objetos, objetivos, fundamentos, princípios, metodologias, processos, procedimentos e sujeitos.

A doutrina da proteção integral enquanto marco teórico-pragmático fundado nos valores humanos constitui-se numa paradigmática afirmação nacional dos direitos humanos internacional e universalmente propostos a favor da infância e da juventude, os quais, aqui, no Brasil, passaram a ser constitucional e estatutariamente (re)significados como direitos individuais fundamentais.

Este reconhecimento normativo permite dizer que ter direitos individuais fundamentais destacadamente afetos a crianças e adolescentes, na verdade, significa ter, com absoluta prioridade, proteção integral aos interesses individuais, difusos e coletivos inerentes à infância e à juventude, inclusive, mediante a utilização de medidas judiciais que assegurem – “la imposición de restricciones normativas (legales o morales) sobre los actos y actividades de otras personas, respecto al objeto de los propios intereses.”, segundo Neil MacCormick³³³ – e das medidas legais que assegurem a implementação de políticas públicas que contemplem as necessidades vitais básicas daquelas novas subjetividades – consoante os arts. 86 a 89, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, por certo, encontram-se teoricamente muito mais próximas da teoria do interesse³³⁴, em virtude mesmo da adoção dos direitos humanos afetos à infância e à

³³³ MACCORMICK, Neil. *Op. cit.* O Autor afirma que “es posible – y ahora se puede ver por qué – proponer la segunda proposición como un tipo específico de justificación de la primera, pero no al contrario.”

³³⁴ MACCORMICK, Neil. *Op. cit.* Segundo o Autor “la imposibilidad de sostener cualesquiera formas de la teoría de la voluntad, en cuyo lugar sugeriré como alternativa una teoría más cercana a las tradicionales teorías del interés. (...) cada niño tiene derecho a ser alimentado, cuidado y, en lo posible, querido (...) derecho moral. (...) Es obvio que no ha sido un derecho legal universalmente reconocido (...) (Ocurre que hoy en día nuestros sistemas legales protegen el derecho en cuestión, así que para nosotros, ahora, es un derecho tanto legal como moral.) (...) principio moral sustantivo (...) atribución de ese derecho a todos los niños (...) expresar el principio

juventude que declaradamente filia-se à paradigmática opção pelo “superior e melhor interesse”³³⁵ da criança e do adolescente.

Isto é, não se cuida apenas de uma declaração de “bem-estar do menor”, mas, sim, expressamente o reconhecimento legal de que os interesses individuais, difusos e coletivos da criança e do adolescente, na verdade, constituem-se em direitos individuais descritos legalmente como fundamentais e, conseqüentemente, assegurados por medidas jurídico-legais específicas. Ao se reconhecer a responsabilidade da família, da sociedade (comunidade) e do Estado (Poder Público), concorrentemente, buscou-se também constitucional e estatutariamente definir as agências e servidores sociais – como, por exemplo, os Conselhos Tutelares – que atuam na defesa dos interesses individuais, coletivos e difusos da criança e do adolescente de maneira a evitar ameaças e violações aos direitos propriamente ditos inerentes àquelas subjetividades. Em decorrência disto, impõe-se a constituição das redes de proteção e dos sistemas de garantias que priorizem a implementação de políticas públicas que estabeleçam condições mínimas de acesso direto e apoio institucional aos núcleos familiares a que pertencem aquelas novas subjetividades (cidadanias). Neste sentido, adverte MacCormick³³⁶ “que, precisamente porque los niños tienen ese derecho, es bueno que se tomen medidas legales, en primer lugar, para alentar y ayudar a los padres a cumplir su deber de cuidar y alimentar”.

A doutrina da proteção integral pode ser traduzida como os direitos humanos destinados especificamente para crianças e adolescentes que enquanto pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento merecem cuidados diferenciados para a implementação efetiva de direitos mais comezinhos e próprios à cidadania. É o que se tem referenciado por “proteção integral” (substancial) da criança e do adolescente, através do expediente metodológico e estratégico da “prioridade absoluta”, isto é, um consectário também constitucional e estatutário daquele cuidado

moral mediante el recurso lingüístico del sustantivo ‘un derecho’.”

³³⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. in PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 18 e ss. Segundo a Autora, “esta condição especial deve garantir-lhes direitos e deveres individuais e coletivos, bem como todas as oportunidades e facilidades a fim de lhes facultar um bom desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (...) Nosso objetivo maior, no entanto, é conclamar a sociedade em geral no sentido de definir responsabilidades em todos os âmbitos de atuação em prol da população infanto-juvenil.”

³³⁶ MACCORMICK, Neil. *Op. cit.*

especial. Neste sentido, é possível afirmar que a fundamentação tanto da proteção integral quanto da prioridade absoluta é legal, e, não, meramente, moral, vale dizer, consubstanciam-se em expressões decorrentes dos direitos individuais fundamentais afetos à criança e ao adolescente.

E, assim, conseqüentemente, as Leis de Regência – Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente – asseguram observância legal (dever legal correlato), haja vista que indistintamente garantem por lei a todas as crianças e adolescentes direito à proteção integral, assim, como a garantia de prioridade absoluta, promovendo, protegendo e defendendo os interesses individuais, difusos e coletivos inerentes à infância e à juventude. A partir de tal compreensão do direito da criança e do adolescente a ter proteção integral, especial e prioritária, também, é possível reconhecer a plausibilidade jurídica que justifica e legitima a própria convicção cultural e ideológica (moral) acerca de tais valores humanos. É o que explica Neil MacCormick³³⁷ ao propor a diferenciação em se dizer que uma coisa é “todos los niños deberían ser cuidados, alimentados y queridos” e outra seria dizer que “cada niño tiene derecho a ser tratado así.”.

No Brasil, a responsabilidade concorrente restou estabelecida no próprio preceito constitucional textualizado no *caput*, do art. 227, de acordo com o qual “a família, a sociedade e o Estado são responsáveis”, quando, não, de igual forma, preceituado no art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual “é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar com absoluta prioridade, a efetivação” de direitos individuais de cunho fundamental afetos à criança e ao adolescente. Consoante adverte Neil MacCormick³³⁸, “el reconocimiento de un derecho conlleva la imposición de deberes a otras personas diferentes de la que detenta el derecho, pero qué deberes, y sobre quién, es un tema que

³³⁷ MACCORMICK, Neil. *Op. cit.* “los padres tienen el deber de cuidar a sus hijos precisamente porque los niños tienen derecho a ser cuidados y alimentados. (...) los niños tienen el derecho y sus padres están inmersos en una relación natural particular hacia sus propios hijos, a ello se debe que incumba a los padres en primer lugar el deber de cuidar y alimentar. Pero sólo en primer lugar; a falta de los padres (muerte, incapacidad, ineficacia), el derecho de los niños permanece y ha de recurrirse a otros medios para cumplimentarlo. Que en las sociedades modernas la responsabilidad se estime como responsabilidad del Estado indica sólo una posible solución del problema.”.

³³⁸ MACCORMICK, Neil. *Op. cit.* “Cuando el legislativo confiere un derecho *eo nomine*, (...) se permite a los tribunales realizar una estructuración de deberes y remedios suficiente para garantizar el derecho en cuestión.”.

en cualquier caso requiere una definición esmerada con el fin de garantizar en lo posible el derecho.”.

Uma propedêutica jurídico-protetiva de viés transdisciplinar do direito da criança e do adolescente também se inscreve na dimensão hermenêutica – e da compreensão – a partir de seu fenômeno central, qual seja: no discurso escrito³³⁹. Ao se discorrer sobre determinada temática também importa numa opção político-ideológica pela difusão e publicização de opções cognitivas e valores em prol de determinado sentido.

Desta maneira, ao se preceituar constitucional e estatutariamente direitos individuais fundamentais destinados especificamente à infância e à juventude, para além de se determinar expressamente a responsabilidade solidária das nominadas instituições públicas e sociais por suas implementações, conseqüentemente, em decorrência mesmo da declaração e reconhecimento do Estado Democrático e de Direito em que se constitui o Brasil, permite-se a intervenção do Sistema de Justiça para que se faça valer as opções democraticamente adotadas mediante o manejo de medidas judiciais para assegurar a efetivação dos direitos individuais fundamentais afetos à criança e ao adolescente.

A proposta de estabelecimento de um marco teórico-pragmático, inscreve-se, assim, na dimensão teórica jurídico-protetiva humanitária que, por isso mesmo, deverá funcionar como conhecimento preliminar que compreende elementos fundamentais para o desenvolvimento de um saber mais completo e permanentemente elaborado consoante as circunstâncias existenciais do mundo vivido numa determinada comunidade humana, permanecendo, pois, como uma teoria rigorosa e crítica que possui núcleo irreduzível valorativa e ideologicamente.

³³⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flavio Paulo Meurer. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 567 e ss. (Pensamento Humano). O Autor pontua o problema da compreensão precisamente no “discurso oral, e quiça na sua plena realização.”. Pois, “na realidade a escrita possui, para o fenômeno hermenêutico, uma significação central, na medida em que nela a ruptura com o escritor ou autor, assim como com o endereço concreto de um destinatário é trazida, por assim dizer, a uma existência própria.”.

Por isso, com Hans-Georg Gadamer³⁴⁰, é possível afirmar que a compreensão de “um texto significa sempre aplicá-lo a nós próprios, e saber que, embora se tenha de compreendê-lo em cada caso de uma maneira diferente, continua sendo o mesmo texto que, a cada vez, se nos apresenta de modo diferente.”. Contudo, é preciso dar conta do “credo racionalista” jurídico-legal ainda que de cunho humanitário-protetivo enquanto “potencial libertador” teórico-pragmático, isto é, a partir do marco cientificista, pois, em que pese poder ser considerado com conhecimento capaz de importantes transformações sociais, afigura-se fundamental a advertência de Mikhail Alexandrovitch Bakunin³⁴¹, o qual “apontava o risco de um despotismo científico que poderia tornar-se a mais degradante forma de opressão imposta à sociedade”. Senão, que, cotidianamente cooptado pelas hegemonias sociais e estatais que se instalam, por exemplo, nos Conselhos de Direito (Nacional, Estaduais e Municipais) para comandar um espetáculo público da barbárie³⁴² através de proposições e projetos de leis que invariavelmente asseguram interesses nem sempre confessáveis.

³⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* De acordo com o Autor “a interpretação não é um meio para produzir compreensão, mas adentrou no conteúdo do que se compreende ali. Recordamos que isso não somente significa que a intenção de sentido de um texto é realizada unitariamente, mas também que, com isso, a coisa de que fala o texto vem à fala.”.

³⁴¹ NORTE, Sérgio Augusto Queiroz. *Op. cit.* O Autor narra que Bakunin “acreditava que a ciência tinha uma enorme importância no projeto revolucionário, porém não seria o cientista e sim o indivíduo livre, a comuna autônoma que decidiriam sobre as prioridades.”.

³⁴² RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 169 e ss.

PARTE III

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

CAPÍTULO 7 – TEORIA JURÍDICA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

1. TEORIA JURÍDICO-PROTETIVA

A importância do desenvolvimento de uma teoria jurídica protetiva prioritariamente destinada à infância e à juventude se fixa na necessidade sempre presente da eliminação de tratamentos legislativo e judicial que possam a vir a ser divorciados das orientações doutrinárias da proteção integral – diretriz internacional dos direitos humanos – através dos quais, não raras às vezes, impõem-se medidas legais que além de subverterem valores humanitários assumidos politicamente como fundamentais à dignidade humana – art. 1º, inc. III, 227 e 228, todos da Constituição da República de 1988³⁴³ – também, afastam-se teórico-pragmaticamente da implementação dos projetos de vida que são constituídos de forma responsável por equipes interdisciplinares juntamente com infantes, adolescentes e seus familiares. A proposta de uma teoria jurídico-protetiva para além de seu conteúdo valorativo também requer coerência sistêmica, vale dizer, enlaçamento dos sistemas de proteção que se operou mesmo com a formulação do Estatuto da Criança e do Adolescente, por orientação principiológica humanitária ao se adotar a Doutrina da Proteção Integral, então, sintetizada no texto constitucional – arts. 227 e 228, da Constituição da República de 1988.

O desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial de uma tal teoria jurídico-protetiva de viés humanitário que se propõe à emancipação da personalidade humana de crianças e de adolescentes – em suas potencialidades subjetivas –, por

³⁴³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

(...)

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

(...)

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

certo, não pode mais simplesmente remeter-se ao texto constitucional ou mesmo à legislação especial como forma de fundamentação jurídica que sustente a tomada de decisões acerca de questões que exigem superação hermenêutica para que além da efetiva aplicação normativa, principalmente, sejam estabelecidas condições atuais para a plenitude do exercício dos direitos mais comezinhos à dignidade da pessoa humana que se encontra circunstancialmente na peculiar fase da vida de construção da personalidade – isto é, na infância ou na juventude.

Eis, pois, a necessidade senão importância de se estabelecer, por assim dizer, uma teoria jurídico-protetiva do direito da criança e do adolescente a partir não só da expressão legal – ainda que constitucional –, mas, principalmente, do marco epistêmico transdisciplinar de viés humanitário, na busca da construção de uma propedêutica jurídico-protetiva nem tanto dos interesses e direitos afetos à infância e à juventude, quanto diretamente à própria criança e ao adolescente. O norte orientativo da presente proposta teórica é a formulação, sim, dos primeiros passos em direção à construção de um discurso transdisciplinar acerca do direito da criança e do adolescente, enquanto teorização preparatória para a consolidação desse novo âmbito do ordenamento jurídico, adotando-se como estratégia metodológica a confrontação das provocações psicanalíticas, sociológicas, filosóficas dentre tantas outras para compreensão do mundo da vida infanto-juvenil.

Portanto, busca-se assim epistemologicamente desenvolver propostas acerca de uma especial propedêutica jurídico-protetiva e humanitária afeta à infância e juventude, enquanto marco teórico fundante para a resolução jurídico-legal de questões relacionadas aos interesses e direitos individuais, difusos e coletivos inerentes à esta nova totalidade cidadã. Senão, o que se pretende com isto é a delimitação temática dos fundamentos, princípios, objeto e objetivos específicos deste novo ramo do direito, com o intuito precípua de que se possa estabelecer um estudo programático e inaugural.

Assim, é possível o (re)conhecimento de categorias elementares sistematizadas numa seara jurídico-legal específica que se denomine de Direito da Criança e do Adolescente não só a partir da coletânea de textos legais, mas, principalmente, pela formulação de (re)significações interpretativas daquelas expressões legislativas que se caracterizem pelo compromisso da proteção especial, integral, humanitária e emancipatória da personalidade humana e cidadã de crianças e

adolescentes, constituindo-se, por assim dizer, uma propedêutica jurídica transdisciplinar (introdução ao estudo) daquele Direito.

É precisamente, aqui, que perpassa a proposta inicial desta tese doutoral acerca da (re)fundamentação epistêmico-transdisciplinar do direito da criança e do adolescente, enfim, do estudo, da pesquisa e da extensão (proteção, promoção e defesa jurídico-legal) sobre os interesses e direitos individuais, difusos e coletivos afetos à infância e à juventude, que, na verdade, demandam estratégias e metodologias diferenciadas para o tratamento não só jurídico-legal, mas, também, multidisciplinar no atendimento das funções públicas e sociais, no cuidado integral e especial, no estabelecimento e oferecimento de acessos a ações, programas e serviços de apoio institucional (tanto à criança e ao adolescentes, quanto aos núcleos familiares a que pertencem), na assistência aos direitos individuais fundamentais para a satisfação minimamente digna das necessidades vitais básicas (como, por exemplo, a saúde, a educação, a maternidade, a profissionalização, dentre outras).

Enfim, tudo aquilo que puder ser feito para assegurar “por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”, nos termos do que dispõe o art. 3º, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). O direito da criança e do adolescente para tanto deve ser reconhecido como um subsistema jurídico-legal, que, apesar de suas relações intrajurídicas e interdisciplinares, certamente, deve manter um núcleo teórico irreduzível que o identifique e diferencie não só dos demais ramos do direito, mas, também, das demais espécies de conhecimento.

Por mais que se admitam as importantes contribuições jurídicas advindas das outras áreas do direito – como, por exemplo, constitucional, administrativo, penal, civil, etc. –, bem como transdisciplinares – como, por exemplo, da filosofia, da psicanálise, da sociologia, da lingüística, da semiótica, da pedagogia –, é importante – e, porque não dizer fundante – para este novo direito o reconhecimento de autonomia e independência necessárias para a persecução de suas diretrizes fundamentais no accertamento e resolução dos casos concretos que se relacionem com interesses e direitos afetos à criança e ao adolescente.

Com a elaboração de legislações especiais que tutelam diversos interesses e direitos particularmente próprios àquelas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade, a partir mesmo dos dispositivos constitucionais pertinentes e dos legalmente estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, impõe-se a construção de uma teoria jurídica que sistematize a integração desta nova dimensão jurídica, isto é, que consolide seus princípios, fundamentos, metodologias, objetivos e objetos, passando, assim, a formatar uma *teoria jurídico-protetiva de viés transdisciplinar do direito da criança e*

do adolescente, passível, então, de conhecimento e entendimento inaugural através de uma propedêutica jurídico-protetiva humanitária.

A pretensão de integração sistemática da teoria e da pragmática pertinentes ao direito da criança e do adolescente certamente se constitui num dos objetivos primordiais a serem perseguidos pela teoria jurídica infanto-juvenil. Até porque uma das principais funções instrumentais oferecidas pela proposta da formatação daquela teoria jurídico-protetiva é precisamente oferecer procedimentos e medidas distintas por suas necessidades e especificidades no tratamento de novas emergências humanas e sociais, procurando-se, desta maneira, estabelecer outras estratégias e metodologias para proteção dos valores sociais democraticamente estabelecidos – como, por exemplo, direitos e garantias individuais fundamentais – pertinentes à infância e à juventude.

1.1. CÓDIGO DEONTOLÓGICO JURÍDICO-PROTETIVO

A Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 que consolidou, de forma deontológica, o Estatuto da Criança e do Adolescente, surgiu no cenário nacional a partir da mobilização democrática entre os cidadãos, as organizações sociais e as instituições governamentais, como bem destacou o Relator e Senador Ronan Tito, para quem a lei estatutária “emerge do encontro sinérgico de pessoas e de instituições governamentais e não-governamentais representativas da prática social mais compromissada com a nossa infância e juventude, do mais sólido conhecimento científico na área e, finalmente, da luz da melhor e mais consistente doutrina jurídica.”³⁴⁴.

Entretanto, nem sempre foi assim, pois anteriormente a “degradação pessoal e social” em que se encontrava a grande maioria das crianças e dos adolescentes, senão, os próprios núcleos familiares a que pertenciam, era decorrência direta de políticas públicas equivocadas, empobrecedoras e miserabilizantes,

³⁴⁴ LABANCA, Luís Edmundo. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 2 e ss. Destaca-se que “na elaboração desta proposta legislativa trabalharam, diretamente, a partir de outubro passado: um competente e dedicado grupo de juristas, abnegados representantes de entidades não-governamentais de defesa dos direitos da criança e do adolescente, articulados no Fórum DCA; assessoria jurídica da Presidência da FUNABEM. Foram importantes ainda as contribuições de pessoas das mais diversas competências e instituições em todo o País.”.

distinguidas, pois, precisamente, pelas tentativas – sempre veladas – de “controle social e a criminalização da pobreza, materializados no ‘círculo perverso’ da institucionalização compulsória: apreensão ou abandono-triagem-rotulação-deportação-confinamento em instituições totais despersonalizadoras e embrutecedoras.”³⁴⁵.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, então, orientado pela paradigmática doutrina da proteção integral, na verdade, estabelece-se como uma nova expressão deontológico jurídico-legal para o atendimento dos interesses, direitos e garantias individuais, difusos e coletivos afetos e pertinentes à infância e à juventude.

O Estatuto cuida do tratamento e regulamentação do novo direito constitucionalmente previsto e destinado para “mais da metade da população brasileira”, com bem ressaltou o Relator e Senador Ronan Tito³⁴⁶, sustentando-se, pois, “sobre dois pilares básicos – a concepção da criança e do adolescente como Sujeitos de Direito e a afirmação de sua Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento.”. A proposta de sistematização estatutária em torno de tais interesses, direitos e garantias, por certo, não se circunscreve apenas à dimensão jurídico-legal, mas, principalmente, servem de vetores orientativos para a construção e consolidação das políticas públicas em prol da infância e da juventude.

O Estatuto da Criança e do Adolescente “tem suas fontes em longínquos, sucessivos e permanentes esforços de mudança em favor da criança e do jovem, sistematicamente sufocados pelas concepções e práticas sustentadoras de um panorama legal e de um ordenamento institucional que transformaram os seus destinatários em objetos de medidas judiciais – e não em sujeitos de direitos – rotulando-os por uma conceitualização estigmatizante que, em lugar de propiciar o ‘bem-estar’ dos marginalizados, perseguia de fato e sistematicamente ‘a segurança e o desenvolvimento’ das estruturas marginalizadoras.”.

Essa (des)funcionalidade latente do antigo subsistema jurídico-legal menorista desvelava as imbricações político-ideológicas de todo o Sistema de Justiça brasileiro enquanto ordenamento jurídico vinculado orientativamente pelo movimento

³⁴⁵ LABANCA, Luís Edmundo. *Op. cit.*

³⁴⁶ LABANCA, Luís Edmundo. *Op. cit.*

positivista denominado de “Lei e Ordem” amplamente divulgado e utilizado pelo regime político-militar, e, assim, invariavelmente, deslegitimado pela própria geração de efeitos colaterais, os quais certamente enlouqueceriam os mentores das anteriores interposições legislativas para a criação de tais leis³⁴⁷, particularmente, aquelas de caráter especial de cunho repressivo-punitivo destinadas à infância e à juventude brasileira.

As inúmeras propostas de modificação legislativa tanto acerca das regras constitucionais quanto estatutárias assecuratórias dos interesses, direitos e garantias afetos à criança e ao adolescente, muito além da impropriedade original que não raras às vezes é possível tecnicamente ser percebida, atualmente, têm causado constrangimentos desnecessários – danos individuais e sociais anormais –, quando, não, a partir mesmo do estabelecimento de procedimentos que se formalizam através de institucionalizações desnecessárias que vinculam negativamente os envolvidos.

Esses desnecessários constrangimentos que invariavelmente têm causado danos individuais e sociais anormais ao adolescente que praticou um comportamento cujo cometimento é conflitante com a lei, por certo, remontam às orientações de exceção que equivocadamente produziam e reproduziam estratégias repressivo-punitivas para o controle social da população infanto-juvenil através do sepultado “Código de Menores” – Lei Federal nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 expressamente revogada pelo art. 267, do Estatuto da Criança e do Adolescente –, como bem destaca Josiane Rose Petry Veronese³⁴⁸.

Esses efeitos colaterais perceptíveis a toda luz então advindos dessas proposições legislativas, certamente, são previsíveis, mas, mesmo, assim, são admitidos politicamente no próprio âmbito do Poder Legislativo enquanto perda ou “mal necessário” para obter legitimação (processo de legitimação) de políticas públicas nem sempre associadas aos avanços civilizatórios e humanitários infanto-juvenil. Por isso, deve-se ter em conta que o intuito primeiro do legislador estatutário no momento da criação da nova seara jurídico-legal especial e protetiva destinada à proteção, promoção e defesa dos interesses e direitos individuais, difusos e coletivos, e, das garantias fundamentais em prol da infância e da juventude, certamente, foi constituir um subsistema jurídico-legal especial cuja autonomia teórico-pragmática possibilitasse a identidade necessária para transigir com as demais instâncias judiciais e demais funções estatais indispensáveis à emancipação da pessoa humana (em subjetividade)

³⁴⁷ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2005.

³⁴⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Entre violentados e violentadores*. São Paulo: Cidade Nova, 1998.

para melhoria da qualidade de vida individual e comunitária de toda criança e adolescente.

O subsistema jurídico-legal especial destinado ao tratamento dos interesses, direitos e garantias afetos à criança e ao adolescente, assim, constitui-se num novo código deontológico protetivo, e, não diversamente numa mera burocratização judicial específica – por assim dizer, numa (re)vivificação específica da teoria jurídico-legal central meramente descritiva, de cunho positivista (formalista) –, pois, cada vez mais, insere-se axiológica e culturalmente nos “registros fundamentais do imaginário, do simbólico e do real”³⁴⁹ da sociedade brasileira. Para além do asseguramento de direitos individuais e garantias fundamentais, por certo, que o Estatuto enquanto codificação legislativa orientada pela doutrina da proteção integral estabeleceu um sistema de medidas legais – administrativas, protetivas, socioeducativas dentre outras – que se destina não só aos jovens autores de condutas conflitantes com a lei, mas, a todas as crianças e adolescentes, buscando, assim, romper com o círculo de violências – estruturais, físicas e morais – no qual eventualmente se encontrem envolvidos estes novos cidadãos. O Estatuto enquanto codificação legislativa deontológica e protetiva condensa de forma articulada os interesses, os direitos e as garantias fundamentais afetos à infância e à juventude. As categorias elementares que foram instituídas legalmente para a proteção, promoção e defesa dos interesses, direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente demandam, pois, processos interpretativos. Esses processos interpretativos que aqui se pretende sejam superatórios das expressões vernaculares contidas no texto legal, certamente, não se construirão através de uma discursividade isenta de contradições³⁵⁰, contudo, apesar disto a questão fundamental é evitar a cooptação teórico-política que retoricamente exige-lhe funcionalidade pragmática instrumental para a reprodução autoritária do discurso punitivista que oferece utilitariamente medidas legais sancionatórias para resolução dessas novas questões afetas à infância e à juventude.

1.2. DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

³⁴⁹ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 9.

³⁵⁰ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade: ou como a lei penal retroage em prejuízo do acusado; a lei escrita não é a única fonte do direito penal; existe analogia “in malam partem”; as palavras da lei penal são vagas e ambíguas*. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 123 e ss. Adverte a Autora acerca de “uma contradição não explorada: a contradição penosa (porque extremada cáustica em relação a crenças jurídicas estabelecidas) entre o princípio da legalidade e o funcionamento normativo em sua dimensão pragmática.”.

A doutrina da proteção integral se consolidou político-constitucionalmente na diretriz humanitária fundamental para o estabelecimento e orientação das estratégias e metodologias que deverão ser empregadas na construção democrática dos novos valores sociais acerca da infância e da juventude brasileira. Entretanto, permanece sempre presente a advertência de Jean Baudrillard³⁵¹ para quem é preciso diuturna e cotidianamente evitar o estabelecimento de ilusões cognitivas que intencionalmente procuram confundir produzindo e reproduzindo, assim, falsos sentidos, pois em que pese a possibilidade que toda e qualquer “doutrina”, enquanto teoria do conhecimento que se propõe a descrever e perceber o mundo da vida vivida, ser falsificável – mas, não falsa em si necessariamente –, por certo, é materialmente plausível a sua realidade objetiva demonstrável através da própria prática jurídico-legal consignável sociologicamente no âmbito da espacialidade pública da palavra e da ação.

E, aqui, com a denominada de doutrina proteção integral não poderia ser diferente, pois não pode se constituir validamente numa mera ilusão concebida político-constitucionalmente para confundir e produzir sentidos em si falsos, em que pese a possibilidade de contrariedade, senão, também pela possibilidade de reconhecimento de uma sua necessária dimensão um tanto utópica relacionada à projeção aberta (dinâmica) para a sua própria adequabilidade resolutiva consoante as circunstâncias excepcionais dos variegados casos concretos. A experiência tem demonstrado, por isso, a necessidade de mudança da racionalidade (mutabilidade lógico-racional) a ser empreendida no âmbito das relações de poder que são estabelecidas com o Estado, aqui, particularmente, para o tratamento das questões que envolvam interesses, direitos e garantias fundamentais inerentes à condição peculiar de pessoas em desenvolvimento da personalidade humana (infância ou juventude).

A doutrina da proteção integral enquanto orientação cognitiva serve, assim, para melhorar as condições materiais de existência digna das pessoas humanas que se encontram nas peculiares fases de desenvolvimento das suas vidas, isto é, na infância ou na juventude, estabelecendo-se então não só por suas argumentatividades

³⁵¹ BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas: o fim do social e o surgimento das massas*. Trad. Suely Bastos. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 44.

(argumentos + atividades), mas, principalmente, legitimando-se através das explicações (justificativas) que permitam melhor compreender o mundo infanto-juvenil a partir mesmo da possibilidade de discussão (discutibilidade) dos fundamentos que sustentam a aplicação senão as próprias medidas que se possam ser adotadas.

E, isto, indiscutivelmente, é fruto da redemocratização do país que se vem operando ao longo dos anos a partir do advento da Constituição da República de 1988, redemocratizando-se, pois, as inúmeras relações de poder que se estabelecem todos os dias no cotidiano social das diversas comunidades brasileiras, orientando-se, assim, pela recolocação da pessoa humana no núcleo irredutível das preocupações que toda e qualquer figura legislativa possa buscar preservar em certo tempo e espaço.

A teoria do conhecimento humanitário de viés metodológico transdisciplinar, conforme se caracteriza a doutrina da proteção integral, deve sempre possibilitar o desenvolvimento e melhor compreensão acerca dos acontecimentos, dos objetos, das vivências e das pessoas sobre as quais a ação do tempo (infância ou juventude) produza efeito – segundo Jean Baudrillard³⁵² – bem como o espaço, o movimento e a mudança devem operar. A doutrina da proteção integral e especial é, assim, a orientação teórico-pragmática humanitária adequada para a implementação dos direitos individuais e garantias fundamentais mais mezinhas à personalidade daquelas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento, isto é, na circunstancial e vulnerável fase da vida humana substancialmente infantil e juvenil.

Não se propõe mais jurídico-legalmente (constitucionalmente) a discussão acerca das propriedades, requisitos, pressupostos e ou elementos constitutivos da opção política humanitária consignada na doutrina da proteção integral – art. 227 da Constituição da República de 1988 –, mas, sim, agora, deve-se por em causa a discutibilidade sobre a sua observância não só no meio jurídico (efetividade), senão, também, social (efetibilidade³⁵³) e principalmente político pelos órgãos e

³⁵² BAUDRILLARD, Jean. *Op. cit.* O Autor adverte sobre os riscos de um “conformismo hiper-real que é a forma extrema da não-participação (...) as massas não são o social, são a reversão de todo o social e de todo socialismo. (...) visa as massas em seu silêncio, silêncio magnetizado pela informação (...) é um problema que nossa epistemologia do conhecimento não permite resolver pois ela postula sempre a mediação de um sujeito e de uma linguagem, a mediação de uma representação.”

³⁵³ PERELMAN, Chäim. *Lógica jurídica: nova retórica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

instituições estatais. Já não se discute, assim, idealisticamente acerca dos argumentos politicamente desenvolvidos para a adoção da doutrina da proteção integral, os quais, inclusive, passaram à fundamentá-la, senão, que, a sua própria existência como expediente orientativo materialmente político-constitucional (jurídico-legal) – ser e dever ser – que vincula e obriga democraticamente a sociedade e o Estado brasileiro, isto é, tanto *per lege*, quanto *sub lege*³⁵⁴.

A doutrina da proteção integral, destarte, como idéia central e paradigmática no novel âmbito jurídico-legal destinado à proteção, promoção e defesa dos direitos afetos à infância e à juventude se constitui em realidade objetivada, isto é, na dimensão do mundo da vida vivida, impõe-se pela invocação de ser um conhecimento específico e humanitário para compreensão dos acontecimentos sociais em que se encontram envolvidos interesses, direitos e garantias individuais, de cunho fundamental, inerentes à condição peculiar de criança ou de adolescente – art. 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Bem por isso, as liberdades substanciais, como, por exemplo, a vida, a saúde, a educação, a alimentação, o esporte, o lazer, o pleno emprego, dentre tantas outras, não podem ser condicionadas e muito menos subordinadas aos critérios de eficiência³⁵⁵, haja vista que por mais que não sejam implementadas jamais deixaram de pertencer ao patrimônio subjetivo da pessoa humana.

As liberdades substanciais são condições de dignidade da pessoa humana, isto é, são essências próprias ao ser humano. As liberdades substanciais inscrevem-se, pois, nos direitos individuais e garantias fundamentais mais comezinhas à personalidade humana. A miséria extrema, a fome persistente, as vidas miseráveis e sem esperança que a um grande número de pessoas têm experimentado, a cada ano, impõem a morte de milhões de crianças inocentes por falta de alimento, assistência médica ou social. Como, então, deve exatamente agir socialmente uma pessoa para que possa evitar tais situações? A própria elaboração desta pergunta já demonstra que primeiro: não existe uma predisposição divina para a existência humana e social de uma pessoa; segundo: que a solução se encontra na mudança de atitude das próprias

³⁵⁴ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

³⁵⁵ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *MST, eficiência e justiça*. Brasília: Revista Jurídica Consulex, Ano IX, nº 198, 15 de abril de 2005, p. 13. Suscita o autor: “Mas a reforma agrária não seria uma forma ineficiente de fazer justiça? Talvez, mas a justiça, a liberdade, é o valor último que não pode ser subordinado à eficiência (...) Mas as medidas de eficiência, ainda que mais precisas do que as de justiça, são muito relativas.”

pessoas. Pois, de acordo com Amartya K. Sen³⁵⁶, as próprias pessoas devem ter a responsabilidade de desenvolver e mudar o mundo em que vivem.

Até porque, todos e quaisquer acontecimentos terríveis que são vivenciados são essencialmente problemas inerentes à própria existência humana, ou seja, é de responsabilidade dos seres humanos. E essa responsabilidade dos seres humanos – exigência geral – pela sua própria existência se impõe pela competência e capacidade reflexiva sobre a vida e os acontecimentos causados pelos comportamentos humanos. Desta forma, com Amartya K. Sen é possível afirmar que o mais importante é reconhecer a relevância da condição humana comum para fazer as escolhas que se apresentam, e, não o mero estabelecimento de regras pontuais sobre o que exatamente se deva fazer ou agir. A liberdade das pessoas é um elemento constitutivo básico – segundo Amartya K. Sen³⁵⁷, para quem – a expansão das capacidades das pessoas de levar o tipo de vida que elas valorizam podem ser aumentadas por políticas públicas. De outro lado, a direção das políticas públicas também pode ser influenciada pelo uso efetivo das capacidades particulares do povo. Não se pode renunciar à interpretação do mundo da vida vivida por este “povo”, evitando-se assim a renovação de um ideal ascético, consoante adverte Scarlett Marton³⁵⁸.

Contudo, adverte-se que egoisticamente o uso efetivo de capacidades particulares por grupos de pessoas, também, altera a direção das políticas públicas que, por isso, perdem o vínculo democrático, pois não deixam de ser legitimamente influências por capacidades participativas do povo. De acordo com o Autor, as liberdades individuais substantivas são consideradas essenciais³⁵⁹. Ter mais liberdade para fazer as coisas que são justamente valiosas é importante por si mesmo para a liberdade global da pessoa – aspecto do processo – e importante porque favorece a oportunidade de a pessoa ter resultados valiosos – aspecto da oportunidade da liberdade. As liberdades individuais substantivas são determinantes fundamentais para a própria iniciativa individual e da eficácia social. Pois, ao se ter mais liberdades, as

³⁵⁶ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 32 e ss.

³⁵⁷ SEN, Amartya Kumar. *Op. cit.*

³⁵⁸ MARTON, Scarlet. *Nietzsche: das forças cósmicas aos valores humanos*. São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 212 e ss. A Autora adverte para o fato de que “dado seu caráter pluralista e perspectivista, o mundo abriga inúmeras interpretações; tampouco se dão conta de que a visão que propõem não passa de mais uma interpretação. Procurando espelhar a ordem exterior, acabam por ter como pressuposto a crença na verdade e, assim, caminham de mãos dadas com o ideal ascético.”

³⁵⁹ SEN, Amartya Kumar. *Op. cit.*

peças melhoram a capacidade de cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo. Ser agente – no sentido de ser autor social, e, não meramente ator ou partícipe social – significa dizer algo sobre alguém que age e ocasiona mudanças – interna, ou seja, pessoalmente, e, externa, socialmente – cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus próprios valores e objetivos, segundo Amartya K. Sen.

A preocupação é com desenvolvimento do papel da condição de agente do indivíduo como membro do público e como participante de ações sociais que “inter-age” direta ou indiretamente nas atividades individuais ou conjuntas na esfera política ou em outras esferas. E isto importa na influencia sobre numerosas questões fundamentais de política pública. Portanto, as pessoas não podem ser as únicas responsáveis por aquilo que lhes acontecem, pois, recebem direta e indiretamente influências outras nas suas vidas, as quais, por vezes, sequer, têm qualquer impressão ou conhecimento. A autonomia pessoal então possibilitada pelo respeito às liberdades individuais substanciais não pode causar um imobilismo estatal, haja vista que os poderes públicos legalmente constituídos se responsabilizaram pelo estabelecimento de condições de possibilidade para o pleno e efetivo exercício dos direitos mais comezinhos da personalidade humana.

A responsabilidade individual também é uma responsabilidade social pela própria existência humana, enfim, uma existência social do ser aqui infanto-juvenil cuja responsabilidade é solidariamente compartilhada pela família, pela sociedade civil e pelos poderes públicos em todos os níveis. O primeiro ponto a ser firmado aqui remonta, por certo, a total impossibilidade atual de se pensar num sujeito não responsável. O compartilhamento das responsabilidades entre a família, a sociedade e o Estado, na criação e educação de crianças e adolescentes, também mudou a própria maneira de subjetivação das crianças e dos adolescentes, pois é certo que a “determinação subjetiva não se origina mais no que seria uma aventura singular, numa escolha singular, mas numa participação na histeria coletiva” – segundo Charles Melman³⁶⁰.

Porém, não se pode reconhecer a toda e qualquer pessoa que é “inteiramente legítimo pensar que deve seu percurso, seu destino a circunstâncias coletivas exteriores” ou mesmo que a “coletividade lhe deve, portanto, reparação por tudo que lhe falta, já que é assim, por ela, que foi concebido”. Quando a reivindicação lhe parece absolutamente legítima transforma-se numa modalidade do “próprio de seu endereçamento, sua autenticidade mesma”³⁶¹. A reivindicação repressivo-punitiva que a sociedade acredita ser absolutamente legítima para responsabilização de crianças e adolescentes importa mesmo na total falta de respostas que não conseguem dar – e

³⁶⁰ MELMAN, Charles. *Op. cit.*

³⁶¹ MELMAN, Charles. *Op. cit.*

mesmo se preocupar em dar – para tais tipos de demanda social. Pois, a opinião pública independentemente de qualquer outra questão ideológica já foi formatada para atribuir responsabilidades às agências oficiais de controle sócio-penal como a única e talvez mais apta maneira de ver efetivados os valores socialmente construídos, independentemente, de sua projeção arbitrária ou não, enfim, barbárie ou não. Talvez o que cause maior frustração é precisamente não se admitir a mutação cultural – não-violência, doutrina da proteção integral, etc. – pelas agências de controle social.

O não atendimento das reivindicações paranóicas originárias da histeria coletiva por maior segurança e certeza do Direito, certamente, importa no aumento do descrédito nos valores humanos adotados democraticamente por opções políticas num determinado tempo e espaço, isto é, na própria organização do Estado, enfim, a partir da Constituição da República de 1988, aumentando, assim, a dimensão paranóica³⁶².

A doutrina da proteção integral é trazida ao universo jurídico pelo alinhamento político-ideológico do Poder Constituinte às diretrizes internacionais dos direitos humanos afetos à criança, então, consignados na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada por unanimidade pela Assembléia das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, conforme destaca Josiane Rose Petry Veronese e João Felipe Correa Petry³⁶³, observando-se, assim, que a mencionada doutrina “situa a criança dentro de um quadro de garantia integral e evidencia que cada país deverá dirigir suas políticas e diretrizes, tendo por objetivo priorizar os interesses das novas gerações, pois a infância passa a ser concebida não mais como um objeto de ‘medidas tuteladoras’, o que implica reconhecer a criança sob a perspectiva de sujeito de direitos.”.

A criança e o adolescente enquanto sujeitos de direitos são detentores de prerrogativas legais que lhes conferem tratamento diferenciado na implementação e efetivação dos direitos mais comezinhos e inerentes à personalidade humana, precisamente, por se encontrarem na formação cultural, social, política, espiritual, moral, ideológica, dentre outras perspectivas que possam se configurar como expressões de tudo aquilo que é indispensável à cidadania plena.

³⁶² MELMAN, Charles. *Op. cit.*

³⁶³ VERONESE, Josiane Rose Petry e PETRY, João Felipe Correa. *Adoção internacional e mercosul: aspectos jurídicos e sociais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 181 e ss.

1.3. PESSOA HUMANA E CIDADANIA

Luigi Ferrajoli adverte que não se pode mais admitir que cidadania seja um *status* privilegiado apenas conferido a determinadas pessoas³⁶⁴, consoante advertência pontuada acerca da ampla definição de T. H. Marshall³⁶⁵ do que seja *cidadania* – isto é, de que é “*um status atribuído aqueles que são membros de pleno direito de uma determinada comunidade*”. Esta acepção não difere, segundo Luigi Ferrajoli, salvo por sua maior carga comunitária, da noção jurídica análoga de cidadania identificada essencialmente com a *cidadania política* como pressuposto dos direitos políticos por sua vez vinculados à soberania do Estado. Contudo, adverte que uma noção muito ampla de *cidadania* se superpõe, anulando-a, a uma segunda figura de *status*, ainda mais importante quiçá que a anterior, com a que se encontram vinculados muitos daqueles direitos aos quais se refere T. H. Marshall, isto é, o conceito de *pessoa* (e o de *personalidade*). Na tradição jurídica se tem mantido sempre a distinção entre um *status civitatis* (ou cidadania) e um *status personae* (personalidade ou subjetividade jurídica). Uma distinção somente proclamada, em forma dicotômica, na Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 26 de agosto de 1789 (*Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*), que suprimia qualquer anterior distinção de *status*, conservando unicamente dois: o *status* de cidadão, vale dizer, a cidadania, e o de pessoa, vale dizer, a personalidade, estendida a todos os seres humanos. Homem e cidadão (*Homme y citoyen*), pessoa e cidadão, personalidade e cidadania formam desde então, e em todas as constituições, os dois *status* subjetivos dos que dependem duas classes diferentes de direitos fundamentais: os *direitos da personalidade*, que correspondem a todos os seres humanos enquanto indivíduos ou pessoas, e os *direitos de cidadania*, que correspondem exclusivamente aos cidadãos.

Assim, a primeira destas duas classes de direitos – apenas os direitos do homem ou da personalidade – engloba por inteiro a categoria dos direitos que

³⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 97-123.

³⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* O Autor destaca que “conforme T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class* [1950], trad. Italiana de P. Maranini, *Cittadinanza e classe sociale*, Utet, Torino, 1976, p. 92 (trad. Española de P. Linares. *Ciudadania y clase social*, Alianza, madrid, 1998). De forma análoga J. M. Barbalet. en *Citizenship, Rights, Struggle and Class Inequality*, trad. Italiana D. Zolo, *Cittadinanza, Diritti, conflitto e disuguaglianza sociale*, Liviana, Padova, 1992), define la cidadania como ‘participação ou pertinência (propriedade – atribuição) a uma comunidade’ (p. 30), vale dizer, como ‘*status* atribuído a quem é membro de pleno direito de uma comunidade nacional’ (p. 48).”.

Marshall denomina de “direitos civis” e que em seu delineamento havia ficado vinculada com a cidadania: as “liberdades pessoais, de pensamento, de crença, o direito a possuir coisas em propriedade e de estipular contratos válidos, e o direito de obter justiça”³⁶⁶, não se atribuem aos cidadãos enquanto cidadãos, senão enquanto pessoas: o exercício dos direitos civis (“*l’exercice des droits civils*”), proclamou o artigo 7 do Código Civil de Napoleão, é independente da qualidade de cidadão (“*est indépendant de la qualité de citoyen*”).

“Os homens” (e não os cidadãos), diz o artigo 1 da *Declaração* de 1789, “nascem livres e iguais em direitos (*en droits*)”; e o artigo 2 fala de “direitos naturais e imprescritíveis do homem”, identificando-os com “a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”; enquanto que os artigos 7, 8, 9 e 10 incorporam para todos eles as garantias do *habeas corpus*, as restantes garantias penais e processuais e a liberdade de pensamento. Existe tão só uma classe de direitos – os direitos políticos – que são atribuídos pelo artigo 6º ao indivíduo enquanto cidadão (*citoyen*): “o direito a concorrer pessoalmente ou por meio de representantes à formação” da lei como “expressão da vontade geral”, e o de “aceder a todas as dignidades, postos e empregos públicos sem outra distinção que a de suas virtudes e a de seus talentos”. Para mais, é precisamente esta particular configuração dos direitos como direitos do homem e não do cidadão o traço que caracteriza a concepção moderna – individualista e não comunitária – da liberdade; da associação marshalliana da liberdade e dos restantes direito à cidadania como “propriedade” a uma “determinada comunidade” se converte, pelo contrário, no reflexo de uma noção política da liberdade, própria do mundo antigo, interpretada não como liberdade do indivíduo enquanto tal, senão do cidadão enquanto não escravo nem estrangeiro, e, sim, como membro e partícipe de uma *polis* ou de uma comunidade política³⁶⁷.

³⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*

³⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* Para o Autor, esta “conexão das liberdades e demais direitos com a cidadania como propriedade (atribuição – pertinência) ou participação na *polis* é seguramente um traço típico da democracia grega (cf. Aristóteles, *Política*, III, 1, 1275a, onde “cidadão” é quem participa na vida pública). Mas o é também do mundo romano, onde a personalidade jurídica estava vinculada às diferentes formas de pertinência (atribuição – propriedade – dominação) definidas através dos diferentes *status* (*familiae* y *civitatis*); assim como, inversamente, dependiam da falta ou da perda de relações com o grupo através das *capitis diminutiones*. Recorde-se a definição de Gayo da *capitis minutio* como *status permutatio* (D. 4, 5, 1, *Gaius*, lib. IV *ad Edictum Provinciale*) e suas três causas diferentes (máxima, media, mínima) enumeradas por Paulo (D. 4, 5, 11, *Paulus*, lib. II *ad Sabinum*). A condição jurídica dos sujeitos como titulares de direitos repercutia, no direito romano, sua posição no grupo político, sendo *optimo iure* ou *sui iuris* só os cidadãos livres e pais de família (*pater familiae*), enquanto que todos os demais (*peregrini* das províncias, *servi* y *fílii*) eram considerados diversamente como súditos (*alienae potestati subiecti*). A mesma situação se mantinha no direito medieval, tanto feudal como das cidades, onde o indivíduo conservava direitos e deveres, privilégios e cargas segundo sua

Os únicos direitos que têm sido essenciais para o capitalismo e não podem ser dissociados da economia de mercado são o direito igual de todos de aceder à propriedade e a igual capacidade de obrar, vale dizer, de contratar, que pelo mais haviam sido reconhecidos já, em virtude de privilégios de *status (familiae e libertatis)* e, em todo caso, com independência da cidadania, inclusive antes da *Declaração* de 1789. O mercado, em definitivo, não havia tido necessidade de esperar a *Declaração* de 1789 nem o *Bill of Rights* do século anterior, para organizar-se à margem das fronteiras nacionais da cidadania. O mérito da *Declaração* de 1789 foi bem distinto: consistiu em reconhecer e sancionar como direitos do homem os direitos de liberdade, e como direitos do cidadão os direitos políticos, uns e outros essenciais não só para o desenvolvimento do capitalismo, senão também para o da democracia. O desenvolvimento social (comunitário), civilizatório e humanitário devem ser contextualizados historicamente, haja vista que são fontes importantes para a resolução de questões aparentemente insolúveis numa determinada época pelas análises que o conhecimento até então poderia oferecer.

As categorias fundamentais particularmente próprias ao Direito Penal – isto é, à Dogmática Jurídico-Penal enquanto Ciência Jurídica, vale dizer, Ciência Jurídico-Penal³⁶⁸ – histórica e socialmente são construídas com o fito precípua de contemplar situações concretas que se desenvolvem numa dada comunidade – segundo

atribuição (pertinência – domínio – propriedade), por nascimento ou por ocupação, às famílias, grêmios ou corporações. Tem-se afirmado inclusive que este nexa entre condição jurídica do indivíduo e atribuição (pertinência – domínio – propriedade) política é um traço distintivo de todas as organizações primitivas (cf. H.J.S. Maine, *The Ancient Law. Its Connections with Early History of Society and Its Relations to Modern Ideas*, Murray, London, 1861; F. Bonfante, *Storia de Diritto romano* [1934], Giuffrè, Milano, 1958, p. 67-79; F. Orestano, ‘Status libertatis, civitatis, familiae’, em *Novissimo Digesto Italiano XVIII*, Utet, Torino, 1971, pp. 383-385; M. Bretone, ‘Capitis deminutio’, *ibid.*, II, 1958, pp. 916-918). Pode-se dizer por isto que o trânsito desde a liberdade dos antigos à liberdade dos modernos, tal como foram comparadas no célebre ensaio de Benjamin Constant, coincide com o progresso desde o modelo comunitário em direção a um modelo individualista do *status* subjetivo. Acrescento que o modelo comunitário hoje resgatado pelas doutrinas sociológicas da cidadania dificilmente pode subtrair-se, inclusive através de uma interpretação meramente ‘política’, à suas dimensões organicistas, patrióticas ou étnicas – incluídas mas também excluídas –, tal como se encontram nos delineamentos de *communitarians* como Michael Sandel, Charles Taylor e Muchel Walzer. A propósito da oposição entre ‘modo comunitário’ e ‘modo individualista’ do *status*, cf. A. Corasantini, ‘Stato delle persone’, em *Enciclopedia del diritto XLIII*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 948 ss. Uma reflexão geral sobre os diversos problemas da noção de *status*, em relação com questões de igualdade e diferenças, em G. Alpa, *Status e capacita. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Laterza, Roma-Bari, 1993.”

³⁶⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

Roberto Cardoso de Oliveira³⁶⁹ – e que, assim, regulamentam não só comportamentos humanos, mas, também, autorizam a intervenção estatal coercitiva, em virtude mesmo da “aceitação” e da “dependência” que se constituem culturalmente acerca da sua necessidade instrumental para pacificação dos conflitos sociais, legitimando, desta maneira, a repressão e a punição estatal.

Através da história do Direito Penal, observa-se o esforço, ainda que inconsciente, dos legisladores em retirar da responsabilidade legal todo elemento subjetivo – de acordo com Roberto Cardoso de Oliveira³⁷⁰ com apoio em Lucien Lévy-Brühl – buscando-se, assim, subtrair do julgador a perigosa tarefa de “penetrar nas consciências”. Não se pode olvidar, que a concepção jurídica da pessoa humana em se constituindo numa abstração teórica, e, apesar de guardar uma necessária correspondência empírica à sua própria dimensão social, por certo, não se reduz à mera funcionalidade requerida pela Dogmática Jurídico-Penal.

Por maior que seja a necessidade social de segurança jurídica e, assim, conseqüentemente, de contemplação das novas configurações sociais de responsabilização legal, impõe-se o reconhecimento e identificação dos elementos constitutivos da responsabilização penal, isto é, a “sua dupla dimensão: objetiva e subjetiva”³⁷¹.

A desconsideração desta dupla dimensão – objetiva e subjetiva – da responsabilidade “obscurece sua efetiva significação”³⁷², impossibilitando, assim, a identificação de tais elementos constitutivos, através de “reflexão filosófica”³⁷³, bem como na falta de reconhecimento da própria noção de responsabilidade. Com efeito, no

³⁶⁹ OLIVEIRA, Roberto Cardoso. *Razão e afetividade: o pensamento de Lucien Lévy-Brühl*. 2ª ed. Brasília: UnB; Paralelo 15, 2002, p. 59. Segundo o autor, a história e o hábito conduzem a um quadro conceitual de referência com condições de abrigar a dimensão empírica de fenômenos observáveis, vale dizer, a realidade empírica passível de observação que se encontra situada no universo histórico e social.

³⁷⁰ Lucien Lévy-Brühl, *L'idée de responsabilité*, p. 182. in Roberto Cardoso de Oliveira. *Op. cit.*

³⁷¹ OLIVEIRA, Roberto Cardoso. *Op. cit.*

³⁷² OLIVEIRA, Roberto Cardoso. *Op. cit.*

³⁷³ OLIVEIRA, Roberto Cardoso. *Op. cit.* De acordo com o autor, “é pela demonstração filosófica, e com o argumento por ela gerado, que Lévy-Brühl dá início a seu itinerário rumo à elaboração do argumento sociológico [e, em conclusão, afirma que a] solução de um problema filosófico, tão nítido e tão rigoroso que ele seja, jamais pode se impor com a evidência universal e irresistível que comporta a demonstração de um teorema matemático. Descartes, que pensava o contrário, enganou-se sobre este ponto: daí seus erros de método e suas ilusões metafísicas.”

âmbito penal, idêntico resultado se observa, vale dizer, é impossível o reconhecimento e a conseqüente imputação de responsabilidade jurídico-penal sem que se encontrem presentes os elementos objetivos e subjetivos constitutivos para tal desiderato, haja vista que num Estado Democrático (Constitucional³⁷⁴) de Direito não se pode admitir legitimamente a intervenção estatal repressivo-punitiva sem que se identifique previamente a dupla dimensão – objetiva e subjetiva – da responsabilidade penal, através de análise contrastativa inerente ao exigível devido processo legal.

1.4. (Re)DEFINIÇÃO DA CIDADANIA INFANTO-JUVENIL

A partir da obra de John Stuart Mill procura-se estabelecer as primeiras aproximações acerca da temática relacionada à subjetividade – senão, aos processos de subjetivação das relações de poder que se desenvolvem numa dada comunidade humana –, com base na liberdade civil e social, isto é, a proteção contra a tirania dos governantes políticos, analisando-se a natureza e os limites do poder que a sociedade legitimamente exerça sobre o indivíduo³⁷⁵.

³⁷⁴ CADEMARTORI, Sérgio U. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

³⁷⁵ MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Trad. Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 53 e ss. Como adverte o Autor, “o objeto deste Ensaio é defender como indicado para orientar de forma absoluta as intervenções da sociedade no individual, um princípio muito simples, quer para o caso do uso da força física sob a forma de penalidades legais, quer para o da coerção moral da opinião pública. (...) a única finalidade justificativa da interferência dos homens, individual ou coletivamente, na liberdade de ação de outrem, é a autoproteção. (...) Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano.”

A liberdade de pensamento³⁷⁶ – especulações livres e vanguardistas –, na verdade, busca evitar o controle, restrição e ou supressão do direito de expressão, certamente, perpassa pela possibilidade de discussão de temáticas que devem ser pautadas publicamente por se constituírem em assuntos que são pertinentes a toda comunidade – como, por exemplo, os interesses e direitos individuais, difusos e coletivos afetos à infância e à juventude.

A redefinição da cidadania infanto-juvenil perpassa, sim, pela subjetivação das pessoas que se encontram na condição de desenvolvimento da personalidade, reconhecendo-as como titulares de direitos fundamentais, consoante dispõe os arts. 1º, inc. III; 227 e 228 da Constituição da República de 1988.

O livre desenvolvimento da individualidade – um dos elementos capitais da essência do bem-estar, para John Stuart Mill³⁷⁷ –, configura-se num dos principais aspectos para a emancipação da personalidade humana, para melhoria da qualidade de vida individual e comunitária (progresso individual e social), contudo, desde que não produza injustificadamente dano a outrem.

A noção de subjetividade deve ser incorporada a partir da interferência do duplo e recíproco sentido de individualidade, isto é, a) tanto como liberdade à plenitude do desenvolvimento da personalidade do indivíduo inserido num determinado contexto social (isto é, liberdade individual limitada); b) quanto desse próprio meio social através da atuação de sua governabilidade (isto é, liberdade político-social limitada) nas suas formas de interferir fora do âmbito que diz respeito

³⁷⁶ MILL, John Stuart. *Op. cit.* O Autor reconhece “a necessidade para o bem-estar mental humano (de que todo o bem-estar humano de outra natureza depende), da liberdade de opinião, e da liberdade de exprimir a opinião. E isso com quatro fundamentos distintos (...) Primeiro, se uma opinião é compelida ao silêncio, é possível seja ela verdadeira, em virtude de algo que podemos vir a conhecer com certeza. Negar isso é presumir a nossa infalibilidade. Segundo, mesmo que a opinião a que se impôs silêncio seja um erro, pode conter, e muito comumente contém, uma parte de verdade. E, uma vez que a opinião geral ou dominante sobre um assunto é raramente, ou nunca, a verdade inteira, só pela colisão das opiniões contrárias se faz provável se complete a verdade com a parte ausente. Terceiro, ainda que a opinião aceita não seja apenas verdadeira, mas a verdade toda, só não será assimilada como um preconceito, com pouca compreensão ou pouco sentimento das suas bases racionais, pela mor parte dos que a adotam, se aceitar ser, e efetivamente for, vigorosa e ardentemente contestada. (...) em quarto lugar, se tal não se der, o significado mesmo da doutrina estará em perigo de se perder, de se debilitar, de se privar do seu efeito vital sobre o caráter e a conduta: o dogma se tornará uma mera profissão formal, ineficaz para o bem, mas a estorvar o terreno e a impedir o surgimento de qualquer convicção efetiva e profunda, vinda da razão ou da experiência pessoal.”

³⁷⁷ MILL, John Stuart. *Op. cit.* Para o Autor “o cultivo da individualidade é que produz ou pode produzir seres humanos bem desenvolvidos. (...) A única fonte infalível e constante, porém, de aperfeiçoamento é a liberdade, desde que com ela há tantos centros independentes de aperfeiçoamento possíveis quantos indivíduos.”

exclusiva e unicamente ao indivíduo (direito individual de cunho fundamental à privacidade e intimidade³⁷⁸).

A subjetividade da pessoa humana que se encontra na condição peculiar de desenvolvimento de sua personalidade, isto é, as liberdades substanciais mais mezinhas e essenciais à individualidade pessoal e social do ser humano, por certo, encontra referência tanto no âmbito da infância e da juventude, quanto no âmbito comunitário que compartilham socialmente, enquanto controladores e controlados, pois tal relação importa no reconhecimento do desejável individualismo³⁷⁹, por certo, delimitado, através da equilibrada e democrática interferência que possa sofrer.

Por isso, afigura-se fundamental o desenvolvimento das potencialidades que respeitem a capacidade e a preservação da força criadora para manutenção da dignidade da pessoa humana enquanto ser comunitário que vive numa sociedade civilizada³⁸⁰. Pois, todas as pessoas que convivem numa dada comunidade humana são responsáveis pelo destino comum daquele grupo social. É preciso, então, ser repensadas permanentemente as estruturas e as funções dos organismos sociais e das instituições públicas³⁸¹ que foram legais e legitimamente constituídas para a proteção dos interesses públicos e comuns ao destino democraticamente optado pela comunidade humana em que se vive.

³⁷⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: 05 de outubro de 1988.

Art. 5º (...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

³⁷⁹ MILL, John Stuart. *Op. cit.* O Autor identifica três gêneros de objeções à interferência governamental, que, não envolve desrespeito à liberdade, primeiro: relativo a coisas mais adequadas a serem feitas pelos indivíduos do que pelo governo; segundo: relativo a coisas não afeitas aos indivíduos, mas, desejável que seja feita por eles, do que pelo governo, como um meio para a sua educação mental; terceiro: mais eficaz razão para limitar a interferência do governo é o grande perigo de lhe aumentar desnecessariamente o poder.

³⁸⁰ ATHAYDE, Celso; SOARES, Luiz Eduardo; e BILL, MV. *Cabeça de porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 282. Segundo o autor, o primeiro passo para a ruptura com este estado de coisas, com a violência e a sua banalização, enfim, com a barbárie é ter “capacidade de nos emocionar com os sofrimentos alheios e preservemos nossa força criadora, para salvarmo-nos como civilização e como seres humanos, dignos deste nome.”.

³⁸¹ ATHAYDE, Celso; SOARES, Luiz Eduardo; e BILL, MV. *Op. cit.* Para Luiz Eduardo Soares, o segundo passo adequado para o tratamento da violência é a reconstrução radical dos aparelhos repressivos do Estado, dentre eles o Ministério Público e o Poder Judiciário, através mesmo dos “aspectos importantes da perspectiva em que atuam representantes do Ministério Público e do Poder Judiciário? O promotor não precisa encarnar o Deus do Antigo Testamento para demonstrar apreço à lei. A compaixão é legal, drena o ódio, cicatriza feridas, fertiliza a vida. Nada pode ser mais importante contra a violência do que a empatia com o sofrimento alheio. Quando os comportamentos são regidos pelo que Celso denominou ‘lei da selva’, o círculo infernal do crime e do castigo termina por envolver a sociedade numa teia interminável de sofrimento, bloqueando possíveis fontes de mudança.”.

A (re)definição da cidadania infanto-juvenil importa antes do mais na constituição de um ser responsável, um ser que deve ser constituído para assumir responsabilidade, enfim, capacitado para a coexistência social respeitosa e responsável. Eis, pois, o que deve consistir a cidadania infanto-juvenil enquanto dimensão existência digna da pessoa humana que se encontra na peculiar condição de desenvolvimento da personalidade. A defesa da cidadania exige independência funcional dos Poderes Públicos, em decorrência mesmo da necessária equípolência entre os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. Até porque, esses poderes não são exclusividades daquelas instituições, mas, sim, expressões da soberania popular, isto é, pertencentes ao povo, pelo povo e para o povo. Pois, toda e qualquer relação desigual de poderes gera violações de direitos.

A cidadania diferenciada e especial reconhecida à criança e ao adolescente orienta-se tanto pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, quanto pela doutrina da proteção integral, então, respectivamente, preceituados no inc. II, do art. 1º, e, nos arts. 227 e 228, todos da Constituição da República de 1988, senão, deduzível sistematicamente não só do catálogo constitucional – art. 5º e demais figuras pertinentes –, mas, também, das inúmeras legislações infraconstitucionais – ordinárias e especiais (como, por exemplo, do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente).

A emancipação da pessoa, na verdade, perpassa pela própria subjetividade da criança e do adolescente, isto é, no reconhecimento de que são sujeitos de direitos àquelas pessoas que se encontram numa das peculiares fases da vida que corresponda ou à infância ou à juventude, ou seja, na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade. Entretanto, é preciso que não se esqueça que “em sentido técnico-jurídico pessoa é um ente dotado de capacidade jurídica, quer dizer, apto para ser sujeito de direitos.”, segundo Alessandro Groppali³⁸², para quem, uma coisa é a capacidade de ter e de gozar direitos, inclusive, os que se estendem a todos

³⁸² GROPPALI, Alessandro. *Introdução ao estudo do direito*. Trad. Manuel de Alarcão. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1978, p. 143 e ss. O Autor adverte que “diferente da capacidade jurídica, que é a capacidade de ter e de gozar direitos e que para certos direitos pessoais (direito à integridade física, moral, ao nome, à vida, à honra, etc.) se estende a todos indistintamente, é a capacidade de agir, isto é, de exercício de direitos, de fazer valer e de assumir obrigações, que pressupõe a capacidade de entender e de querer, quer dizer, a consciência e a liberdade dos próprios actos.”.

indiferentemente, enquanto outra é a capacidade de exercício de direitos. Neste sentido, Alessandro Groppali³⁸³ leciona que a incapacidade do exercício de direito pode revestir duas formas distintas: a incapacidade legal (idade) e a incapacidade natural (“sugestão hipnótica, delírio febril, doenças, etc.”).

Com efeito, por mais que a criança e ou o adolescente tenham a capacidade de praticar ato infracional assimilado à conduta delituosa, por certo, não têm capacidade de responder criminalmente pelas conseqüências decorrentes de sua atitude, por exemplo, mas, sim, diferenciadamente, através de medidas legais de cunho preponderantemente pedagógico, isto é, socioeducativo, o qual é apto a educar para a criação de valores humanos, do sentimento de respeito e responsabilidade pelo outro, através da idéia de pertencimento ao grupo familiar e comunitário em que se vive, e, não diversamente a partir do marco da exclusão, enfim, da expulsão social enquanto eliminação do outro.

A criança e o adolescente, assim, constituem-se numa nova cidadania, haja vista que são sujeitos de direitos cuja proteção integral é direcionada para o atendimento de interesses indisponíveis por serem vitais a suas respectivas condições peculiares de pessoas em desenvolvimento destinando-se, pois, de forma prioritariamente absoluta o atendimento de direitos individuais (direito subjetivo) e garantias fundamentais, mediante o oferecimento de tutelas diferenciadas e específicas, pois como adverte Alessandro Groppali³⁸⁴, “não pode conceber-se um direito em que falte o sujeito destinatário desse poder.”. Exemplo disto se opera no conflito estabelecido entre a geração presente e a geração futura acerca dos interesses individuais, difusos e coletivos pertinentes ao meio ambiente. Por isso, “se se pode

³⁸³ GROPPALI, Alessandro. *Op. cit.* Segundo o Autor a “incapacidade do exercício (...) pode revestir duas formas diferentes: a incapacidade legal, que muitas vezes está ligada a determinadas circunstâncias, como a idade (...) e outras vezes requer uma averiguação especial mediante os processos judiciais de interdição ou de inabilitação, e a incapacidade natural, que se verifica quando uma pessoa, no momento em que pratica o acto, está incapaz de entender e de querer, por sugestão hipnótica, delírio febril, doenças, etc. A capacidade de exercício, por sua vez, pode ser negocial (capacidade de realizar negócios e de assumir obrigações jurídicas), processual (capacidade de estar e de agir em juízo), delituosa (capacidade de delinquir e de responder pelas conseqüências dos delitos).”.

³⁸⁴ GROPPALI, Alessandro. *Op. cit.* Segundo o Autor “se o direito subjectivo é (...) um poder de agir tutelado pelo sistema jurídico para a satisfação de um interesse, não pode conceber-se um direito em que falte o sujeito destinatário desse poder.”.

falar de sujeitos incertos e futuros, não se pode, contudo, dizer que se verifique a falta de sujeito.”³⁸⁵.

O direito da criança e do adolescente destina-se não só a proteção integral das pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento, isto é, na infância ou na juventude de suas vidas, mas, também, à família, à sociedade e ao Poder Público, para que não só se abstenham de ações e ou omissões que coloquem em risco ou violem os interesses, direitos e garantias inerentes àquelas pessoas, mas, que, também, promovam, defendam e zelem por tais expressões da cidadania diferenciada.

A criança e o adolescente estão identificados constitucional e estatutariamente como sujeitos de direito com destinação de tutela jurídico-legal protetivamente integral que deverá se realizar sempre com prioridade absoluta, haja vista que existe legalmente determinada uma relação jurídica (relação social e de poder regulamentada) com aqueles titulares de direitos subjetivos diferenciados, por razões político-democráticas e de justiça social – segundo Alessandro Groppali³⁸⁶ –, que, devem ser preservados independentemente de que se individualize (personalize) ou não o seu titular, pois o que se defende é a dignidade da pessoa humana que se encontra na infância ou na juventude, as quais são peculiares fases da vida do ser humano. O conjunto de interesses, direitos e garantias que são expressões desta cidadania diferenciada e, que, assim, constitui a específica sistemática jurídico-protetiva, importa, sim, em direito subjetivo autêntico, independentemente, da capacidade de entender e ou de querer da criança e ou do adolescente, diversamente, pois, do que exigem os partidários da teoria da representação. Pois, como adverte Alessandro Groppali³⁸⁷, somente as pessoas isoladamente ou agrupadas em coletividades podem ser elevadas à categoria jurídico-legal denominada de sujeito de direitos e de deveres, senão, que, “para conseguir fins e defender interesses que transcendem a potencialidade e os limites da vida dos indivíduos.”. A infância e a juventude

³⁸⁵ GROPPALI, Alessandro. *Op. cit.*

³⁸⁶ GROPPALI, Alessandro. *Op. cit.* Segundo o Autor “o titular não está individualizado, como normalmente acontece, mas existe uma relação jurídica privada momentaneamente do titular, que, devido a razões de conveniência e de justiça social, é conservada, embora em estado de suspensão, na expectativa de que ela se personalize num novo titular.”.

³⁸⁷ GROPPALI, Alessandro. *Op. cit.* “Os homens, e só os homens, quer isoladamente considerados, quer agrupados em coletividades, são sujeitos de direitos e de deveres (*hominum causa omne ius constitutum*), são pessoas, e mesmo as chamadas pessoas jurídicas, pessoas coletivas ou pessoas morais, não são mais do que pluralidade de pessoas consideradas como unidade no espaço (corporações) ou no tempo (fundações), e elevadas à categoria de sujeitos de direito, a pessoas autônomas, com a capacidade jurídica análoga à das pessoas físicas (*personae vicem sustinent*), para conseguir fins e defender interesses que transcendem a potencialidade e os limites da vida dos indivíduos.”.

constituem uma nova totalidade que diferencia a cidadania daquelas pessoas que se encontra na condição peculiar de desenvolvimento: crianças e adolescentes. Conseqüentemente, impõe-se o reconhecimento de direitos individuais e garantias fundamentais distintas que componham o patrimônio subjetivo de crianças e adolescentes para o atendimento de suas necessidades vitais básicas, senão, mais comezinhas à personalidade e dignidade da pessoa humana.

Desta maneira, torna-se possível a emancipação subjetiva e cidadã daquelas pessoas que se encontram na infância ou na juventude, vale dizer, em desenvolvimento do caráter (personalidade), senão, da melhoria da qualidade da vida vivida individual (da própria subjetividade) e comunitariamente (social). Por isso, impõe-se não só ao Poder Público, mas, também, à sociedade o reconhecimento teórico-pragmático de valores civilizatórios e humanos insculpidos nos interesses, direitos e garantias afetos à criança e ao adolescente, estabilizando-se, por assim dizer, uma teoria jurídica própria, especial, prioritária e integralmente protetiva que fundamente, justifique e oriente a aplicação das leis de regência e as demais figuras legislativas pertinentes.

Os elementos fundamentais, institutos, pressupostos, requisitos, dentre outras categorias jurídico-legais protetivas decorrentes do próprio estabelecimento legislativo constitucional e ordinário, precisamente, pelos efeitos jurídicos a que se destinam produzir, demandam criação e superação hermenêutica, quando, não, eficácia declarativa e constitutiva do Direito da Criança e do Adolescente.

Mutatis mutandis, é o que tem afirmado Alessandro Groppali ao descrever o reconhecimento de categorias jurídicas, por parte do Estado, que se opera através da via legislativa – como, por exemplo, a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, consoante orientação constitucional –, pontuando, então, que, “mediante o reconhecimento não há uma simples aceitação de entes que já existem de facto no plano social, mas opera-se uma transformação na sua estrutura interna, imprimindo-lhe uma unidade e uma capacidade jurídica anteriormente inexistente. Note-se, pois, que o reconhecimento, em vez de ter apenas valor declarativo, tem eficácia constitutiva.”.

Eis, pois, um dos motivos pelos quais a capacidade jurídica tanto da criança, quanto do adolescente ser limitada constitucional e estatutariamente, como,

por exemplo, a não possibilidade de responsabilização penal (inimputabilidade penal), mas, sim, através de medidas legais diferenciadas, quais sejam protetivas específicas e socioeducativas (conforme será tratado no Capítulo IX, da Parte III, desta Tese).

2. HERMENÊUTICA JURÍDICO-PROTETIVA

Impõe-se a todo e qualquer processo de interpretação – que se faz necessário para a implementação, efetivação e vida do direito – sobremodo, o das normas constitucionais, guardar adequação à natureza fundamental dos motivos políticos e dos princípios essenciais que servem de base a estes preceitos³⁸⁸. E isto apenas se pode operar a partir de uma perspectiva humanitária, emancipatória e transdisciplinar, resguardando-se, contudo, o lugar da autoridade da opção política legitimamente adotada, enquanto preceito fundamental inerente à autodeterminação dos povos. O desenvolvimento de toda e qualquer sociedade perpassa necessariamente pela própria evolução da pessoa enquanto ser humano. Pois, indiscutivelmente, não se pode falar em pessoa, sujeito, cidadão, democracia, Estado de Direito, enfim, dos direitos fundamentais sem que se possa efetivamente na prática realizar os desejos mais mezinhos da personalidade humana, atendendo, assim, por vezes, as necessidades básicas da vida humana, enquanto perdurarem os níveis de miséria mais eloqüentes que o mundo já experimentou. Pois, como se pode facilmente constatar na realidade brasileira, um miserável não usufrui direito algum.

O direito mais fundamental que é viver em condições decentes, segundo o primado constitucional da dignidade da pessoa humana, é cotidianamente negado a grande parte da população brasileira, afigurando-se, assim, os direitos políticos, civis, culturais e religiosos num luxo enquanto milhões de pessoas vivem em condições infra-humanas, segundo Sérgio Vieira de Mello³⁸⁹. De acordo com o autor, não existe uma hierarquia do sofrimento ou da tragédia para a vítima, o sofrimento é idêntico. Contudo, esclarece que as mulheres e as crianças – e, anote-se que na seara internacional toda pessoa com idade inferior a dezoito (18) anos é considerada criança

³⁸⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, p. 54.

³⁸⁹ MELLO, Sérgio Vieira de. Entrevista. Revista Veja, São Paulo, edição sob nº 1763, ano 35, nº 31, , p. 11-15, 07 ago. 2002. O autor é Comissário dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU. Na entrevista, assevera-se que a dualidade entre direitos coletivos e individuais está superada, pois, na verdade, o bem estar econômico e social deve gerar liberdade individual.

– são as primeiras vítimas nos conflitos, mas também são fatores de racionalidade e contenção.

E isto demonstra que as mulheres e as crianças sentem mais que os homens adultos o valor da paz social e a importância do desenvolvimento. Em geral, as sociedades contemporâneas têm se orientado pela racionalidade patrimonialista. E o que isto quer dizer, precisamente, que, as diversas e variegadas formas de elaboração de leis e a constituição dos novos direitos, fixam, na verdade, proteções de cunho meramente assecuratório da esfera patrimonial da pessoa, permanecendo, assim, na dimensão abstrata do sujeito proprietário em ter direitos.

Todavia, a personalidade humana concreta, ou seja, a subjetividade jurídica, em perspectiva emancipatória – segundo Mauro Almeida Noletto³⁹⁰ – a muito tem sido esquecida, e, por vezes, abandonada, a partir mesmo de interpretações da própria Constituição Federal não compromissadas com os ideais de um Estado que se pretende Democrático e de Direito. Pois, de acordo com o autor, o primeiro passo é o abandono da abordagem jurídica dogmática, utilizando-se para tanto os marcos de uma teoria crítica do direito, sustentando-se, assim, a necessidade de se construir, em perspectiva emancipatória, uma nova visão acerca da titularidade de direitos, a subjetividade jurídica.

E isto impõe uma revisão teórica do próprio modelo de subjetividade jurídica, desdobrando-se, então, no terreno da ação social transformadora e criativa dos operadores jurídicos, posto que, derivado da discussão acerca da hermenêutica material como forma de superação do paradigma exegético de interpretação e aplicação do Direito, constituindo um processo não apenas compatível com a dialética social do Direito, mas a ela necessário.

Com efeito, uma atitude superadora se impõe como de muito gosto professava Roberto Lyra Filho³⁹¹, para quem, na verdade, constitui-se num avanço, numa superação dialética que não envolve em si o aniquilamento, mas, sim, uma ultrapassagem que conserva os aspectos positivos e as conquistas de etapas anteriores.

³⁹⁰ NOLETO, Mauro Almeida. *Subjetividade jurídica: a titularidade de direitos em perspectiva emancipatória*. Porto Alegre: Safe, 1998, p. 161-164.

³⁹¹ LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Círculo do Livro, 1990, p. 152 e ss (Coleção Primeiros Passos – volume 16).

As mudanças do conteúdo das Leis de Regência, isto é, no arts. 227 e 228 da Constituição da República de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, certamente, exigem alterações profundas e sistematizadas que somente poderiam se dar com o advento de uma nova Constituição, senão, na elaboração de um novo Estatuto. Porém, como isto é desnecessário e atualmente descabido, por certo, afigura-se plausível a construção hermenêutica superatória das lacunas legislativas que, no fundo, constituem-se na possibilidade real da construção de sentidos, antes mesmo que possam ser identificadas como a possibilidade do caos jurisprudencial, senão, do próprio decisionismo. A garantia democrática é parte hoje do problema da realização – efetividade – dos direitos mais mezinhos da personalidade humana, pelo que, também, é parte dos problemas hermenêuticos, próprios a toda implementação – aplicação – da lei, seja comum, seja de caráter superior, e, em especial, constitucional. Principalmente, no que se refere aos métodos, fins e resultados que influenciam a interpretação³⁹². A tendência hoje é precisamente se encaminhar em direção ao resgate do Estado Constitucional de Direito, através do qual, nos dizeres de Sérgio Urquhart Cademartori³⁹³, criam-se referentes indisponíveis de legitimidade para o exercício do poder político, vale dizer, a sua própria forma de exercício – submetida ao Direito, democrática, de garantia – e os âmbitos de exclusão, como, por exemplo, é o caso dos direitos fundamentais. As constituições passam a integrar um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível, em linha de princípio, para todos os poderes do Estado, os quais devem sempre orientar as suas ações segundo o sentido e o conteúdo das normas constitucionais. Os direitos fundamentais, o regime democrático, enfim, a constituição assim é identificada e entendida como tal, quando, e, tão somente, submeter os poderes do Estado de igual forma a que deve submeter todo e qualquer seu cidadão, principalmente, porque aqueles são os seus primeiros guardiões, impondo-se-lhes, no exercício de suas funções, antes de tudo, adaptarem-se à constituição e não diversamente procurar adaptá-la – modificando ou reformando – aos seus interesses nem sempre confessáveis.

O constitucionalismo contemporaneamente constitui-se numa espécie de tentativa de superação da debilidade estrutural do âmbito jurídico, que, na verdade,

³⁹² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.*

³⁹³ CADEMARTORI, Sérgio U. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 26-32.

tanto tem impedido a implementação e efetividade dos direitos mais mezinhos da personalidade humana. Desta forma, impõe-se a apuração da realidade sócio-política, uma vez que a proximidade desta constatação possibilita a construção de uma perspectiva, que, desvelando as verdadeiras causas de todo processo, necessariamente, enquanto garantia democrática, deverá afastar as preconceituosas discriminações formais. No entanto, permanece a intrigante constatação de que a possibilidade de supressão destes vínculos e garantias não estará nunca descartada de uma vez para sempre, pois, como se sabe, os limites legais ou constitucionais impostos aos poderes políticos estão nas mãos daqueles que exercem tais poderes – de acordo com o nomeado autor³⁹⁴.

Porém, a legitimidade de toda sociedade e Estado que se pretendem democráticos de Direito perpassa pelo grau de respeito e de implementação – condições que conjugadas constituem a idéia de efetividade, vale dizer, ao mesmo tempo em que limita (respeito) o poder, também, exige-lhe (implementação) através de instrumentos aptos e capazes a construção de estruturas de atendimento, senão, meios facilitados de acesso – desses direitos por opção política identificados como fundamentais, haja vista mesmo que tais direitos passam a ser o alicerce das ditas democracias contemporâneas. É o que Luigi Ferrajoli³⁹⁵ denomina de esfera do indecidível, para quem, os direitos fundamentais contemporaneamente impõem uma igualdade em direitos, configurando vínculos substanciais impostos a toda idéia de democracia que se possa formular, pelo que, tornam-se inafastáveis precisamente por não serem passíveis de decisão.

O que se propõe, na verdade, é que através da interpretação emancipatória de viés humanitário, seja possível empreender normatividades a partir do estabelecimento – (re)conhecimento significativo – de elementos, requisitos, pressupostos e conceitos básicos e específicos que histórico, cultural e, agora,

³⁹⁴ CADEMARTORI, Sérgio U. *Op. cit.*, p. 30-31. Para o autor, o sentimento que cada pessoa possui de seus próprios direitos, de sua identidade e dignidade enquanto cidadão, é de onde deriva a sua disposição para a luta para a defesa e realização dos direitos vitais próprios e alheios, individuais e coletivos. Pois, somente pela pressuposição desta garantia pessoal podem funcionar as declarações e limitações constitucionais. Até porque, toda e qualquer norma constitucional nunca poderá ser absolutamente eficaz ou mesmo totalmente ineficaz.

³⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. in OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89-109. Segundo o autor, o garantismo de um sistema jurídico é uma questão de grau, que depende da precisão dos vínculos positivos ou negativos impostos aos poderes públicos pelas normas constitucionais e pelo sistema de garantias que a esses vínculos asseguram uma taxa maior ou menor de efetividade.

legalmente se encontram preceituados nas Leis de Regência – Constituição da República de 1988 e Estatuto da Criança e do Adolescente –, bem como subsidiariamente nas demais figuras legislativas³⁹⁶, pertinentes à promoção, proteção e defesa dos interesses e direitos afetos à infância e à juventude, sem se descuidar da regulamentação processual, focando a especificidade do que é indenizável sob o ponto de vista da lide judiciária. Estatuto da Criança e do Adolescente é acusado de não ser eficaz – tanto jurídico, quanto socialmente – por isso, funda-se no imaginário coletivo, senão, na opinião pública e mesmo no senso comum jurídico, a perspectiva de sua não validade para a resolução adequada das questões para as quais teria sido constituído sob o signo de tal promessa.

Esta afirmação, entretanto, é falaciosa, pois, sequer, pode se confundir legitimamente com uma circunstancial descrição ou mesmo constatação fática, haja vista que a eventual falta de aplicação do Estatuto certamente decorre da falta de conhecimento ou senão intencionalmente por desídia de familiares, das instituições sociais e ou dos órgãos incumbidos legalmente do cumprimento das funções públicas estabelecidas para o atendimento das necessidades vitais básicas inerentes à infância e à juventude. Até porque, alguns construtores jurídico-sociais ainda relutam em aceitar convincentemente os pressupostos axiológicos que constituem e estruturam a Doutrina da Proteção Integral como padrão valorativo na construção das novas expressões humanitárias (sentidos) em prol da criança e do adolescente. Os princípios são fórmulas, ou seja, construções doutrinárias que sintetizam as causas econômicas, históricas, políticas e sociais que serviram de determinantes para a criação da lei.

Entretanto, ousou apenas pontuar, com a devida vênia, que os princípios penais e processuais penais devem ceder ante a especificidade do princípio da proteção integral quando for necessária a integração das regras estatutárias para o estabelecimento de sentido que, antes do mais, constitua a normatividade própria infanto-juvenil. Os argumentos fornecidos possibilitam o tratamento de tais acontecimentos, senão, através do oferecimento de resoluções civilizatórias e

³⁹⁶ Como, por exemplo, a Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil brasileiro); Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil brasileiro); dentre outros.

humanitárias que cada vez mais melhorem a qualidade de vida individual³⁹⁷ – da criança e do adolescente –, e social – peculiarmente, comunitária –, procurando, assim, evitar situações de risco pessoal e ou social.

O problema atual do direito da criança e do adolescente é precisamente este, qual seja, a falta de implementação da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 justamente pela falta de uma metodologia integrativa especificamente própria à instância hermenêutica superadora e emancipatória da interpretativa técnico-jurídica vinculada aos ditames legais. Isto é, torna-se premente o estabelecimento de uma estratégia epistêmico-metodológica transdisciplinar que estabeleça uma teoria do conhecimento (saber jurídico infanto-juvenil) que sustente argumentativa e discursivamente este novo ramo do direito. As crianças e adolescentes, no Brasil, não podem mais se constituir num exército de reserva de espoliados e desvalidos que rogam passivamente por benefícios estatais, quando, não, vivem perambulando e vagando sem rumo pelas ruas das cidades.

É preciso estabelecer uma teoria do conhecimento a partir de uma interpretação cujo marco teórico sejam os direitos humanos das crianças e dos adolescentes, protegendo, promovendo e assegurando os direitos mais mezinhos da personalidade humana destes novos agentes sociais, ao que se denominou, por opção político-legislativa, como direitos fundamentais.

Agora como sujeitos de direitos que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade devem exercer plenamente suas respectivas cidadanias, enquanto condição fundamental da dignidade da pessoa humana. A interpretação deve ser um momento de descoberta e criação de um direito novo que contemple adequadamente as novas circunstâncias e contingências, quando, não, ser sempre um momento de (re)significação do direito existente, ou seja, o desvelamento de “algo” que sempre existiu e que já se encontrava na própria lei³⁹⁸, porém, com

³⁹⁷ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Trajetórias jurídicas: desafios e expectativas*. Florianópolis: Habitus, 2002, p. 93-112. “Na verdade, as novas possibilidades de resolução dos conflitos baseadas, nas necessidades, desejos e interesses das partes, sob as formas de integração e não de enfrentamento adversarial, por tudo, reciprocamente, destrutivo do outro (MORAIS, José Luís Bolzan e SILVEIRA, Anarita Araújo. Outras formas de dizer o direito, p. 94-96), afiguram-se como alternativas mais proveitosas e criativas.”

³⁹⁸ GRAU, Eros. *La doppia destrutturazione del diritto: una teoria brasiliana sull'interpretazione*. Milano: Unicopli, 1996, p. 59. e ss. Para o Autor, “O conjunto de disposições (textos e enunciados) é sobretudo o ordenamento em potência: um conjunto de possibilidades de interpretações, um conjunto de normas potenciais.

significação ideologicamente diversa, pois, delimitada pela concepção dominante do direito, por determinados grupos e interesses inconfessáveis.

Conquanto, é precisamente esta nova denominação – aqui, o novo direito da criança e do adolescente – que dará sentido novo ao querer/desejo comum da infância e da juventude brasileira. Isto é, a sistematização de princípios que se afigurem indispensáveis à resolução das questões afetas ao campo jurídico-legal da infância e da juventude, certamente, deve priorizar o tratamento hermenêutico estabelecido pelo princípio da proteção integral. De outro lado, não se pode legitimamente priorizar os princípios próprios do direito penal e mesmo do direito processual penal, pois isto demandaria reconhecer que a natureza jurídica a medida socioeducativa é repressivo-punitiva, e, não, de cunho pedagógico.

Ao invés disto, impõe-se a construção de uma ampla configuração principiológica que remonte aos princípios fundamentais constitucionalmente previstos, para, assim, significar e (re)significar os princípios gerais do direito, as garantias fundamentais, com o fito precípuo de que sejam distinguidas as regras jurídicas substanciais e as processuais – e também as procedimentais – dos princípios específicos e gerais e os processuais, ainda, que, estes sejam estabelecidos através de regras jurídicas.

E, aqui, em particular, é importante que se faça a distinção – diga-se, nem sempre clara, na prática processual brasileira – entre princípios processuais e leis processuais, conforme advertência de Eduardo J. Couture³⁹⁹. Não raras são às vezes, em que se desliza através do método analógico, isto é, a mera utilização de regras jurídico-processuais que, no fundo, apenas legitimam a intervenção estatal repressivo-punitiva, ao invés da utilização de princípios fundamentais, como, por exemplo, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, que, certamente, não têm origem na dogmática jurídico-penal ou mesmo processual-penal, mas, sim, na

O significado (isto é, a norma) é o resultado da atividade interpretativa: o significado da norma é, de fato, produto/obra do intérprete. As disposições, os enunciados e textos não dispõem de fins enquanto não são convertidos em normas através do processo de interpretação. (...) Isto não significa dizer que o intérprete cria literalmente a norma, antes ele a declara/exprime. O produto da interpretação é a norma expressa como tal. Mas esta norma é potencialmente preexistente no invólucro do texto, do enunciado. A norma se encontra potencialmente radicada no enunciado (texto ou disposição); o intérprete a faz emergir.”

³⁹⁹ COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Trad. de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Constituição da República de 1988, por adoção clara decorrente de opção política pelos direitos humanos.

Em conclusão, tem-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, na verdade, reclama é uma hermenêutica própria, por assim dizer, “infanto-juvenil”, que, oriente-se pelos princípios fundamentais, as garantias constitucionais e pelo primado da Proteção Integral, haja vista que o direito penal e suas demais vertentes já se encontram devidamente sepultados com o advento da Constituição da República de 1988, e, a consolidação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.1. HERMENÊUTICA HUMANITÁRIA EMANCIPATÓRIA

Os artigos 1º ao 6º, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, constituem-se em princípios gerais do direito da criança e do adolescente e que, por isso, devem ser vinculados à toda interpretação que se realize sobre direitos e garantias pertinentes à infância e à juventude, perpassando, assim, não só pelas figuras legislativas constitucionais, senão, pelas estatutárias, mas, também, a toda e qualquer outra que sejam relativas à criança e ao adolescente, isto é, que cuidem da proteção, promoção, defesa e atendimento dos direitos daquelas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade. É o que se encontra expressamente prescrito no art. 6º, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, enquanto regra principiológica para

interpretação do novel direito da criança e do adolescente. Norma interpretativa do direito da criança e do adolescente enquanto norma aceita e reconhecida democraticamente, isto é, uma vez adotada por opção política (valores humanos) passa a vincular obrigatoriamente (jurídico-legal) comportamentos sociais à sua observância sob pena de nulidade, isto é, de não produção de efeitos jurídico-legais legitimamente vinculantes.

Os princípios específicos destinados ao direito da criança e do adolescente, para além de proporcionarem a sistematização da complexidade normativa através de uma hermenêutica jurídico-protetiva emancipatória que ultrapasse os umbrais da onipotência legislativa, por certo, deverá evitar o paralelismo legalista que é decorrente mesmo da proliferação legislativa, segundo Aloísio Surgik⁴⁰⁰, que “gera hoje funestas conseqüências, não só por parte do assim chamado macro-legislador, com suas medidas provisórias e outras formas de legislação autoritária, mas também do micro-legislador, o qual, através de portarias, regulamentos, normas ou disposições, nas diferentes instâncias do poder e da administração pública, torna muitas vezes a vida dos indefesos cidadãos um verdadeiro suplício.”.

A imobilização dos costumes em textos legais historicamente tem conseqüências, senão, objetivos claros, como, por exemplo, o de motivação fisiológica, segundo Paolo Grossi⁴⁰¹, “porque o valor deve poder ser conhecido por todos para ser observado numa sociedade complexa, deve gozar daquele sumo de certeza que um texto escrito possui”.

A Convenção sobre os Direitos da Criança enquanto fruto de intensa e plural intervenção de pessoas, Estados e organismos não-governamentais é referência não só jurídico-legal – “caráter de lei internacional, com força vinculante entre os Estados que a ratificaram” – para a formação de políticas públicas – “para as políticas legislativas” –, mas, principalmente, “para fortalecer a justiça, a paz e a liberdade em

⁴⁰⁰ SURGIK, Aloísio. *Gens gothorum: as raízes bárbaras do legalismo dogmático*. 2ª ed. Curitiba: Livro é Cultura, 2004, p. 140.

⁴⁰¹ GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 95.

todo o mundo mediante a promoção e a proteção dos direitos humanos”, consoante destaca Sérgio de Souza⁴⁰².

O primeiro esclarecimento que se deve pontuar é precisamente que constitucionalismo não possui a mesma dimensão, idéia ou noção do que venha a ser constituição. Portanto, o que se vai aqui procurar demonstrar é que existem condições de possibilidade de crítica e criatividade – no sentido de criação, construção – da constitucionalidade. Desta forma, uma interpretação jurídico-social orientada por tais condições de possibilidade pode muito bem aproximar as teorias do constitucionalismo à constituição mesma, material, real, interna. A idéia de uma constituição interna – segundo German J. Bidart Campos⁴⁰³ – guarda relação com os conteúdos pétreos de uma constituição tradicional-historicista, os quais são antes de tudo uma fonte de prospera correspondência entre a comunidade e a constituição que ordena seu regime político, e, não, diversamente, um fator de perda de constitucionalidade, endurecimento, enfim, de dogmatismo ascético.

A noção de constitucionalismo aqui (re)formulada guarda a idéia de processo, de transformação, de construção da constitucionalidade. A constitucionalidade passa, assim, a ser verdadeiramente a validade propriamente dita da norma jurídica que se pretende válida, quer isto dizer, para tal desiderato, ou seja, validade material, toda norma deve possuir significado ou conteúdo coerente com as normas substanciais sobre a sua produção – segundo Luigi Ferrajoli, para quem – pois, a validade (constitucionalidade) é antes de tudo uma questão de coerência ou compatibilidade das normas produzidas com as substanciais sobre a sua produção.

Para uma melhor compreensão da complexidade da legalidade no Estado Constitucional de Direito, é importante não olvidar que, o sistema de normas sobre a produção de normas, então, estabelecido constitucionalmente no Brasil, não se compõe efetivamente só de normas formais sobre a competência ou sobre o procedimento de criação das leis, mas, também, inclui normas substanciais que limitam e vinculam os construtores jurídicos, vedando-lhes ou impondo-lhes determinados

⁴⁰² SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os direitos da criança e os direitos humanos*. Porto Alegre: Safe, 2001, p. 61 e 62. De acordo com o autor, “a amplitude de participação no tocante à sua elaboração, permitiu que a Convenção acabasse por ser o fruto de intenso trabalho internacional, envolvendo as mais diversas disciplinas científicas e, principalmente, compatibilizando sistemas jurídicos e culturais diversos, criando um texto normativo cujos parâmetros são flexíveis, adaptáveis às diferentes realidades dos Estados Partes e, por isso mesmo, sendo referência para as políticas legislativas desses últimos.”

⁴⁰³ CAMPOS, German J. Bidart. *Filosofia Del derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1969, p. 96.

conteúdos – de acordo com o referido autor. Até porque, toda e qualquer teoria da constituição não se converte em norma de direito constitucional, segundo José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁰⁴, para quem, mas pode fornecer bases de um compromisso. Conquanto, “a Teoria da Constituição intervém lá onde a solução dogmático-jurídica (ou, se se quiser, teórico-científica) deixa de poder apoiar-se metódica e metodologicamente na normatividade constitucional” – de acordo com o autor. A constitucionalidade, alcançada através de um processo de constitucionalização das instâncias públicas, caracteriza-se então pela dimensão substancial tanto do Estado de Direito, quanto da própria democracia. E esta nova concepção de constitucionalidade – ou seja, de validade propriamente dita da norma – encontra-se travejada nos direitos fundamentais que igualmente garantidos a todos e subtraídos à disponibilidade, formam a esfera do *indecidível que* e do *indecidível que não*, operando, assim, segundo Luigi Ferrajoli⁴⁰⁵, como fatores de legitimidade e de deslegitimação das decisões ou das não-decisões.

Um Estado Constitucional de Direito é, por sua própria natureza, um ordenamento imperfeito, mas, paradoxalmente, a sua eventual imperfeição é o seu maior mérito. Pois, a perfeita coerência e plenitude do sistema exigiriam o afastamento das normas sobre a produção de vínculos substanciais⁴⁰⁶. Estas verdadeiras mutações constitucionais – diferentemente de reformas – que se operam tanto por adição (de um conteúdo novo que se incorpora à constituição material), quanto por subtração (por abandono ou desuso de uma vigência), quando, não, operam-se por interpretação e aplicação (obtem-se um conteúdo distinto do especificamente previsto e pensado pela constituição), podem gerar o fenômeno denominado de desconstitucionalização, o qual tem lugar quando a constituição escrita perde vigência e é substituída por uma constituição material distinta e oposta.

Até porque, a continuidade e fidelidade históricas aos conteúdos de uma constituição, as quais asseguram a própria intangibilidade daqueles não

⁴⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1982, p. 80.

⁴⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*

⁴⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* p. 100. De acordo com o autor, a possibilidade de um direito inválido ou lacunoso representa a condição prévia tanto do Estado Constitucional de Direito como da dimensão substancial da democracia. “As garantias mais não são do que técnicas criadas pelo ordenamento para reduzir a divergência estrutural entre normatividade e efetividade, e portanto para realizar a máxima efetividade dos direitos fundamentais em coerência com a sua estatuição constitucional.”

permitindo que sejam destruídos ou abolidos, apenas podem cessar quando a estrutura social subjacente padece de mudanças tão essenciais que impedem mesmo a sustentação daqueles conteúdos na estrutura constitucional. E isto se dá, segundo Germán J. Bidart Campos, precisamente, porque nenhuma constituição pode e sequer deve divorciar-se da base sociológica que lhe proporciona o sustento. Para mais, a contribuição que permanece é a discussão acerca do constitucionalismo contemporâneo quanto ao que é constituição, e qual é a constituição de um Estado, que real, verdadeira e efetivamente o ordena, o faz ser e existir tal como é, compondo-o e estruturando-o, em correspondência, aos anseios sociais da comunidade. No caso do Estado brasileiro, uma discussão do papel da Constituição Federal na efetivação – muito além da promoção e garantia – dos valores substanciais que não podem se negados à sociedade.

Em face disto, deve-se render convincentemente à idéia de que o constitucionalismo, exurgente do Estado Democrático de Direito, pelo seu perfil compromissário, dirigente e vinculativo, segundo Lenio Luiz Streck⁴⁰⁷, *constitui-ação* do Estado!

Em linha com o que já se disse, impõe-se uma metateoria jurídico-interpretativa do Direito cuja principal função agora já não será só perscrutar o conteúdo substancial ou não da norma jurídica existente seja ela comum ou de caráter superior, mas, sim, a de criticar e ser criativa proporcionando mesmo a (re)construção do conteúdo, segundo um novo (re)ordenamento racional de institutos jurídicos que favoreçam a persecução dos fins últimos inicialmente fixados pelas opções políticas legitimamente adotadas no jogo democrático.

A constituição mesmo só resulta da análise existencial, pois a sua explicitação – que somente terá lugar no momento em que tiver sido atingida a situação hermenêutica necessária, segundo Lenio Luiz Streck⁴⁰⁸ – senão, construção é atingida por uma interpretação que se determina a partir dos próprios valores inseridos na constituição. Pois, como assevera o nomeado autor, o processo interpretativo deixa

⁴⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁴⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.* De acordo com o autor, onde se pergunta o que é o ente, tem-se em mira o ente enquanto tal.

de ser reprodutivo (*Auslegung*) e passa a ser produtivo (*Sinngebung*), uma vez que a compreensão e a explicitação da constituição já exige uma prévia compreensão acerca do sentido e da própria constituição.

E isto quer dizer, precisamente, que seja qual for o movimento constitucionalista ou a teoria da constituição, não deve fornecer a justificação das decisões jurídicas, mas, sim, favorecer a descoberta ou investigação das soluções jurídico-constitucionais. A interpretação constitucional exige sensibilidade jurídica, política e social – segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, para quem – deve-se buscar a conexão sistêmica, no exame dos aspectos orgânico-estruturais e funcional-atributivos. As transformações ocorridas no mundo exigem novas inspirações e reconhecimento de estratégias emancipatórias da humanidade.

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁰⁹, todo e qualquer movimento teórico constitucional não substitui a constituição positiva na tarefa de organização jurídica do processo de regulação e decisão e na distribuição de tarefas pelos vários titulares de decisão, mas cabe-lhe discutir os limites, as possibilidades e a força atuante da constituição e do direito constitucional.

A interpretação da constituição e a aferição da conformidade de constitucionalidade – compreensão e explicitação – já são por assim dizer comandadas pela constituição mesma. O construtivismo, assim, enquanto interpretação constitucional criativa e corretiva, constitui-se num contributo à construção das condições de possibilidade formativa – fator de transformação social – mais flexíveis, facilitando a correspondência da constituição com a comunidade política – sociedade – e instrumentalizando, desta forma, a realização dos direitos mais mezinhos da pessoa humana, ao que hodiernamente se denominado de direitos fundamentais.

Segundo Hermes Lima⁴¹⁰, O objeto da interpretação é a lei, pois o que se busca é a determinação do sentido objetivo da lei. *Vic ac potestas legis* – ou seja, a lei não é o que o legislador quis que ela fosse, porém o que se expressou em forma de lei. A lei pode não coincidir com a vontade dos que a fizeram, pelo que, não se pode

⁴⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.* De acordo com o autor, a discussão se estabelece sobre as manifestações mais importantes, dentre elas, interpretação, aplicação, âmbito material, vigência temporal, numa perspectiva de *conexão de descoberta e investigação* dos problemas político-constitucionais.

⁴¹⁰ LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 111 e ss.

garantir que uma vez promulgada as conseqüências sejam as que se vislumbraram anteriormente.

As conseqüências imprevistas e inesperadas. Daí a necessidade de se ter em conta a capacidade que as leis possuem de subsistirem de modo autônomo, inclusive, diante da possibilidade de seguirem novos rumos e direções diversas das desejadas anteriormente pelo legislador. O fundamento racional de uma norma também importa para os resultados alcançados pelas interpretações, ou seja, a *ratio legis*, pois, uma norma criada para um fim, como já se viu, adquire função e destino diversos.

Em face disto, é importante que não se possibilite o menor risco possível aos direitos individuais, de cunho fundamental, das crianças e dos adolescentes, principalmente, quando circunstancialmente adolescentes possam se encontrar envolvidos num evento infracional. O fundamento racional de uma norma também importa para os resultados alcançados pelas interpretações, ou seja, a *ratio legis*, pois, uma norma criada para um fim, como já se viu, adquire função e destino diversos. A *ratio legis* é a força vivente móvel da lei, ou seja, é o que anima a disposição legal, acompanhando-a na sua vigência e desenvolvimento – idéia de cooptação, uma vez que procura contemplar o maior número possível de situações fáticas.

Desta forma, novos sentidos resultam para contemplar a regulamentação de novos casos, vale dizer, justificar e reproduzir a própria ordem jurídica existente – segundo se lê em Carlos María Cárcova⁴¹¹. Pois, como adverte Amartya Kumar Sen⁴¹², o poder de fazer o bem quase sempre anda junto com a possibilidade de fazer o oposto. A interpretação deve ser um momento de descoberta e criação de um direito novo que contemple adequadamente as novas circunstâncias e contingências, quando, não, ser sempre um momento de (re)significação do direito existente, ou seja, o desvelamento de “algo” que sempre existiu e que já se encontrava na própria lei, porém, com significação ideologicamente diversa, pois, delimitada pela concepção dominante do direito, por determinados grupos e interesses inconfessáveis. Conquanto, é precisamente esta nova nominação – aqui, o novel Direito da Criança e

⁴¹¹ CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998.

⁴¹² SEN, Amartya Kamur. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 11.

do Adolescente – que dará sentido novo ao querer/desejo comum da juventude brasileira.

Os princípios são fórmulas, ou seja, construções doutrinárias que sintetizam as causas econômicas, históricas, políticas e sociais que serviram de determinantes para a criação da lei. Como, então, admitir a idéia de punição – ainda que mínima – de um jovem?!

O jovem que se encontra envolvido numa ação conflitante com a lei, quando, não, vitimizado durante a sua inaugural vivência, já foi a primeira vítima do descaso no seio de sua própria família, e, mesmo das autoridades públicas que se constituíram para o impedimento de tal desiderato, no seio da própria sociedade. Agora, desamparado não por falta de políticas públicas, mas, sim, pela sua não realização/efetivação, precisamente, por se mostrarem sempre confessáveis.

As perspectivas emancipatórias, assim, necessariamente, devem partir da compreensão de que para o estabelecimento, manutenção e efetividade do Estatuto da Criança e do Adolescente, tornou-se insofismável o reconhecimento da subjetividade das crianças e dos adolescentes não só como pessoas humanas – e, desta forma, todos os seus direitos e garantias individuais fundamentais –, mas, sobretudo, o das suas personalidades jurídicas, isto é, enquanto sujeitos de direito, enfim, como uma nova totalidade cidadã então formada pelas pessoas que se encontram na especial fase de suas vidas em condição peculiar de desenvolvimento de suas personalidades.

Desta maneira, ao se reconhecer jurídico-legalmente as crianças e os adolescentes como cidadãos estendendo-lhes, assim, todos os direitos e garantias individuais fundamentais, certamente, os emanciparão em dignidade própria das pessoas humanas, assegurando-lhes as condições necessárias para a melhoria da qualidade de vida⁴¹³.

⁴¹³ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Op. cit.*

2.2. CONDIÇÃO HUMANA INFANTO-JUVENIL

A criança e o adolescente devem ser protegidos em função mesmo de suas vulnerabilidades estruturais, isto é, de suas dependências em face dos núcleos familiares e comunitários a que pertencem, e, de suas vulnerabilidades materiais, vale dizer, de suas próprias condições peculiares enquanto pessoas que se encontram numa especial fase de suas vidas em que desenvolvem suas personalidades. Para o estabelecimento de uma ética humanitária, é preciso antes do mais proteger e destacar a importância da criança e do adolescente como seres que necessitam de tudo o que for insubstituível à dignidade, pois são expressões sensíveis da própria humanidade.

A melhoria da qualidade de vida individual e coletiva, certamente, perpassa pela mutação cultural por uma nova ética, por uma ética humanitária, cujo matiz seja o respeito e a responsabilidade pelo outro. Arthur Schopenhauer afirma que o mundo é constituído por representações, isto é, pelas sínteses “entre o subjetivo e o objetivo, entre a realidade exterior e a consciência humana.”. O Autor “pretendeu abordar a própria coisa-em-si”, isto é, o que Immanuel Kant denominara de “noumenon”, vale dizer, “o que existiria em si mesmo” e diverso do que “nos aparece”, ou seja, os fenômenos. Assim, Arthur Schopenhauer passou a entender a “coisa-em-si” como a “raiz metafísica de toda a realidade” o que “para ele seria a Vontade.” A experiência interna revelaria à pessoa que ela é um ser que se autodetermina, motivo pelo qual o seu comportamento certamente deveria ser considerado como a expressão direta da sua vontade⁴¹⁴.

⁴¹⁴ SCHOPENHAUER, Arthur. *Crítica da filosofia kantiana*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 8 e ss (Coleção Os Pensadores). “Para Schopenhauer, o corpo humano é apenas objetivação da vontade, tal como aparece sob as condições da percepção externa. Em outros termos, o que se quer e o que se faz são uma e a mesma coisa, vistos, porém, de perspectivas diferentes. (...) Essa vontade, para Schopenhauer, é independente da representação e, portanto, não se submete às leis da razão. (...) o real é em si mesmo cego e irracional, enquanto vontade. As formas racionais da consciência não passariam de ilusórias aparências e a essência de todas as coisas seria alheia à razão: ‘A consciência é a mera superfície de nossa mente, da qual, como a terra, não conhecemos o interior, mas apenas a crosta.’ (...) a vontade é concebida em seu sistema como algo sem nenhuma meta ou finalidade, um

A libertação possível do ser humano apenas é atingida através da conduta ética, e, isto, muito bem pode se dar a partir do respeito pelo outro, vale dizer, pela educação das pessoas para que possam controlar os seus “ímpetos individuais”.⁴¹⁵. Entretanto, não seria mais razoável construir de forma paritária, igual e respeitosa uma razão não adversarial – a partir do reconhecimento das diferentes posições e compreensões do mundo que estão em relação – que por sua adequabilidade revele a sua própria plausibilidade jurídico-legal enquanto fundamento legitimador e justificante para a resolução, então, alcançada no acerto do caso concreto a partir mesmo do conflito que certamente é muito mais rico para a construção multifacetada de uma medida jurídico-legal adequada ao real, isto é, do mundo da vida vivida.

De acordo com Arthur Schopenhauer a consciência moderna cuja fonte se encontra no próprio niilismo europeu estabelece os “caminhos oblíquos e os truques de que se serve a natureza humana em geral para ocultar seus defeitos.”. O conhecimento antes de ser concebido como tal é submetido a toda espécie de concepções falsas – e falsificadoras – até que possa ser alcançado por “uma geração sem amarras”, segundo Arthur Schopenhauer, quando, então, gradualmente proporciona novas perspectivas emancipatórias através da consignação de inúmeros canais comunicativos e comunicantes que possibilitam o reconhecimento – filtragem – de contribuições transdisciplinaridade que possam sensivelmente melhorar a qualidade de vida e a própria condição humana na experiência social construída e reconstruída cotidianamente no seio de cada comunidade que se distingue precisamente pelas situações e circunstâncias – contingências – existenciais.

querer irracional e inconsciente.”.

⁴¹⁵ SCHOPENHAUER, Arthur. *Op. cit.* “Para Schopenhauer, o egoísmo, que faz do homem o inimigo do homem, advém da ilusão de vontades independentes que afirmam seus ímpetos individuais. (...) Libertado, pela etapa ética, o homem atinge o princípio que é o fundamento de toda verdade moral: ‘Não prejudiques pessoa alguma, sê bom com todos. (...) Mas nem mesmo a ética da piedade possibilitaria ao homem atingir a felicidade última. Para Arthur Schopenhauer, a mais completa forma de salvação para o homem somente pode ser encontrada na renúncia quietista ao mundo e a todas as suas solicitações, na mortificação dos instintos, na auto-anulação da vontade e na fuga para o Nada: ‘(...) em vez desse tumulto de aspirações sem fim, em vez dessas passagens constantes do desejo ao medo, da alegria ao sofrimento, em vez dessas esperanças sempre inalcançadas e sempre renascentes, que fazem da vida humana, enquanto animada pela vontade, um sonho interrompido, não percebemos mais do que esta paz, mais preciosa que todos os tesouros da razão, a calma absoluta do espírito, esta serenidade imperturbável, (...) a vontade desapareceu; subsiste apenas o conhecimento.”.

Conhecer é viver em luta, vale dizer, a luta permanente contra interesses velados das mais diversas espécies e nem sempre confessáveis que impedem o desenvolvimento humano e a evolução das liberdades substanciais inerentes à dignidade da pessoa humana. A Doutrina da Proteção Integral que consolida substancialmente os direitos humanos inerentes à criança e ao adolescente, assim, como importantes obras, estudos e pensamentos construídos na modernidade, é cotidianamente esquecida sem nenhum pudor, quando, não, simplesmente ignorada por inúmeras pessoas que “seguem filosofando”⁴¹⁶ através de aparentes e supostas “neoteorias” – como, por exemplo, o Direito Penal Juvenil⁴¹⁷ – que, no fundo, apenas expressam as isoladas opções político-ideológicas de seus cultores.

A condição humanitária, aqui, na nova seara jurídico-protetiva do direito infanto-juvenil, por certo, requer contextualização com a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, nos termos do art. 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. É preciso estabelecer um plano nacional para o estabelecimento, manutenção e efetivação de políticas públicas permanentes em prol da infância e da juventude, consolidando-se, assim, as condições mínimas para implementação de programas oficiais de proteção, promoção, defesa e atendimento infanto-juvenil.

O mero reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais, ou seja, uma conceituação meramente formal, revela-se insuficiente, haja vista que existem direitos fundamentais outros que não integram o catálogo constitucional. Luigi Ferrajoli⁴¹⁸ defende uma definição formal de direitos fundamentais embasada única e exclusivamente no critério da titularidade universal, prescindindo da natureza dos interesses e necessidades tutelados, de tal sorte que fundamentais seriam aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos.

⁴¹⁶ SCHOPENHAUER, Arthur. *Op. cit.*

⁴¹⁷ PALOMBA, Federico. *El sistema del nuevo proceso penal del menor*. Trad. Silvana Sciarini. Buenos Aires: Eudeba, 2004, p. 44 e ss (Facultad de Derecho – Serie Estudios). O Autor assinala “la variables que influyeron concretamente sobre el modo de ser del sistema penal del menor tal como ha sido vivido hasta ahora puede resultar importante como advertencia metodológica: la toma de consciencia que de ello deriva puede contribuir en la realización de un nuevo sistema homogéneo.”.

⁴¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*

E isto, no ordenamento jurídico pátrio excluiria uma série de direitos fundamentais – posições jurídicas – precisamente, por não corresponder a sua teoria às opções políticas – decisões fundamentais inerentes à autodeterminação do povo brasileiro, daí o cuidado com os estrangeirismos – que integram o elenco dos direitos (valores) fundamentais. A democracia impõe o debate. O discurso sim é o primeiro passo para o desvelamento de interesses nem sempre confessáveis. Hannah Arendt⁴¹⁹ já asseverou que determinados assuntos, em função de sua importância, devem, sim, ser discutidos na espacialidade pública da palavra e da ação. Medidas emergenciais, urgentes, na verdade, afiguram-se numa pragmática odiosa principalmente quando relativizam e suprimem a possibilidade do debate democrático, pois, hodiernamente, a exclusão também se opera pela privação participativa do discurso, da contribuição, enfim, da reflexão sobre direitos fundamentais da pessoa. Na verdade, é a argumentação que melhor se adequa para a criação de efetivação dos valores consensual e democraticamente optados que se afigura plausível juridicamente.

É indispensável, pois, a sustentação teórica de toda e qualquer atividade – principalmente estatal – para que não se cometam os mesmos equívocos do passado recente. Pois, até mesmo a pragmática das coisas está por exigir uma teoria – tão particularmente própria ao discurso dogmático-jurídico. De outro lado, os atos positivos são importantes. Contudo, é preciso para de ensaiar medidas com o futuro da infância e da juventude brasileira. É preciso dizer não a este estado de coisas e implementar projetos de vida responsáveis permanentemente e não somente quando se anunciam casos excepcionais. É precisamente por isto que se busca num garantismo penal juvenil⁴²⁰ – de duvidosa adequação teórico-protetiva – contribuições interpretativas que assegurem o reconhecimento legal de dispositivos particularmente próprios à dogmática jurídico-penal que possam garantir a dignidade da pessoa humana, independentemente, de ser uma opção político-constitucional.

2.3. PROCESSUALIDADE JURÍDICO-PROTETIVA

⁴¹⁹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

⁴²⁰ MÉNDEZ, Emilio Garcia. A dimensão política da responsabilidade penal dos adolescentes na América Latina: notas para a construção de uma modesta utopia. In ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Vol 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 73 a 92. (Homenagem a Alessandro Baratta).

O devido processo legal constitucionalmente estabelecido como princípio, isto é, vetor que orienta a processualidade necessária e indispensável para a resolução judicial das questões que se estabelecidas no marco jurídico, isto é, que são levadas ao conhecimento e deliberação do Poder Judiciário. Em espécie, aqui, na nova área jurídica da infância e juventude buscar-se-á demonstrar a existência de processualidade legal mínima na figura legislativa de regência, isto é, no Estatuto da Criança e do Adolescente que, na verdade, tem ultimamente demandado interpretação que supere a instância meramente prescritiva das regras processuais e procedimentais legalmente descritas.

Para tanto, tem-se observado que inexiste doutrinariamente um esforço maior para o estabelecimento de uma teorização pertinente ao primado da doutrina da proteção integral. E isto tem possibilitado a adoção, de forma fácil e confortável, de regras processuais penais que apesar de oferecerem limitações à intervenção estatal repressivo-punitiva, de outro lado, não impedirá quando uma vez observada a ritualidade necessária para o conhecimento e julgamento de atos infracionais a aplicação de medidas legais “sancionatórias penais”, ou seja, de cunho repressivo-punitivo, criminalizantes e estigmatizadoras, legitimando-se, assim, a evocação da “culpa” e, por decorrência, a legitimação das intervenções estatais repressivo-punitivas. O que se impõe, na verdade, não é o estabelecimento de regras processuais infanto-juvenil através de método analógico, isto é, da adoção fácil e confortável de regras processuais penais, mas, sim, de interpretação integrativa das regras processuais e procedimentais existentes no Estatuto, e, quando, não existentes, as denominadas lacunas, através da sistematização de princípios processuais que se vinculam muito mais propriamente à teoria jurídico-protetiva do direito da criança e do adolescente – enfim, à teorização jurídica – e as garantias fundamentais que se encontram consignadas na Constituição da República de 1988, do que pura e singelamente ao âmbito processual penal.

É preciso estabelecer uma processualidade própria e pertinente às regras processuais estabelecidas, antinômicas e mesmo lacunosas do Estatuto da Criança e do Adolescente. E isto se dará através da construção teórico-pragmática de interpretação orientada não só por regras processuais, mas, principalmente, por princípios processuais então orientados pelas garantias fundamentais, de cunho

caracteristicamente humanitário. Os princípios e garantias fundamentais que orientam o próprio regime democrático, e, que por vezes são traduzidos por expressões como a do “devido processo penal” e os seus consectários da “ampla defesa” e do “contraditório”, certamente, não são construções especificamente próprias ou mesmo têm origem no âmbito penal ou mesmo processual penal, mas, sim, constitucional, pois, constituem-se em conquistas civilizatórias e humanitárias que, por óbvio, não se operaram apenas no âmbito da dogmática jurídico-penal, e, que, agora, requerem reconhecimento também no âmbito jurídico da infância e juventude.

É preciso, pois, a constituição do devido processo legal infanto-juvenil autêntico para que possa estabelecer tanto a processualidade, quanto a procedimentalidade próprias para a resolução das questões pertinentes à infância e a juventude. É preciso um direito processual infanto-juvenil que não seja uma decorrência analógica pura e simples do processo penal ou mesmo de qualquer outra instância jurídico-processual, isto é, meramente um arremedo distorcido por proposições utilitaristas que em nome da “eficiência” pretendem dar conta da disfuncionalidade estatal que se estabeleceu histórica e culturalmente nas instâncias jurídicas de poder. O direito processual legal infanto-juvenil deve ser construído a partir da integração com o sistema de princípios fundamentais que orientam o próprio ordenamento jurídico, estabelecendo, assim, comunicação com a sistematização principiológica dos princípios processuais – e, não, mera e exclusivamente com os pertinentes ao direito processual penal por mais que aparentemente se mostrem compatíveis e análogos. O princípio do juiz natural também deve ser observado aqui na processualidade destinada à área da infância e da juventude, pois, constitui-se num corolário principiológico constitucional cuja aplicabilidade remonta aos procedimentos judiciais, em espécies, então, previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

CAPÍTULO 8 – PROPEDÊUTICA JURÍDICO-PROTETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. PROPEDÊUTICA JURÍDICO-PROTETIVA

Os destinos da infância e da adolescência no Brasil depois do advento da Constituição da República de 1988, da subscrição da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei Federal nº 8.069, de 13 de

julho de 1990 –, certamente, deixaram de ser preocupação meramente do futuro para então também se consubstanciar em temáticas agora pautadas nas agendas políticas de órgãos governamentais e não-governamentais.

A criança e o adolescente para além de sujeitos de direitos constituem uma nova expressão da cidadania, por assim dizer, de uma cidadania infanto-juvenil, haja vista a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento a que são devidas proteções especiais e prioritárias no atendimento, promoção e defesa dos direitos fundamentais através mesmo da elaboração de políticas públicas permanentes – como, por exemplo, programas oficiais de auxílio –, em especial, com dotação orçamentária privilegiada para tal desiderato.

Os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes são decorrentes de uma longa história de lutas em prol dos direitos humanos. Desde o abandono completo à própria sorte, passando, posteriormente, pelo mero assistencialismo – atendimento tutelar orientado pela noção de melhor interesse da criança, segundo a dogmática jurídica menorista – até a subjetivação destas novas cidadanias (crianças e adolescentes como sujeitos titulares de direitos) projetada culturalmente na opção política pelos valores humanos internacionalmente disputados, então, consagrados constitucionalmente como direitos e garantias fundamentais (individuais e coletivas).

O conteúdo substantivo dos direitos fundamentais da criança e do adolescente vincula-se à condição peculiar daqueles como pessoas em desenvolvimento – nos termos do art. 227 da Constituição da República de 1988⁴²¹, e, do art. 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴²² – isto é, os sentidos a serem atribuídos às regras para a constituição de normatividades, nesta novel área jurídica, guardam compromisso com as liberdades substanciais⁴²³ mais comezinhas à personalidade humana. Por liberdades substanciais, entendam-se exemplificativamente

⁴²¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: 05 de outubro de 1988.

⁴²² BRASIL, Lei Federal sob nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

“Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão e conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

⁴²³ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

os direitos 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, dentre outros, então, consignados como fundamentais à plenitude do desenvolvimento da personalidade humana. Eis, pois, o que se pode entender por orientação doutrinária da proteção integral e especial estabelecida, isto é, como o novo marco teórico-epistemológico fundante do Direito da Criança e do Adolescente enquanto subsistema jurídico-legal próprio (direito positivado⁴²⁴) à resolução das questões pertinentes à infância e à juventude, então, pertencente ao ordenamento jurídico brasileiro. O respeito às liberdades substanciais e, conseqüentemente, à efetivação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes antes do mais perpassa pela conversão pessoal, cultural e consciente, em prol dos valores humanos inerentes à dignidade da pessoa humana – a qual, no Brasil, constitui-se num princípio⁴²⁵ fundamental do Estado que se pretende Democrático (Constitucional⁴²⁶) e de Direito. Os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes são antes de tudo direitos humanos inerentes a toda e qualquer pessoa humana, quando, não, exprimem nas inúmeras dimensões que habitam a própria dignidade da personalidade humana.

A substancialidade de seus conteúdos – dos direitos fundamentais – vincula-se às liberdades primárias e mais comezinhas da personalidade humana. E, assim, orientam a interpretação que se deve operar para o asseguramento dos direitos e garantias individuais das pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento. Eis, pois, o repto teórico-pragmático para a democratização das relações sociais, nas quais se encontrem envolvidas questões pertinentes à melhoria da qualidade de vida de crianças e adolescentes.

A Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 determina como uma das diretrizes da política de atendimento a mobilização da opinião pública no sentido da indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade – inc. VI, do art. 88, do Estatuto. Exemplo disto, é a aprovação de projetos de lei que incluam o Direito

⁴²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984 (Coleção Studium).

⁴²⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: 05 de outubro de 1988.

“Art. 1º (...)

III – a dignidade da pessoa humana;”

⁴²⁶ CADEMARTORI, Sérgio U. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

da Criança e do Adolescente como temática obrigatória em concursos públicos para cargos e funções que direta e indiretamente possuam entre as suas atribuições legais o desenvolvimento de atividades ligadas à infância e à juventude. É o que se deu em Curitiba através da aprovação, por unanimidade, de projeto de lei que inclui o Estatuto da Criança e do Adolescente nos temas dos concursos públicos, sob a fundamentação de que o “objetivo é difundir o conhecimento sobre o Estatuto e conscientizar sobre a sua importância, selecionando profissionais que possam atender e informar melhor a população. (...) esta é uma maneira de divulgar e auxiliar na conscientização de temas defendidos pelo Estatuto.”⁴²⁷. Os direitos fundamentais são estabelecidos político-juridicamente para preservação do âmbito individual (pessoal) da intervenção estatal, segundo Jesus García Torres e Antonio Jiménez-Bianco⁴²⁸, principalmente, das ingerências estatais de cunho repressivo-punitivo.

E, aqui, no âmbito jurídico-legal infanto-juvenil, os direitos individuais, de cunho fundamental, foram plasmados constitucional e estatutariamente, isto é, foram (re)significados por tais leis de regência que possuem inúmeros pontos em comum que, inclusive, “servem de descrição exata da estrutura fundamental do ordenamento”⁴²⁹ jurídico-legal infanto-juvenil. Os efeitos dos direitos individuais, de cunho fundamental, em relação a terceiros – ao que se denomina de *Drittwirkung der Grundrechte*, segundo Jesus García Torres e Antonio Jiménez-Bianco⁴³⁰, segundo os

⁴²⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente pode virar tema obrigatório em concursos públicos em Curitiba. Jornal *O Estado do Paraná*. Curitiba, 08 de março de 2006, p. 2.

⁴²⁸ TORRES, Jesus García e JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Cívitas, 1986 (Cuadernos Cívitas), p. 11-38.

⁴²⁹ TORRES, Jesus García e JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Op. cit.* Os Autores têm sustentado que nunca existiu propriamente uma absoluta separação entre a sociedade e o Estado e, sequer, que isto tenha sido estabelecido como um ideal a ser buscado. Para tanto, advertem que a partir das teses hegelianas é possível entender que “incapacidad de la sociedad para regularse por sí misma y para proporcionar al hombre los supuestos para el despliegue de su libertad, lo que le lleva a ascender hacia el Estado, el único capaz de asegurar la realidad de la libertad. Poco tiempo más tarde explicará Von Stein que ‘la vida de la comunidad humana consiste en la permanente acción y reacción del Estado y de la sociedad’, como términos en oposición.”.

⁴³⁰ TORRES, Jesus García e JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Op. cit.* Os Autores lecionam que com “la expresión alemana *Drittwirkung der Grundrechte* (literalmente, efecto frente a terceros de los derechos fundamentales) se suele denotar la incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas.”.

quais – demandam o estabelecimento de uma metodologia interpretativa da Constituição que se vincule às motivações que sustentam as distintas liberdades públicas e substanciais afetas à infância e à juventude.

Conquanto, uma tal metodologia interpretativa deve cuidar não só da integração do subsistema jurídico-legal infanto-juvenil, mas, sensivelmente, evitar que os direitos fundamentais “só vinculem o poder público no estrito sentido da palavra”⁴³¹, devendo-se, pois, intentar emancipações humanitárias de crianças e adolescentes (sujeitos de direitos) em relação à onipotência legislativa que no mais das vezes tem reduzido inúmeros direitos individuais e garantias fundamentais a falácias jurídicas e políticas⁴³². As desigualdades sociais identificadas nas diversas relações de poder que se estabelecem cotidianamente nos e entre grupos familiares e comunitários, certamente, importam na maior ou menor proteção, promoção e defesa dos direitos individuais fundamentais afetos à criança e ao adolescente.

Contudo, apesar tais desigualdades sociais não serem eliminadas tão só pela intervenção jurídico-legal protetiva, por certo, é possível reconhecer à criança e ao adolescente outras esferas públicas de liberdades (substanciais⁴³³) que restringem a ingerência estatal, bem como o reconhecimento de *status socialis*⁴³⁴ diferenciado àquelas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento – art. 6º, do Estatuto.

Os princípios ordenadores para a convivência social possuem significados diretivos, isto é, que orientam e estabelecem diretrizes não só para o relacionamento social, mas, também, para as relações jurídico-legais, e dentre os quais se encontram os direitos fundamentais enquanto liberdades substanciais. Isto quer dizer que as limitações da ingerência estatal estabelecidas pelo reconhecimento de esferas

⁴³¹ TORRES, Jesus García e JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Op. cit.*

⁴³² CADEMARTORI, Sérgio U. *Op. cit.*

⁴³³ SEN, Amartya K. *Op. cit.*

⁴³⁴ TORRES, Jesus García e JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Op. cit.* De acordo com os Autores, “existen normas sobre derechos fundamentales que no sólo dicen relación a una esfera de libertad que proteger frente al Estado, sino que también garantizan a cada ciudadano un *status socialis* en sus relaciones jurídicas con los demás y, en especial, con los formidables *Sozialmächte*, los grupos y organizaciones cuyo descomunal poderío en la moderna sociedad amenaza al individuo aislado e impotente y frente a los que el Estado debe intervenir justamente para defender el inerme ciudadano.”

públicas de liberdades (substanciais) advêm dos direitos fundamentais, senão, das normas integrativas e metodologias interpretativas (hermenêutica emancipatória) que lhes determinam reconhecimento jurídico-legal, isto é, pertinência protetiva para a resolução de questões vinculadas aos interesses, direitos e garantias afetos à criança e ao adolescente.

Com efeito, é possível concluir que o direito ao desenvolvimento da personalidade se dirige não só em relação ao poder público, mas também à família e a sociedade, por determinação constitucional e estatutária, concluindo-se, então, que a eficácia absoluta dos direitos fundamentais pertinentes à infância e à juventude é postulada, de igual potência, tanto pelos preceitos constitucionais, quanto pelos preceitos estatutários – consoante as reservas da doutrina iuspublicista descrita por Jesus García Torres e Antonio Jiménez-Bianco⁴³⁵.

Não se pode descartar a existência de hegemonias sociais que demandam não só o Poder Público, mas, também, a sociedade em si, motivo pelo qual, a regra jurídica já não pode mais ser simplesmente percebida a partir da relação pendular estabelecida entre cidadãos (pessoas e indivíduos) e o Estado, mas, sim, através das complexas e inúmeras estruturas sociais em que se encontram inseridas essas novas subjetividades, isto é, crianças e adolescentes. Neste sentido, é possível observar que o legislador constituinte estabeleceu responsabilidade concorrente entre a família, a sociedade (comunidade) e o Poder Público (Estado), consolidando, assim, não só a doutrina da proteção integral então sintetizada no art. 227 da Constituição da República de 1988, mas, também, os primeiros passos para o travejamento do subsistema jurídico-legal infanto-juvenil a partir do reconhecimento da “pluralidade de estruturas e formas supraindividuais”⁴³⁶ para formatação de preceitos normativos que regulamentassem os comportamentos e as relações sócio-jurídicas.

⁴³⁵ TORRES, Jesus García e JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Op. cit.* Os Autores esclarecem que “‘el derecho al libre desarrollo de la personalidad se dirige no sólo frente al Estado, sino también frente a terceros.’”, para derivar de ahí que la eficacia absoluta de los derechos fundamentales es *prima facie* postulada más por la dogmática iusprivatista que por la constitucionalista. (...) La doctrina iuspublicista, de cualquier manera, no acogió sino con muchísimas reservas la buena nova del ‘efecto constrictivo u obligatorio de los principios jurídico-constitucionales en el tráfico privado’ (...) del ‘significado inmediato de los derechos fundamentales de la Constitución también para el tráfico jurídico de los ciudadanos entre sí’ (...) de la ‘validez absoluta de los derechos fundamentales’.”.

⁴³⁶ TORRES, Jesus García e JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Op. cit.*

A partir do reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais (liberdades substanciais) próprios à criança e ao adolescente, senão, mesmo em função de suas condições peculiares (infância e juventude), impõe-se o respeito e aceitação das pessoas que encontrem numa daquelas fases da vida enquanto sujeitos de direito a ter direitos individuais e garantias fundamentais, enfim, passam a gozar de *status socialis* diferenciado, haja vista que possuem “liberdades socialmente vinculadas”⁴³⁷. Até porque, os direitos fundamentais não são apenas contrapostos em relação ao Estado (Poder Público), mas, também, em relação à sociedade e à família, senão, a outros indivíduos. Por isso, é legitimamente admissível a “eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais” (*mittelbare Drittwirkung*⁴³⁸).

Isto é, apesar de serem detentores de direitos, os quais necessariamente não correspondem a determinados deveres, por certo, não estão absolutamente autorizados a exercerem livre e, por vezes, diretamente, pois em determinadas circunstâncias deverão também se submeter aos limites legais e socialmente impostos a todos, ou seja, as liberdades públicas (substanciais) constitucional e estatutariamente reconhecidas, por certo, encontram-se limitadas socialmente na persecução absolutamente prioritária da proteção integral da criança e do adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, assim, enquanto legislação especial destinada tratamento normativo dos direitos individuais e garantias fundamentais inerentes à infância e à juventude, assim como quaisquer outras figuras legislativas que regulamentem normas de comportamento social acerca dos interesses e direitos afetos àquelas novas subjetividades, por certo, deverão estar em harmonia com o sistema de valores humanos contemplados nos direitos fundamentais ordenando-se, assim, pelos sentidos e significados que recebem do “específico conteúdo jurídico-constitucional [doutrina da proteção integral e prioridade absoluta] que em todo caso

⁴³⁷ TORRES, Jesus García e JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Op. cit.* De acordo com os Autores, “la aplicación del principio de igualdad a las relaciones sociales ‘significa, desde el punto de vista de la política constitucional, la transformación de los derechos fundamentales en vinculaciones a deberes determinados socialmente en su esencia, con eliminación sustancial de su contenido liberal.’”.

⁴³⁸ TORRES, Jesus García e JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Op. cit.* Para os Autores, o “título referente a los derechos fundamentales también ha instituido un orden objetivo de valores y ha expresado un fortalecimiento principal de los derechos fundamentales. Este *sistema de valores*, que tiene su centro en el libre desarrollo de la personalidad humana y su dignidad en el interior de la comunidad social, debe regir como decisión constitucional básica en todos los ámbitos del derecho; de él reciben directrices e impulso la legislación, la administración y la jurisdicción.”.

determina sua interpretação.”⁴³⁹. É possível dizer com Konrad Hesse⁴⁴⁰ que a Constituição e seus fundamentos (dignidade da pessoa humana, direitos e garantias fundamentais, igualdade jurídica, princípios relativos à Administração Pública regime democrático e do Estado social de Direito) têm ultimamente experimentado destaque especial nas sociedades modernas que se inscrevem em Estados Constitucionais de Direito, assumindo, assim, as suas prescrições “uma autoridade suprema”, pois obrigam todos os poderes do Estado e são parâmetros para as decisões judiciais.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma primeira cautela que se deve empreender é precisamente com a formatação constitucional dos novos e antigos valores humanos, mais próximos à vida comum da pessoa que se encontra na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade, quando, não, a sua efetiva implementação que, na verdade, operar-se-á através de uma metodologia interpretativa própria, a qual, no mais das vezes, encontra-se dissociada da opção política primeira que se operou na construção deste novo Estado de Direito que se pretende democrático.

A idéia de democracia, assim, perpassará primeiro pela garantia de implementação – efetividade – dos direitos mais comezinhos à personalidade humana ao que hoje tem se denominado de cidadania, a qual deve ser auferida por toda pessoa, afastando-se, desta forma, a idéia de que a cidadania se tornou um *status* privilegiado de algumas pessoas ou grupo de pessoas – inclusive, evitando-se aqui a noção de classes sociais, tão cara à ideologia marxista, mas, nem por isso, desconsiderando-as.

Logo, uma garantia democrática forte é necessariamente a emancipação da pessoa humana. A emancipação da pessoa humana é a potencialidade de acumulação de direitos não só fundamentais, mas, todos aqueles que sejam essencialmente indispensáveis à sua realização enquanto pessoa. E, assim, a garantida primeira deve ser democrática, através da qual seja possível a sistematização ambiental da sociedade e do Estado forjando estruturas que potencialize as novas funções de atendimento destas novas necessidades humanas, por assim dizer.

⁴³⁹ TORRES, Jesus García e JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Op. cit.*

⁴⁴⁰ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Cívitas, 1995 (Cuadernos Cívitas), p. 71.

A responsabilidade, porém, é tanto do núcleo familiar, quanto da comunidade, assim como do Estado em todos os seus níveis de governo, exigindo-se, pois, a articulação de ações governamentais e não-governamentais, em conjunto, das políticas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, haja vista que para além das conquistas jurídico-formais⁴⁴¹ – “Leis de Regência” – ainda é preciso implementá-las transformando o mundo da vida vivida em que crianças e adolescentes permanecem em situação de risco pessoal e ou social.

2.1. DIREITO À VIDA E À SAÚDE

Dentre os direitos individuais fundamentais estabelecidos estatutariamente, por certo, que o direito à vida e à saúde são inerentes à própria condição humana da pessoa que se encontra numa das peculiares fases de sua existência, isto é, na infância ou na juventude. Por isso mesmo, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu uma série de garantias fundamentais e medidas protetivas que buscam assegurar desde a concepção, passando então pelo nascimento até que se alcance a idade de maioridade, os direitos mais mezinhos à personalidade humana – como bem ressalta Roberto João Elias⁴⁴².

Assim, em que pese a posição tópica do direito à saúde conjuntamente com o direito à vida – que habitualmente é ressaltado como principal⁴⁴³ – observa-se que na atualidade também tem sido destacado nas pautas públicas governamentais e não-governamentais acerca de temáticas importantíssimas, como, por exemplo, sobre a saúde mental infanto-juvenil – a seguir tratada – para o pleno desenvolvimento da personalidade humana das crianças e adolescentes. Não fosse isto, tem-se de forma integrativa também estabelecido políticas públicas em prol do núcleo familiar em que vive a criança e o adolescente, oferecendo-se apoio institucional à família para que

⁴⁴¹ SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os direitos da criança e os direitos humanos*. Porto Alegre: Safe, 2001, p. 141 e ss.

⁴⁴² ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 8 e ss.

⁴⁴³ SIQUEIRA, Liborni (coord.). *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 7 e ss. O Autor destaca que de “todos os valores fundamentais, a vida ressalta como principal. É o espaço-tempo decorrido entre a concepção e a morte. Todos têm o direito de viver na plenitude da dignidade humana. O direito à vida é um instituto básico dos demais ramos do direito. É fonte geradora de todos os enunciados que justificam a existência do homem vivendo em sociedade.”.

sejam implementadas as medidas de cuidado desde a gestação – maternidade e paternidade responsáveis – até que a criança alcance a idade de maioridade⁴⁴⁴.

O Protocolo de San Salvador que entrou em vigor no mês de novembro de 1999, como bem ressalta Alexandre Morais da Rosa⁴⁴⁵, intenta preservar o bem-estar geral assegurando ao direito à saúde – “entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social – reconhecimento como bem público, motivo pelo qual é considerado direito individual de cunho fundamental exercitável, pois “na maior extensão possível”.

2.1.1. SAÚDE MENTAL INFANTO-JUVENIL

A eleição da abordagem da temática acerca da saúde mental infanto-juvenil, aqui, procura demonstrar a necessidade de comunicação entre os principais entendimentos teóricos na área médica e o esforço jurídico-legal para intersecção prática entre os gestores das políticas públicas referentes à saúde mental, bem como daquelas inerentes à infância e juventude. Não fosse isto, também, busca-se identificar quais seriam as instituições legalmente constituídas que, na prática, desenvolveriam atribuições proposicionais para a proteção, promoção e defesa dos interesses, direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente.

Por isso, deve ser levando em conta as principais situações e circunstâncias (contextualização) nas quais a criança e o adolescente eventualmente possam se encontrar em situações de risco pessoal e ou social, como, por exemplo, pelo envolvimento senão também pela prática de uma conduta (ação ou omissão) cujo

⁴⁴⁴ SIQUEIRA, Liborni (coord.). *Op. cit.* Para o autor, “o atendimento à gestante, à nutriz e à criança, isto é, pré, peri e pós-natal é indispensável assim como o acompanhamento integral em todas as etapas. (...) SUS (Sistema Unificado de Saúde), tem por finalidade integrar as esferas federal, estadual e municipal, objetivando evitar a diluição de recursos materiais e humanos assim como a justaposição de ações. Municipalizar para universalizar a assistência é a meta.” Neste sentido, destaca-se o disposto no inc. I, do art. 88, do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual “a municipalização do atendimento” constitui-se numa das “diretrizes da política de atendimento”.

⁴⁴⁵ ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Florianópolis: Habitus, 2002, p. 147 e ss. O Autor conclui afirmando que “sempre que houver violação dos direitos à saúde, não pode ser invocada a Lei nº 9.494/97 como fator impeditivo da concessão de liminares ou antecipações de tutela em ações tendentes a fazer valer as promessas contidas no Protocolo de San Salvador”.

cometimento é conflitante com a lei – o que na área jurídico-legal especial e diferenciada denomina-se de ato infracional que inclusive contempla hipóteses de institucionalização (semiliberdade, internamento provisório e internação).

Não se pode olvidar que o jovem possa padecer de uma qualquer espécie de sofrimento mental – indiferentemente se constatável antes, durante ou depois do seu envolvimento e ou prática de conduta conflitante com a lei –, motivo pelo qual afigura-se de suma importância a destinação de cuidado especial da saúde mental desses adolescentes que se encontram institucionalizados, nos termos do § 3º, do art. 112, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990⁴⁴⁶.

A presente proposição, assim, procura auxiliar de alguma forma para o estabelecimento do debate público – espacialidade pública da palavra e da ação, segundo Hannah Arendt⁴⁴⁷ –, acerca da saúde mental infanto-juvenil, pois o primeiro e importante passo a ser dado para a mudança comportamental é precisamente pautar temáticas como esta para a reflexão analítica dos pressupostos construídos pelas instâncias culturais, tornando, assim, a infância e a juventude enquanto novas subjetividades humanas (cidadania) visíveis e dizíveis tanto social, quanto politicamente⁴⁴⁸, pois somente com tais condições (de possibilidade) será possível superar a onipotência legislativa, emancipando-os, pois, democraticamente, das “castas tutelares”⁴⁴⁹ que ali e acolá subvertem as metas e objetivos consagrados nos pressupostos humanitários inscritos civilizatoriamente na Doutrina da Proteção Integral – art. 227, da Constituição da República de 1988.

O trabalho analítico a ser desenvolvido na área da saúde mental infanto-juvenil deve procurar conjugar através da intersecção o âmbito jurídico-legal (Direito) com e o âmbito médico (Saúde) sobre as relações que se possam estabelecer entre os respectivos discursos acerca dos interesses e direitos afetos à infância e à

⁴⁴⁶ BRASIL, Lei Federal sob nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Art. 112. (...)

§ 3º – Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

⁴⁴⁷ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

⁴⁴⁸ MELO, Oswaldo. *Fundamentos políticos do direito*. Porto Alegre: Safe; CPGD-UFSC, 1994.

⁴⁴⁹ JECUPÉ, Kaka Werá. *Todas as vezes que dissemos adeus*. (Oré awé roiru’a ma). 2ª ed. São Paulo: Triom, 2002.

juventude, enfim, das disputas teórico-argumentativas que busquem explicar, justificar e legitimar as ações e serviços destinados à melhoria da qualidade da vida e da saúde mental infanto-juvenil.

Contudo, torna-se imprescindível cuidar de questões sociais que também permeiam as temáticas aqui pautadas, como, por exemplo, a violência⁴⁵⁰, a vitimização, a educação, a saúde, a mídia – veículos de comunicação social – dentre tantas outras temáticas correlatas. Não se pode restringir a perspectiva analítica acerca da temática específica aqui desenvolvida apenas pelo viés jurídico-legal, pois é fundamental receber as importantes contribuições transdisciplinares da área médica em que pese o risco da complexidade que sempre torna difícil o entendimento – em virtude mesmo da opacidade⁴⁵¹ que, por vezes, possa importar em algum controle – mas que de outro lado possam muito bem auxiliar as resoluções cada vez mais adequadas para as inúmeras e diversificadas situações relacionadas à saúde mental infanto-juvenil identificadas socialmente.

As dificuldades anteriormente encontradas – lacunas e antinomias – as quais através da hermenêutica jurídica eram tradicionalmente resolvidas, hoje, determinam a assunção de posturas diferenciadas acerca da possibilidade de dizer o “jurídico” para além da legalidade – ou do legalismo, enquanto movimento teórico-pragmático (dogmatismo jurídico⁴⁵²) – através das importantes contribuições transdisciplinares, sem contudo se descuidar primeiramente da intersubjetividade⁴⁵³, dos direitos humanos, das novas teorias jurídicas, da filosofia (e, em especial, a epistemologia), da sociologia, da criminologia crítica, da linguagem e das intersecções psicanalíticas (em especial, as freud-lacanianas). As intersecções psicanalíticas são tratadas no Capítulo IX, da Parte III, desta Tese, em que se desenvolve a proposta de uma “propedêutica jurídica socioeducativa”. Portanto, é possível dizer que as políticas públicas a serem constituídas para o tratamento sistematizado da saúde mental infanto-juvenil perpassam pela “interface” dos sistemas de justiça e de saúde que se orientam

⁴⁵⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito da criança e do adolescente*. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

⁴⁵¹ CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998.

⁴⁵² AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermênica jurídica*. Porto Alegre: Safe, 1989.

⁴⁵³ KAHL, Maria Luiza. Posfácio apud MORAIS, José Luis Bolzan de. *A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998.

hodiernamente por princípios e orientações vinculadas aos valores humanos e ao regime democrático, consoante a seguir será delineado.

2.1.2. SISTEMA MANICOMIAL

Inicialmente acerca do Sistema Manicomial antes do mais é preciso definir a (re)orientação político-social sobre a saúde mental no Brasil, isto é, a própria redemocratização das relações sociais (relações de poder) que possam se estabelecer nesta peculiar espacialidade pública da palavra e da ação⁴⁵⁴. A redemocratização das relações sociais também perpassa, assim, pelas relações públicas destinadas à proteção, promoção e desenvolvimento dos direitos mais mezinhos à personalidade humana afetos às pessoas com sofrimento mental grave.

E isto significa reafirmar as diretrizes anti-manicomial e anti-hospitalicêntrica tão pouco desenvolvidas num recentíssimo tempo passado. Por isto, as novas experiências, estudos e pesquisas desenvolvidas junto aos Centros de Atenção Psicossocial – CAPs; Centros de Atenção Psicossocial Infantil – CAPSI; e Centros de Atenção Psicossocial para Adolescentes – CAPsAD, têm proporcionado uma mutação a partir mesmo da própria racionalidade estatal acerca da saúde mental. A Organização Mundial de Saúde – OMS tem definido saúde como a plenitude do bem-estar físico, psíquico e social⁴⁵⁵ a que todas as pessoas fazem jus num Estado que se pretenda modernamente Democrático e de Direito. A partir de tais diretrizes e expectativas transdisciplinares é imperativo que se evite qualquer espécie de retorno às práticas antigas, como, por exemplo, a medicamentação deste grupo diferenciado de cidadãos que sofrem de graves problemas mentais. Portanto, é possível dizer que o estabelecimento de uma rede de proteção substitutiva se impõe, e, isto, perpassa pelo viés orçamentário com destinação privilegiada de recursos “fundo-a-fundo”, cujo repasse de verba pública se opera diretamente da União aos Municípios para que, assim, estabeleçam e desenvolvam as políticas públicas, equipamentos, capacitação permanente de pessoal especializado e, fundamentalmente, ofereçam apoio institucional às famílias das pessoas que possuem sofrimento mental grave.

⁴⁵⁴ ARENDT, Hannah. *Op. cit.*

⁴⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 609. O Autor descreve que o conceito de saúde é “definido como ‘*completo estado de bem-estar físico, psíquico e social*’ pela Organização Mundial de Saúde.”.

Neste sentido, também se indica o texto intitulado “O Cuidado com a Saúde Mental Infanto-Juvenil”⁴⁵⁶, cuja temática central é estabelecida sobre as políticas públicas destinadas especialmente às crianças e adolescentes detentoras de sofrimento mental grave. Pois, “afigura-se fundamental a criação e manutenção de Centros de Atenção Psicossocial Infanto-Juvenil (CAPSi) em todos os Municípios do Brasil, atendendo-se, assim, não só a diretiva organizacional prevista no § 2º, do art. 227 da Constituição da República de 1988, isto é, a construção dos logradouros e dos edifícios de uso público, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, aqui, sensorial e mental, senão, por vezes, conseqüentemente com significativas limitações físicas, mas, principalmente, enquanto resgate democrático e participativo por intermédio do acesso às serviços públicos para atendimento das necessidades mais comezinhas da personalidade humana, qual seja: a saúde integral.”.

É por isso que, “a saúde mental infanto-juvenil tem se consolidado ultimamente numa das principais expressões da dignidade da pessoa humana, haja vista mesmo o resgate político e social que se tem alcançado e construído através dos programas de assistência integral, prevenção e atendimento especializado à saúde mental da criança e do adolescente, então, desenvolvidos nos Centros de Atenção Psicossocial Infanto-Juvenil (CAPSi), com o apoio institucional do Poder Público.”.

A saúde mental da infância e da juventude enquanto direito individual e de cunho fundamental determina absoluta prioridade na adoção de medidas legais (garantias) e de atendimento (cuidado) quando se tratar de pessoas com necessidades especiais decorrentes de qualquer das espécies distinguidas como sendo grave sofrimento mental (moral, espiritual e psíquico), por vezes, adquiridas por diferenciadas maneiras de viver, como, por exemplo, o uso abusivo de substâncias entorpecentes legais e ou ilegais, mas que causam dependência física e ou psíquica “ainda que por utilização indevida” – consoante, dispõe o inc. III, do art. 81, do Estatuto – mas, que, certamente, também se encontram ligadas à saúde mental infanto-juvenil.

Não fosse isto, a saúde mental infanto-juvenil também se destina ao cuidado especial da integridade física, psíquica e social dos adolescentes que estão

⁴⁵⁶ RAMIDOFF, Mário Luiz. *O cuidado com a saúde mental infanto-juvenil*. Jornal Gazeta do Povo. Caderno Opinião. Segunda-feira, 15 de dezembro de 2006.

cumprindo medida socioeducativa privativas de liberdade – como, por exemplo, internação provisória, regime de semiliberdade e internação, conforme arts. 108, 120 e 121, todos do Estatuto – em decorrência da prática de condutas tidas como conflitantes com os valores assegurados pela lei. É importante observar que na grande maioria das vezes o adolescente que pratica ou se envolve num ato infracional já se encontra sério comprometimento da saúde mental decorrente mesmo do uso abusivo de substâncias entorpecentes legais ou ilegais. Bem por isso, as medidas legais específicas de proteção preceituadas estatutariamente afiguram-se não só adequadas, mas efetivamente as que dão conta dos graves sofrimentos mentais infanto-juvenis, ainda, que, a título de “redução de danos”. A saúde mental infanto-juvenil, entretanto, não se inscreve somente no marco terapêutico, mas principalmente na prevenção buscando-se a implementação de ações protetivas que se desenvolvem articuladamente entre diversos atores sociais estabelecendo-se, por assim dizer, interfaces com os sistemas de proteção e de defesa dos direitos da criança e do adolescente (Rede de Proteção e Sistema de Garantia, conforme tratado no Capítulo V, da Parte II, desta Tese).

O desafio, assim, é o de se construir políticas públicas sérias e permanentes que efetivamente contribuam para a melhoria da situação de vulnerabilidade material da população infanto-juvenil que se encontra em situação de risco pessoal ou social gerada por círculos de violência – principalmente, estrutural. O Fórum Nacional de Saúde Mental Infanto-Juvenil legalmente instituído pela Portaria GM 1608, de 03 de agosto de 2004, do Ministério da Saúde, constitui-se na espacialidade pública própria para discussão e propositura das contribuições transdisciplinares acerca da temática envolvendo as ações governamentais e as de entidades não-governamentais que se constituam em um cuidado especial e em rede da saúde mental de crianças e adolescentes que se encontram institucionalizados, consoante mesmo o que dispõe a Lei Federal nº 10.216, de 06 de abril de 2001⁴⁵⁷.

Assim, estabelecendo-se uma pauta mínima acerca da saúde mental infanto-juvenil, procura-se, na verdade, a pontuação das questões e problemáticas recorrentes na prática de ações e programas de atendimento então orientados por

⁴⁵⁷ BRASIL, Lei Federal nº 10.216, de 06 de abril de 2001.

princípios – como, por exemplo, antihospitalocêntricos e antimanicomiais⁴⁵⁸ –, estratégias (“modo de fazer”) e diretrizes que possam servir para sistematização dos trabalhos e elaboração das recomendações pertinentes ao “cuidado em rede” a serem apresentadas aos diversos atores sociais.

Até porque, a convivência familiar e comunitária se constitui num dos direitos individuais de cunho fundamental também especificado como inerente à criança e ao adolescente, nos termos do art. 19, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁵⁹, senão, aqui, permanecendo em linha de entendimento com o disposto no inc. II, do parágrafo único, do art. 2º (inserção na família, no trabalho e na comunidade); § 1º, do art. 4º (reinserção social); da Lei Federal nº 10.216, de 06 de abril de 2001⁴⁶⁰. A primeira questão que deve pautar as inúmeras e variegadas atuações e, assim, a “construção do cuidado em rede” é certamente a propositura de uma nova concepção do direito individual e fundamental à saúde que não seja tão somente reportado àquelas noções descritas legalmente – art. 227, da Constituição da República de 1988⁴⁶¹; e arts. 4º, 7º a 14, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)⁴⁶² –, mas, que, principalmente, possibilite a compreensão mais ampla de saúde que não seja simplesmente “a ausência de doenças.”⁴⁶³.

⁴⁵⁸ BRASIL, Partido dos Trabalhadores. *Carta aberta*. Rio de Janeiro: Núcleo Maria Amélia Buarque de Hollanda, 2006. Na qual é esclarecido que o “Brasil teve, como a maioria dos países ocidentais, na história de suas práticas assistenciais à doença mental, uma forte marca manicomial, caracterizada pela exclusividade ou pelo menos pelo absoluto predomínio da internação em hospícios como forma de ‘tratar dos loucos’. Esta tendência, determinada em larga medida por fatores ligados à história das práticas e saberes psiquiátricos e suas motivações (cujo exame não cabe aqui) assumiu, em nosso país, uma dimensão perversa e truculenta, associada que foi a um modelo econômico selvagem, violento e de exclusão. Resultou, desse curso histórico, uma geografia manicomial das mais horrendas, na qual o dinheiro público era repassado a hospitais e clínicas conveniadas, verdadeiras instituições totais, em muitos casos meros depósitos humanos sem tratamento técnico algum, mas com infalíveis maus tratos humanos.”

⁴⁵⁹ BRASIL, Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

⁴⁶⁰ BRASIL, Lei Federal nº 10.216, de 06 de abril de 2001.

⁴⁶¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: 5 de outubro de 1988.

⁴⁶² BRASIL, Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

⁴⁶³ PESQUISA CIRANDA/Rede ANDI. A saúde infanto-juvenil na agenda da imprensa. *Revista A criança e o adolescente na mídia Paraná*. Curitiba, Ano III, número III, jan./dez. 2002, p. 48-51. De acordo com a pesquisa, a “resolução de 13 de outubro de 1995 do governo federal regulamentou o direito à saúde – o oferecimento de condições favoráveis ao atendimento e à prevenção contra doenças – já estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 4) e na Constituição Federal. Dentro dessa premissa, um jornalismo de qualidade deve estar a tendo ao fato de que a saúde não é apenas a ausência de doenças. Engloba também um conjunto de fatores como acesso à água potável, alimentação saudável, saneamento básico, vacinação, moradia digna, tecnologias e recursos médicos, entre outros. Em síntese, todos os elementos que se traduzem em qualidade de vida – responsabilidade não só da família, mas também do Estado.”

O egrégio Superior Tribunal de Justiça⁴⁶⁴ recentemente determinou a realização de exame técnico-pericial com o intuito precípua de que fosse resguardado o direito individual de cunho fundamental a convivência familiar e comunitária, senão, assecuratório da não institucionalização, pois qualquer que seja a espécie de internação que se submeta a criança e ou o adolescente portador de necessidades especiais decorrentes de grave sofrimento mental, por certo, só será recomendada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, buscando-se, assim, proteger o direito a tratamento especializado, adequado e individualizado. As variegadas formas de violência “estão diretamente ligados às condições sociais e econômicas das vítimas”, de acordo com trabalho realizado por “pesquisadores do Ministério da Saúde e fazem parte do estudo intitulado Saúde Brasil 2006 – Uma Análise da Situação de Saúde”, então, noticiado por Leandro BISA⁴⁶⁵ da equipe do Jornal Correio Braziliense. A vulnerabilidade material em que se encontra tanto a criança quanto o adolescente pela só condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, certamente, é ampliada ainda mais “com a exclusão social e o vínculo familiar – quanto mais fraco, maiores as chances de meninos e meninas se envolverem com crimes e drogas”⁴⁶⁶. A vitimização de crianças e adolescente por doenças certamente aumenta a vulnerabilidade material em que se encontram por sua só condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Entretanto, é mais alarmante a condição de saúde de adolescentes autores de condutas conflitivas com a lei e que cumprem medidas legais, e, aqui, em particular, as socioeducativas de privação da liberdade.

Por isso, torna-se imprescindível estabelecer discussão acerca de crianças e adolescentes que se encontram institucionalizados, com o intuito precípua de que esta temática seja pautada para e na formulação de políticas públicas destinadas à construção de programas de atendimento integral à saúde mental infanto-juvenil. Pois, como se aponta, crianças e adolescentes com necessidades especiais e que se

⁴⁶⁴ AZEVEDO, Fabrício. Internação definitiva de incapaz só é possível com recomendação médica. Notícias STJ, Brasília, 12.09.2006 – 7h. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2006. A notícia destaca da decisão que “mesmo que a pessoa já tenha sido declarada incapaz por laudo médico, é necessária uma recomendação expressa para a sua internação definitiva em uma instituição. (...) Em seu voto, o ministro determinou que o TJ designe um médico psiquiatra para determinar a necessidade ou não da internação, no que foi seguido pelos demais componentes da Turma”.

⁴⁶⁵ BISA, Leonardo. *Juventude interrompida à bala*. Jornal Correio Braziliense, Caderno Cidades, Brasília, 08 de novembro de 2006. O jornalista destacou que a “pobreza e falta de apoio familiar resultam em mortes de pessoas com a vida inteira pela frente”.

⁴⁶⁶ BISA, Leonardo. *Op. cit.*

encontram institucionalizadas cotidianamente “são totalmente negligenciadas”⁴⁶⁷, isto é, encontram-se excluídas – para não dizer, expulsas! – dos lugares privilegiados da palavra e da ação assistencial e humanitária.

A Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 estabelece no §3º, do seu art. 112, que os “adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições”, nos casos em que for aplicada medida socioeducativa ao adolescente que praticou ato infracional, isto é, um comportamento contrário à lei. Por certo, que, o lugar adequado então referido pela mencionada figura legislativa é insofismavelmente o CAPSi, isto é, os Centros de Atenção Psicossocial Infanto-Juvenil, enquanto espaço apropriado para o respeito à diferença e subjetivação pelo cuidado em saúde mental de adolescentes institucionalizados através de técnicas, métodos e processos de aprendizagem, tratamento e educação. Como se pode verificar, “a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”, nos termos do art. 7º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. E isto se realiza através mesmo de medidas legais seja de abrigamento enquanto medida específica de proteção, seja por internação enquanto medida socioeducativa, respectivamente, previstas nos artigos 101; 112, incisos VI e VII, §§ 1º ao 3º; 121; 122; 123; 124; e 125, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁶⁸.

Neste sentido, é importante destacar a concepção freudiana acerca da desilusão dos “modelos de acabamento”, vale dizer, existe uma infinidade de técnicas a serem utilizadas para o tratamento individual e especializado a que se reporta a mensagem legislativa, senão, que, “a técnica pode [e deve] variar de acordo com a personalidade, que descreve princípios orientadores compatíveis com a sua maneira de ser e com a sua experiência analítica.” – segundo Sherrine Njaine Borges⁴⁶⁹, para quem

⁴⁶⁷ PESQUISA CIRANDA/Rede ANDI. Cobertura de deficiência não reflete a realidade. Revista *A criança e o adolescente na mídia Paraná*. Curitiba, Ano III, número III, jan./dez. 2002, p. 52-55. De acordo com a pesquisa, o “planeta Terra é habitado por cerca de 600 milhões de indivíduos com deficiência, sendo que aproximadamente 80% deles vivem nos países em desenvolvimento. Uma pesquisa da Organização Mundial de Saúde (OMS) detalha a condição dessas pessoas. Diz a OMS que 98% delas são totalmente negligenciadas. A mesma pesquisa revela que provavelmente um terço delas seja de crianças. Apesar dos números alarmantes, essa realidade não é refletida na mídia paranaense.”.

⁴⁶⁸ BRASIL, Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

⁴⁶⁹ BORGES, Sherrine Njaine. *Metamorfoses do corpo: uma pedagogia freudiana*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996, p. 173 e ss.

– “Assim, desaparece qualquer ilusão quanto à existência e não só de um modelo de regras técnicas canônicas para lidar com o corpo libidinal, bem como se sublinha a singularidade deste, o que nos permite registrar que ninguém pode pretender um modelo, uma norma de um corpo absoluto.”. O conceito de saúde, aqui, deve ser tomado como expressão significativa do “completo estado de bem-estar físico, psíquico e social, conforme definição da Organização Mundial de Saúde”, então, mencionada por Juarez Cirino dos Santos⁴⁷⁰.

Não fosse isto, observa-se ainda que é “assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde”, também, mental, haja vista que “os portadores de deficiência receberão atendimento especializado”, inclusive, incumbindo ao Poder Público, o fornecimento gratuito de “outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação”, consoante as disposições legais do art. 11, do supra citado Estatuto.

É preciso, pois, sensibilizar a atuação humanitária dos diversos atores sociais, jurídicos, senão, a própria opinião pública, enfim, constituir “guerrilheiros da inclusão”, como relata Claudia Werneck⁴⁷¹, para quem, o “desafio era provar aos adolescentes com quem atuava que essas questões não deveriam afligir apenas as

⁴⁷⁰ SANTOS, Juarez Cirino. *Op. cit.* O autor pontua *mutatis mutandis* que: “a) o *bem-estar físico* é alterado por doenças corporais, em geral, sendo suficiente o efeito de reduzir o estado de *completude* da saúde corporal, segundo critério judicial de avaliação direta ou mediante perícia médica facultativa – porque a lei não exige *sérios problemas de saúde*, não diz ser necessário constituir *doença grave* e, menos ainda, *doença terminal* e, finalmente, não exige *perícia médica*, como afirmam setores da literatura; b) o *bem-estar psíquico* é alterado, imediatamente, por *perturbações mentais* ou por *desenvolvimento mental incompleto ou retardado* determinantes do estado de semi-imputabilidade penal do condenado, com redução de um a dois terços da pena aplicada (art. 22, parágrafo único, CP), e mediatamente, por qualquer alteração funcional ou orgânica do aparelho psíquico capaz de reduzir o estado de *completude* da saúde mental; c) o *bem-estar social* é afetado por condições sociais adversas de existência do condenado: em hipóteses extremas, as condições sociais adversas podem excluir ou reduzir a dirigibilidade normativa, funcionando como situações de exculpação; em outras hipóteses podem ser consideradas para efeito de concessão do *sursis* humanitário, como expressão de patologia social.”.

⁴⁷¹ PESQUISA CIRANDA/Rede ANDI. Cobertura de deficiência não reflete a realidade. Revista *A criança e o adolescente na mídia Paraná*. Curitiba, Ano III, número III, jan./dez. 2002, p. 52-55. A autora enquanto oficinaira e diretora-inclusiva da ONG Escola da Gente – Comunicação em Inclusão pensa de “que modo se sente uma pessoa quando do mundo não reconhece como humano o seu modo de falar, de se expressar, de andar, de se locomover, de ver, de não ver?. Questões como essas me acompanharam durante os 12 meses em que percorri o Brasil pelo projeto *Quem cabe no seu TODOS?* O desafio era provar aos adolescentes com quem atuava que essas questões não deveriam afligir apenas as pessoas com deficiência, mas pessoas sem deficiências também. Será que consegui? Embora a avaliação final do projeto ainda esteja em curso, os resultados parciais têm nos animado bastante. Uma guerrilheira. Assim me senti de agosto de 2001 a agosto de 2002, quando estive em todas as regiões do país para realizar, em 20 cidades, 89 Oficinas inclusivas, a maioria delas para adolescentes. Oficinas inclusivas porque nelas juntava jovens com e sem deficiência. Através de jogos e de dinâmicas, instigava-os a buscarem, juntos, soluções para diversas situações que envolviam discriminação, preconceito e dificuldade de comunicação.”.

peças com deficiência, mas peças sem deficiências também.”. Por isso, afigura-se fundamental a criação e manutenção de Centros de Atenção Psicossocial Infanto-Juvenil (CAPSi) em todos os Municípios do Brasil, atendendo-se, assim, não só a diretiva organizacional prevista no § 2º, do art. 227, da Constituição da República de 1988, isto é, a construção dos logradouros e dos edifícios de uso público, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, aqui, sensorial e mental, senão, por vezes, conseqüentemente com significativas limitações físicas, mas, principalmente, enquanto resgate democrático e participativo por intermédio do acesso às serviços públicos para atendimento das necessidades mais comezinhas da personalidade humana, qual seja: a saúde integral.

Nos termos da legislação constitucional, os Centros de Atenção Psicossocial Infanto-Juvenil (CAPSi) devem ser inseridos institucionalmente nos programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, isto é, nos programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de necessidades sensoriais ou mentais, buscando, assim, não só a integração social daqueles novos cidadãos, mas, principalmente, assegurando-lhes os direitos e garantias fundamentais através de “treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos”, consoante o disposto no inc. II, do § 1º, do art. 227 da Constituição da República de 1988.

Não fosse isto, a criação dos Centros de Atenção Psicossocial Infanto-Juvenil (CAPSi) também atenderá as diretrizes constitucionais e, por assim dizer, democráticas que orientam a descentralização das ações governamentais na área da assistência social e aqui mais de perto também da saúde, através da descentralização político-administrativa, destinando-se a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social, nos termos do art. 204, da Constituição da República de 1988.

Conquanto, também é importante destacar a participação popular na formulação das políticas públicas e no controle das ações governamentais na área da assistência social, em todos os níveis, inclusive, no acompanhamento dos programas de apoio à inclusão e promoção social que poderão ser criados nos Estados e no Distrito

Federal, consoante disposto no § único, do art. 204, da Constituição da República de 1988. Ao final, é possível dizer que a saúde mental infanto-juvenil tem se consolidado ultimamente numa das principais expressões da dignidade da pessoa humana, haja vista mesmo o resgate político e social que se tem alcançado e construído através dos programas de assistência integral, prevenção e atendimento especializado à saúde mental da criança e do adolescente, então, desenvolvidos nos Centros de Atenção Psicossocial Infanto-Juvenil (CAPSi), com o apoio institucional do Ministério da Saúde e do Governo Federal.

2.2. DIREITO À LIBERDADE, AO RESPEITO E À DIGNIDADE

Do artigo 15 ao 18 do Estatuto, cuida-se dos direitos individuais fundamentais da criança e do adolescente vinculados à liberdade, ao respeito e à dignidade da pessoa humana destinando-se, assim, proteção diferenciada e específica cujo objetivo precípua é o de colocá-los a salvo de tratamento discriminatório, vexatório ou constrangedor. Neste sentido, Liborni Siqueira⁴⁷² tem entendido que o conteúdo da norma estatutária sob comento é genérico, asseverando, contudo, que “a dignidade é quesito integrante e indispensável da personalidade.”.

A violência urbana tem imposto ultimamente restrições e, por vezes, supressões ao pleno exercício dos direitos individuais fundamentais afetos à criança e ao adolescente. A orientação protetiva e humanitária de tais direitos individuais fundamentais, por isso, deve ser muito mais do que um conjunto sistemático de

⁴⁷² SIQUEIRA, Liborni (coord.). *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 11.

medidas judiciais – ou senão de atos e atividades estatais – que apenas operam posteriormente aos acontecimentos sociais. Na verdade, a proteção integral enquanto vetor orientativo deve se constituir numa fundamental razão para ensejar movimentos sociais que produzam políticas públicas em prol da infância e da juventude.

Pois, a violência e os direitos individuais fundamentais, no fundo, constituem-se em assuntos que importam individual e coletivamente ao interesse público. Desta maneira, toda e qualquer ameaça ou violência que se pratique contra os direitos mais comezinhos da personalidade humana e, próprios destas novas cidadanias, por certo, entende-se também ofendida a dignidade infanto-juvenil, haja vista que tanto os direitos inerentes à cidadania, quanto àqueles que importam na própria dignidade da pessoa humana, são expressões substanciais integrantes da personalidade. Roberto João Elias⁴⁷³, entretanto, destaca a importante dimensão psíquica da liberdade afeta à criança e ao adolescente, haja vista que nem sempre é fácil de ser aferível juridicamente.

A violência que se opera no âmbito social infanto-juvenil se inscreve, assim, no marco do desrespeito à dignidade humana, haja vista que ofende os direitos mais comezinhos à personalidade daquelas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento, como, por exemplo, o direito à saúde, isto é, ao bem-estar físico, psíquico e social, segundo Juarez Cirino dos Santos⁴⁷⁴, “em condições de liberdade e de dignidade” consoante disposto no art. 3º, do Estatuto⁴⁷⁵; senão, aplicáveis a todos aqueles direitos individuais fundamentais que devem ser assegurados, com absoluta prioridade, e, então, descritos no art. 4º, do Estatuto, quais sejam: a vida, a saúde, a alimentação, a educação, o esporte, o lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, o respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária.

A modernidade tem identificado a criança e o adolescente através de sinais determinativos que lhes são consagrados previamente de acordo com os costumes – valores éticos e morais – do grupo social a que pertencem. A pecha de

⁴⁷³ ELIAS, Roberto João. *Op. cit.*

⁴⁷⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*

⁴⁷⁵ BRASIL, Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

serem denominados de “menores” surge, assim, quase que espontânea e instintivamente da observação preconceituosa do modo de viver daquelas crianças e adolescentes que não se encontram guarnecidos pessoal e materialmente pelos bens que a riqueza produz.

Entretanto, a modernidade tem determinado que, indistintamente da estrutura social que se ocupe, a criança e o adolescente caso eventualmente se comportem como esperado – expectativas socialmente projetadas e padronizantes de e pelos valores socialmente determinados, mas, que nem sempre foram construídos democraticamente – pela opinião pública, senão, também pelo senso comum jurídico, por certo, desenvolvem a seu respeito sentimentos de pertencimento, isto é, de inclusão social.

Contudo, nem sempre isto é possível, pois, no mais das vezes, a criança e o adolescente que se encontrem em “situação de rua” são simplesmente expulsos dos lugares públicos privilegiados para o exercício paritário e democrático da palavra e da ação, como, por exemplo, as Escola, as Igrejas e Templos, as Assembléias Legislativas, as Câmaras dos Vereadores, e, até nos Juízos de Direito das Varas da Infância e da Juventude, em todo o Brasil, haja vista que invariavelmente são impedidos de adentrar no Fórum por não se encontrarem “devidamente vestido” ou mesmo “lúcidos” para falarem e serem atendidos (cuidados) pelo Juiz de Direito, Promotor de Justiça, Defensoria Pública e a Equipe Técnica. O respeito é em última análise a única e profunda atitude para efetividade da dignidade.

Os direitos humanos requerem atualmente uma orientação teórica muito mais expressiva do que a propriamente descrita pela tolerância. A tolerância que demanda a capacidade de suportar pura e simplesmente a diversidade, por certo, não tem a potencialidade de incluir, senão, no mínimo, de evitar as inúmeras formas de exclusão que se operam através de preconceitos (externos) e estigmas (internos, quando, não, internalizados pelo outro).

O respeito pelo outro (pela diversidade) é base conceitual mais expressiva da teoria humanitária que demanda, por assim dizer, uma ação (comissão) em prol e em busca do outro, e, não, diversamente, uma atitude passiva de “suportar”⁴⁷⁶ o outro. O respeito, assim, pode muito bem significar o compromisso que se assume em prol da humanidade pelo outro, isto é, a responsabilidade pelo outro. Pois a

⁴⁷⁶ CALCIOLARI, Silvia. *Ex-presos políticos e a memória social da tortura no Paraná*. Curitiba: Assembléia Legislativa do Paraná, 2006, p. 66. “Se tolerar é suportar a existência do outro e respeitar o seu diferente pensamento, por que não temos na tolerância a garantia de um mundo justo e fraterno? (...) intolerância institucionalizada (...) as censuras contra a liberdade de pensamento (...) violência legal.”

humanização das relações intersubjetivas deve ser estabelecidas pela perspectiva respeitosa e responsável pelo outro que também (re)significa o eu. Por isso mesmo, a importância da inscrição do marco fundamental não só na constituição conceitual de um valor em si, mas, principalmente, a categoria que o engendra, aquilo que o concerne, aquilo que lhe diz respeito.

2.3. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

A Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) estabelece no Capítulo III (Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária), arts. 19 a 52, que “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família, e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”, isto é, a convivência familiar e comunitária se constitui num direito individual, de cunho fundamental. Neste sentido, é importante observar que os respectivos núcleos familiares também devem ser contemplados com o indispensável apoio institucional do Poder Público, pois, em conjunto, devem ser estabelecidas as estratégias e metodologias próprias para o resgate humanitário das crianças e dos adolescentes que são respectivamente membros daquelas famílias e comunidades – “reintegração familiar”. É preciso melhorar as condições de vida das famílias e de seus filhos através do estabelecimento de programas oficiais de auxílio, como, por exemplo, os relativos à educação de qualidade e para a cidadania, bem como a capacitação e profissionalização. A violência estrutural, isto é, a reiterada violação das liberdades substanciais – direito à vida, à saúde, à educação, à habitação, à convivência familiar e comunitária, etc. – de crianças e adolescentes, senão, dos próprios núcleos familiares em que se encontram inseridos, somada à falta de implementação dos programas oficiais de auxílio e apoio institucional à família, constituem-se em fatores que promovem a expulsão da infância e da juventude não só dos lugares por excelência para a formação da cidadania, mas, também, das pautas que deveriam figurar nas agências públicas para discussão e adoção de medidas. O vínculo socioafetivo necessariamente não se estabelece pela via parental, pois não são raros os

casos em que os próprios pais, ascendentes e descendentes simplesmente abandonam a relação familiar rompendo, assim, com toda sorte de convivência e experiência pessoal, parental e comunitária que muito bem poderiam ser desenvolvidas nos núcleos familiares e comunitários formados pelo parentesco.

O vínculo parental não expressa, assim, necessariamente, o estabelecimento regular, saudável, social e afetivo entre os membros de uma família e ou comunidade familiar.

Os acontecimentos atuais certamente produzem “efeitos de perspectivas no tempo como no espaço”, segundo Álvaro Mayrink da Costa⁴⁷⁷, tornando-se, pois, imprescindível ao ser humano por ser mesmo protagonista da história e conseqüentemente da sua construção, a necessidade de refletir acerca das histórias vivenciadas que também o constituiu. Mais do que nunca é preciso sensibilizar humanitariamente a população brasileira, incentivando-a, dessa maneira, a reconhecer e adotar valores humanos particularmente próprios à infância e juventude.

A igualdade de tratamento legal aqui também importa na redução das diferenças regionais e conseqüentemente das injustiças sociais com a adoção de políticas públicas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente – art. 86, do Estatuto – desenvolvidas de forma articulada através de ações governamentais e não-governamentais que transitem indistintamente nas diversas esferas sociais e de poder, como, por exemplo, as relativas às políticas sociais básicas, programas de assistência social (Sistema Único de Assistência Social – SUAS), serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial, serviços de identificação e localização de pessoas desaparecidas; e proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente – consoante o art. 87, do Estatuto.

Ainda é comum em muitas regiões do Brasil a absoluta falta de articulação social e estatal que, no fundo, tem gerado um ciclo de (re)produção das

⁴⁷⁷ COSTA, Álvaro Mayrink. *Criminologia*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 406. De acordo com o autor, “de fato, parece um sinal dos tempos a consciência que tem o homem contemporâneo de ser um protagonista da História. Mas, se ele pensa na História que ele quer construir, talvez não pense na História que o construiu, o que dizemos não no sentido de um determinismo histórico, mas apenas para acentuar o fato de que recebemos uma herança cultural da qual não nos podemos despojar. Entendemos, por isso, que só a consciência das idéias que representam os valores do passado pode permitir a reelaboração das que serão diretrizes dos valores do presente.”.

mais variadas formas de violência⁴⁷⁸ – física, moral, estrutural, etc. – inadmissível, pois, num Estado que se pretende moderno, Democrático (Constitucional) e de Direito.

Contudo, a principal mutação que se vem operando nestes últimos 16 (dezesseis) anos de vigência e consolidação do Estatuto da Criança e do Adolescente não se circunscreve apenas ao marco legal, mas, essencialmente, difunde-se culturalmente através da mobilização tanto da opinião pública, quanto do senso comum jurídico, com a conjugação mesmo dos novos valores humanos pertinentes à infância e juventude, atendendo-se, dessa forma, as diretrizes de política de atendimento, conforme dispõe o inc. VI, do art. 88, do Estatuto.

O Estatuto da Criança e do Adolescente para além de ser uma instância de mediação jurídico-legal – enquanto “mecanismo objetivamente existente”, segundo E. B. Pasukanis⁴⁷⁹ –, expressa também a possibilidade de subjetivação⁴⁸⁰, e, assim, de relações sociais assecuratória da dignidade da pessoa humana, em especial, daquelas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade, haja vista que se consolidou (re)significativamente por sentidos estabelecidos a partir da (re)elaboração das diretrizes humanitárias enquanto valores adotados por opções políticas que representativamente são expressões da autodeterminação do povo brasileiro – Constituinte de 1987/1988.

E isto aqui na nova área da infância e da juventude certamente requer atenção e cuidado especiais, pois para que a criança e o adolescente possam ser protagonistas de seus respectivos projetos de vida responsável é preciso antes do mais serem reconhecidos culturalmente como sujeitos de direito, enquanto expressão

⁴⁷⁸ SÁ, Alvinio Augusto de. Algumas questões polêmicas relativas à psicologia da violência. In SICA, Leonardo (coord.). *Revista Ultima Ratio*, Ano 1, nº 0, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 257-270.

⁴⁷⁹ PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *Teoria geral do direito e o marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 8 e ss. Segundo o autor, o “objetivo prático da mediação jurídica é o de dar garantias à marcha, mais ou menos livre, da produção e da reprodução social”, porém, constata e criticamente adverte que “não se pode atingir este objetivo buscando unicamente o auxílio de formas de consciência, isto é, através de momentos puramente subjetivos: é necessário, então, recorrer a critérios precisos, a leis e a rigorosas interpretações de leis, a uma casuística, a tribunais e à execução coativa das decisões judiciais. É por este motivo que não podemos nos restringir, na análise da forma jurídica, à ‘pura ideologia’, desconsiderando mecanismo objetivamente existente. Todo fato jurídico (...) é mediatizado pelo direito.”

⁴⁸⁰ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 29 e 30. “Para o mais, o Estatuto da Criança e do Adolescente necessita tanto ‘Ser’, quanto ‘Dever Ser’! A efetividade tanto jurídica, quanto social, certamente, perpassa pela mutação cultural, devendo-se buscar assim a concretização do sentido que preencherá o conteúdo da normatividade, através do atendimento dos fins sociais, do bem comum, dos direitos e garantias individuais fundamentais e principalmente da condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, segundo o art. 6º, da Lei Federal nº 8.069, de 13.07.1990.”

material da dignidade da pessoa humana – inc. III, do art. 1º, da Constituição da República de 1988.

A atenção e cuidado especiais, por isso, devem ser prioritariamente iniciados no núcleo familiar, o qual deverá receber todo apoio institucional tanto da sociedade quanto do Estado, pois, na verdade, constitui-se no lugar central de excelência para o desenvolvimento saudável da pessoa. Neste sentido, o parágrafo único do art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que a criança e o adolescente devem ser mantidos nos seus núcleos familiares de origem, os quais devem obrigatoriamente receber e ter acesso a programas oficiais de auxílio.

O apoio institucional à família, assim, constitui-se em condição mínima a ser estabelecida por políticas públicas sérias e permanentes ao pleno exercício do direito fundamental à convivência familiar e comunitária – art. 19, do Estatuto –, pois toda criança e ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio do núcleo familiar.

Contudo, os meios de comunicação social não têm se apropriado suficientemente dessas temáticas tão importantes para a infância e juventude brasileiras, haja vista que para além do objetivo precípua de bem informar, indiscutivelmente, desenvolvem atividades que influenciam decisivamente não só as ações e medidas legais a serem adotadas pelo Poder Público, mas, também, a aceitabilidade ou não pela comunidade da atuação estatal.

Entretanto, lamentavelmente, os meios de comunicação social, por vezes, de forma indevida, têm difundido equívocos lacunosos no tratamento de importantes questões sociais pertinentes à infância e juventude, prejudicando, assim, a formulação responsável de propostas que muito bem poderiam ser originadas das discussões esclarecidas a partir de informações fidedignas das violações aos direitos fundamentais da criança e o adolescente.

Exemplo de informações fidedignas a serem veiculadas pelos meios de comunicação é o Relatório de visitas realizadas simultaneamente em 21 Estados brasileiros e no Distrito Federal através da inspeção nacional às unidades de internação de adolescentes em conflito com a lei então levada a cabo pelo Conselho Federal de Psicologia e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que, em parceria, avaliaram as reais condições da privação de liberdade dos adolescentes e os níveis de efetivação de seus direitos, culminando, pois, por denunciarem as graves violações, suscitando, assim, o debate e a proposição de ações⁴⁸¹.

Nestes tempos sombrios da (in)segurança pública no Brasil, é bem provável que o Estatuto da Criança e do Adolescente também possa ser tomado propedeuticamente para demonstrar como é possível tanto na formulação legislativa quanto na aplicação judicial de medidas legais a não priorização da repressão-punição – que se opera invariavelmente através da ampliação, senão, estabelecimento de novas hipóteses legais de privação da liberdade –, mas, sim, de política criminal que se oriente pela efetivação das condições mínimas ao atendimento das liberdades substanciais⁴⁸² e mais comezinhas à personalidade humana.

Pois, como se sabe, as medidas protetivas e socioeducativas delineadas no Estatuto da Criança e do Adolescente foram completamente esvaziadas de toda e qualquer orientação que se articulasse a partir do binômio repressão-punição significativo da doutrina da situação irregular que perpassava todo o sepultado Código de Menores⁴⁸³, transcendendo-se, assim, à dimensão humanitária da proteção integral então materializada pelo assentamento legal das diretrizes de políticas de atendimento – e, em especial, orçamentárias –, com prioridade absoluta. Assim, tem-se observado que a criança não rara às vezes encontra-se muito mais vulnerável à violência desenvolvida no próprio núcleo familiar a que pertence do que qualquer outro de seus integrantes, particularmente, quanto mais o seja a vulnerabilidade que aquele núcleo familiar encontra-se perante a violência estrutural – isto é, às carências materiais.

⁴⁸¹ BRASIL, Conselho Federal de Psicologia e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. *Direitos Humanos: uma amostra das unidades de internação de adolescentes em conflito com a lei*. Brasília, maio de 2006.

⁴⁸² SEN, Amartya K. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

⁴⁸³ BRASIL, Lei Federal nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Código de Menores.

Entretanto, não se pode olvidar que nas famílias estruturadas também podem desenvolver espécies de violências subliminares e veladas que importam no impedimento ou mesmo supressão do exercício de direitos individuais de cunho fundamental das crianças e adolescentes enquanto pessoas que se encontram na peculiar condição humana⁴⁸⁴ e de desenvolvimento da personalidade. A violência doméstica (intrafamiliar) não é assim um “privilégio” ou sequer característica preponderante dos núcleos familiares empobrecidos, contudo, não se pode olvidar que as carências materiais e de atendimento das necessidades vitais básicas decorrentes da miséria ou da pobreza⁴⁸⁵, insofismavelmente, constituem-se em importantes fatores da violência social e intrafamiliar, que, bem por isso, não podem ser simplesmente desconsiderados em toda e qualquer análise ou reflexão que se realize acerca das distintas espécies e formas de violência – aqui, em particular, à criança e ao adolescente.

Neste sentido, a Secretaria Especial de Direitos Humanos divulgou recentemente dados então levantados em pesquisa acerca da violência intrafamiliar, e, através dos quais foi constatado que “é dentro de casa que crianças e adolescentes mais sofrem violações de direitos”, revelando, ainda, que “mães (26,2%) e pais (23,9%) são os principais denunciados nos Conselhos Tutelares de 12 (doze) Estados do Brasil – juntos somam pouco mais de 50% das 360,5 mil denúncias recebidas pelos órgãos de janeiro de 1999 a abril de 2005”, conforme matéria veiculada pela jornalista Fernanda Mena⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ ARENDT, Hannah. *Op. cit.* p. 16 e ss. De acordo com a autora, a “condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem [pessoa]. Os homens [as pessoas] são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência... O que quer que toque a vida humana ou entre em duradoura relação com ela, assume imediatamente o caráter de condição da existência humana... a condição humana não é o mesmo que a natureza humana, e a soma total das atividades e capacidades humanas que correspondem à condição humana não constitui algo que se assemelhe à natureza humana”.

⁴⁸⁵ NUNES, Brasilmar Ferreira. *Sociedade e infância no Brasil*. Brasília: UnB, 2003, p. 143 e ss. O autor descreve a pobreza como um fenômeno que possui diversas dimensões, isto é, pode ser descrita como “pobreza de oportunidades: formada por pessoas em condições de trabalhar, mas que não têm oportunidades... pobreza conjuntural: formada por pessoas que perdem o emprego... pobreza irreduzível: formada por pessoas incapacitadas para inserir-se como cidadãs, em virtude de lacunas como educação, saúde, etc.; este conjunto de pessoas precisa de assistência direta, gratuita, qualitativa”.

⁴⁸⁶ MENA, Fernanda. *Infância: mãe lidera violação de direito infantil*. Jornal Folha de São Paulo, Cotidiano, 22 de junho de 2005 (capturado das notícias veiculadas no “site” www.andi.org.br). De acordo com a Jornalista, os dados levantados demonstram que a “principal violação foi ao direito à convivência familiar e comunitária – 51% dos casos registrados nos últimos seis anos. Os dados foram colhidos por meio do Sistema de Informação para a Infância e a Adolescência (Sipia) – rede informatizada implantada em 26% dos mais de 4,2 mil Conselhos Tutelares do País. “Os dados refletem uma realidade facilmente compreendida no Brasil e não tão escandalosa quando pensamos que a Educação familiar de hoje é muito baseada em práticas de violência, de palmadas a castigos”, ressaltou Helena Oliveira, oficial de projetos do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). Para Claudia Cabral, diretora-executiva da organização não-governamental Terra dos Homens, responsável pela

Não fosse só, crianças e adolescentes também são violentados através de ameaças dirigidas por seus pais, isto é, sevem de “alvos” das ameaças que mutuamente seus pais dirigem uns aos outros, quando, não, encontram-se em situações e circunstâncias familiares que tornam propícia a prática de atos violentos. A violência seja ela qual for, no fundo, possui um sentimento, uma intenção de controle (dominação) do outro – como bem observa Leda Hermann⁴⁸⁷, para quem – a violência no interior da família (doméstica ou intrafamiliar), praticada por e contra seus membros, aumenta a insegurança, colocando em risco, particularmente, crianças, adolescentes e mulheres, de acordo com o plano de ação do Cairo. O Direito da Criança e do Adolescente decorrentes mesmo da adoção – por opção política do legislador constituinte de 1986/1988 – da doutrina da proteção integral (enquanto uma das diretrizes internacionais dos Direitos Humanos para a infância e juventude, cuja origem remonta à Declaração dos Direitos Humanos), é constituído e travejado por direitos fundamentais particularmente próprios a todas aquelas pessoas que circunstancialmente se encontra na etapa evolutiva de suas vidas. Pois, como se sabe, os Direitos Humanos se constituem a própria dimensão existencial da pessoa, motivo pelo qual o reconhecimento e respeito de todos por tais direitos é o fundamento primeiro para o seu estabelecimento e implementação.

Assim, os Direitos Humanos se constituem num acervo de direitos fundamentais de toda e para toda pessoa. Destarte, pode-se dizer que a diretriz internacional da doutrina da proteção integral é a versão diferenciada dos Direitos Humanos para as pessoas com idade inferior a dezoito (18) anos. E, estes direitos estão por serem perseguidos, promovidos e efetivamente implementados. Para tanto, hoje, conta-se com o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei Federal sob nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – no qual, em verdade, restou sistematizada a síntese da doutrina da

reintegração de crianças em situação de risco na sociedade, "culpabilizar a mãe é uma grande controvérsia porque ela é o grande recurso de proteção familiar. É preciso ponderar que tipo de acesso à saúde, à escola e ao emprego essas mães têm".

⁴⁸⁷ HERMANN, Leda. *Violência doméstica: a dor que a lei esqueceu*. Comentários à lei nº 9.099/95. Campinas: Cel-Lex, 2000, p. 142 e ss. A autora esclarece ainda que a violência intrafamiliar/violência doméstica “é a violência perpetrada no lar ou na unidade doméstica, geralmente por um membro da família que viva com a vítima, podendo ser esta homem ou mulher, criança, adolescente ou adulto”, segundo posicionamento das Nações Unidas, então, adotado pela Secretaria Nacional de Direitos Humanos, do Ministério da Justiça – SNDH/MJ.

proteção integral, então, textualmente, adotada no artigo 227, da Constituição da República de 1988.

Em virtude disto, é possível concluir que as patologias sociais, certamente, não encontram apenas ou tão-somente fundamento nas crises funcionais do Estado de Direito moderno que se pretende democrático e ou mesmo por questões estruturais pertinentes aos núcleos familiares, contudo, tais fatores condicionados circunstancialmente aos demais sofrimentos impostos por políticas públicas orientadas pela dinâmica excludente do “capital”, também, tem proporcionado processos de expulsão social, vale dizer, processos de violências ocultas que são a “marginalização social e a exclusão cultural”⁴⁸⁸.

Assim, para a reflexão de questões como a “violência doméstica e a criança” não se pode descurar dos intrigantes aspectos – nem sempre desnudados – acerca dos movimentos políticos e sociais (avanços e retrocessos) impostos pela modernidade. Com Álvaro Mairynk da Costa é possível concluir que “nenhum modelo político conseguirá ser eficaz sem uma estrutura social em que uma consciência de valores legítimos responda pelo convívio e pela segurança, pois esta nenhuma organização policial pode garantir, sem que ao mesmo tempo a consciência dos cidadãos esteja vigilante com relação a uma legítima hierarquia de valores humanos.”⁴⁸⁹.

2.4. DIREITO À EDUCAÇÃO, À CULTURA, AO ESPORTE E AO LAZER

O ato de educar é também um ato de cuidado, enfim, de respeito e responsabilidade pelo outro. Por isso, a educação constitui-se num direito individual de cunho fundamental previsto nos arts. 53 e seguintes, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, para além, é certo, de também se constituir numa das funções legalmente (estatutariamente) atribuídas ao Poder Público. O direito à educação por ser assim um dos deveres destinados ao Estado

⁴⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 68 e 69.

⁴⁸⁹ COSTA, Álvaro Mayrink. *Op. cit.*

enquanto expressão política do Poder Público, torna, pois, obrigatório não só o oferecimento regular, mas, principalmente, o asseguramento do acesso e do seu pleno exercício, correspondente à garantia do “ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive, para os que a ele não tiveram acesso na idade própria”, segundo o inc. I e o § 1º, ambos do art. 54, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990⁴⁹⁰.

Ad argumentandum tantum, observa-se que o não-oferecimento ou oferta irregular do ensino obrigatório, também, pode ensejar a responsabilização do agente público por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, cuja proteção judicial é regida pelas disposições da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, de acordo com o seu art. 208, inclusive, ressaltando-se a hipótese jurídico-processual acerca da dedução de proteção judicial dos demais interesses individuais, difusos e coletivos pertinentes à infância e à juventude. A competência jurisdicional do Juízo de Direito da Vara da Infância e da Juventude é absoluta para o conhecimento e o julgamento das medidas judiciais deduzidas para efetivação do direito à educação, nos termos do inc. IV, do art. 148, então, combinado com o seu § 2º, e, o disposto no art. 209, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

A prioridade absoluta enquanto vetor orientativo inscrito no art. 227 da Constituição da República de 1988, destina-se a vincular as ações públicas em prol dos interesses, direitos e garantias inerentes à infância e à juventude, aqui, destacadamente, acerca do direito à educação que deverá além do amplo acesso também ter “preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas” e na “destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”, consoante especificam as alíneas “c)” e “d)”, do art. 4º, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Com efeito, tem-se também como plausível juridicamente a concessão de tutela jurisdicional que contemple o pleno exercício do direito individual

⁴⁹⁰ BRASIL, Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
(...)

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

fundamental à educação. Pois, como se pode observar, para além da mencionada figura legislativa protetiva, tem-se que a Lei de Regência acerca da regulamentação do oferecimento do ensino fundamental obrigatório (Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, então, modificada pelas Leis Federais nºs 11.114, de 16 de maio de 2005 e 11.274, de 06 de fevereiro de 2006), estabelece não só como dever dos pais ou do representante legal realizar a matrícula de crianças, a partir dos 06 (seis) anos de idade, no ensino fundamental, agora, obrigatório, atendendo-se, assim, a determinação legal inscrita no art. 55, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e, no art. 6º, da Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, mas, também, obrigação do Poder Público.

Contudo, as mencionadas figuras legislativas federais não estabeleceram qualquer outro critério de acesso ao pleno exercício daquele direito individual fundamental, motivo pelo qual, não se afigura nem legal e muito menos legítimo o estabelecimento de quaisquer outros critérios que possam restringir substancialmente o direito à educação, ainda, que, por via dos Conselhos Estaduais de Educação⁴⁹¹.

Rubens Robles Ortega Júnior⁴⁹² adverte sobre as graves conseqüências decorrentes da adoção de critérios restritivos do pleno exercício do direito à educação, como, por exemplo, a “fixação da data de corte para o ingresso no ensino de nove anos”, a qual “pode ser analisada sob diversos aspectos: legais (pois há conflito com a legislação federal), pedagógicos (pois há ruptura com um processo de aprendizagem já iniciado por várias crianças) e sociais (pois há retenção escolar coletiva).”.

⁴⁹¹ No Estado do Paraná, o Conselho Estadual de Educação expediu Resoluções que limitavam o ingresso no ensino fundamental obrigatório de crianças que completassem 06 (seis) anos de idade depois de 1º de março de 2007, restringindo, assim, ilegalmente o pleno exercício do direito fundamental à educação, através desta limitação etária do acesso ao ensino fundamental obrigatório.

⁴⁹² ORTEGA Jr., Rubens Robles. *Mudança no ensino fundamental*. Jornal Gazeta do Povo. Caderno Paraná. Seção Opinião. Curitiba, 1º de fevereiro de 2007. De acordo com o Professor Doutor da Universidade Federal do Paraná, “A Lei Federal 11.274/2006, que trata do novo ensino fundamental de nove anos, é clara: ‘Cada sistema deve refletir e proceder a convenientes estudos, com a democratização do debate envolvendo todos os segmentos interessados, antes de optar pela(s) alternativa(s) julgada(s) mais adequada(s) à sua realidade’. (...) O ponto crucial é a proibição do ingresso na escola de crianças que completam 6 anos após 1º de março. O espírito da Lei 11.274 e do ensino fundamental de nove anos é trazer a criança um ano antes para a escola (aos 6 anos em vez de aos 7), sem alterar a idade de conclusão com relação ao antigo ensino de oito anos. Na lei está explícito que o período do ensino fundamental de 9 anos vai dos 6 aos 14 anos. (...) Com o avanço tecnológico dos últimos anos, as ‘novas crianças’ têm seu desenvolvimento intelectual extremamente estimulado. Proibir uma criança de 6 anos, ávida pelas descobertas, de ingressar na escola, é uma forma cruel de exclusão social.”.

Na verdade, o que importa agora é a mudança ideológica e paradigmática daquilo que se convencionou chamar de “razão do Estado”, pois, com a ampliação do ensino fundamental ocorrida não só com a antecipação do ingresso das crianças que completarão 06 (seis) anos no ano de 2007, mas, também, com o aumento da periodicidade de 08 (oito) para 09 (nove) anos de educação, por certo, que “a lógica é que o início do ensino fundamental (1ª série) deva ocorrer aos 06 anos”, consoante manifestação do Senador Flávio Arns no Plenário do Senado Federal, senão, como assevera, “o entendimento do Senado em todos os debates realizados sobre esta situação”⁴⁹³.

É preciso debater sobre as estratégias de mobilização acerca dos diagnósticos da realidade brasileira e o seu distanciamento com a lei, buscando-se, assim, fazer valer as diretrizes, os objetivos e as metas da Educação. E esta mutação na racionalidade do Poder Público é fruto mesmo de opção política então adotada democraticamente por meio da Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006, a qual alterou a redação do inc. IV, do art. 208, da Constituição da República de 1988, passando, assim, a dispor que:

“O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de (...) educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade”.

Eis, pois, a *mens legis* do inc. I, do art. 208, da Constituição da República de 1988, bem como do disposto no inc. I, do art. 54, do Estatuto da Criança e do Adolescente, de acordo com a qual, entende-se que o “dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de (...) ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria”. Conquanto, não se pode admitir nem legal e sequer legitimamente que a adoção de critérios meramente nominais, senão, de caráter restritivo impossibilitem o acesso ao ensino fundamental obrigatório enquanto uma das expressões do exercício do direito fundamental à educação das crianças em idade escolar adequada – idade de ingresso no ensino fundamental –, vale dizer, daqueles

⁴⁹³ ARNS, Flávio. *Polêmica desnecessária*. Jornal Gazeta do Povo. Caderno Paraná. Seção Opinião. Curitiba, 6 de fevereiro de 2007.

infantes que “completem 6 anos no decorrer de 2007, independentemente da data de aniversário”, segundo manifestação do Senador Flávio Arns⁴⁹⁴.

E, ainda que não o fosse, por decorrência mesmo da hierarquia das leis, insofismavelmente, constitui-se a mencionada Emenda Constitucional incorporada democraticamente à Constituição da República de 1988, na própria norma de validade das leis e deliberações hierarquicamente inferiores, vinculando-as, assim, à sua estrita observância sob pena de ser declaradamente inconstitucional, senão, também, ilegal consoante as respectivas Leis de Regência. Elinor Eschholz Ribeiro⁴⁹⁵ assevera que o principal desafio é metodológico e não, diversamente, de entendimentos jurídicos e ou resoluções, pois, a “reformulação do projeto pedagógico” é dever do Estado – art. 54 e ss, do Estatuto –, e, também, direito individual fundamental afeto a criança e ao adolescente – art. 53, do Estatuto.

Bem por isso, a alfabetização das crianças depende principalmente de uma “postura clara e firme do grupo gestor da escola e de seus professores sobre uma nova proposta curricular de alfabetização para a nova clientela”, pois, a ‘criança lê o mundo em que vive muito antes de um aprendizado sistemático de leitura e escrita’, conforme adverte a Educadora Elinor Eschholz Ribeiro⁴⁹⁶, para quem “aprender é um

⁴⁹⁴ ARNS, Flávio. *Op. cit.*

⁴⁹⁵ RIBEIRO, Elinor Eschholz. *Alfabetização aos 6 anos*. Jornal Gazeta do Povo. Caderno Paraná. Seção Opinião. Curitiba, 8 de fevereiro de 2007.

⁴⁹⁶ RIBEIRO, Elinor Eschholz. *Op. cit.* De acordo com a Professora, a nova proposta “irá proporcionar às nossas crianças uma alfabetização prazerosa e lúdica na iniciação da aprendizagem do ler e escrever. O importante é que o professor que vai trabalhar com essas crianças tenha a sensibilidade e o conhecimento sobre a faixa etária para bem trabalhar as atividades específicas de que elas precisam associadas à iniciação da alfabetização. (...) Segundo a pesquisadora em educação Esther Grossi, ‘o primeiro passo é ensinar o aluno a valorizar seu processo de aprendizagem, encorajando suas descobertas, apostando na inteligência de todos eles e incentivando a troca de saberes com os colegas; isto é, trata-se de utilizar uma proposta de ensino fundamental em bases científicas’. Diz ainda a educadora: ‘Aprender não é chato. Aprender é um barato... Descobrir a magia da junção das letras para formar novas palavras é um jogo muito divertido.’ Nesse momento, crianças de 6 anos vão se utilizar de jogos para sua aprendizagem e também dos conhecimentos que as rodeiam. Já na infância, a criança lê o mundo em que vive muito antes de um aprendizado sistemático de leitura e escrita. (...) Estou me referindo ao termo usado por muitos autores, o ‘letramento’, que antecede o processo de alfabetização. Para conseguirmos uma educação de qualidade, é preciso alfabetizar letrando, ou seja, não apenas ensinar a ler e escrever de forma mecânica, mas no contexto das práticas sociais, tornando o aluno alfabetizado e letrado. Não vamos consagrar a idéia de que há alunos das classes populares que são menos capazes que os das classes média e alta, uma vez que estas se alfabetizam com 6 anos. Com isso, consagra-se uma grande injustiça de não confiar na inteligência de todos e a de não apostar que todos podem aprender. Como afirmou Esther Grossi: ‘Indiscutivelmente, a não-alfabetização é o principal problema da educação em nossa linda terra’”.

jogo. Portanto, não se deixa de brincar ao se entrar no ensino fundamental, oficialmente.”.

A sempre recorrente previsibilidade – senão, dificuldade – orçamentária decorre necessariamente da cautela que se deve empreender na reforma tributária, bem como sobre a elaboração das novas legislações sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação – “FUNDEB” – quando, não, a própria transformação da Administração Pública brasileira – principalmente, em relação à questão previdenciária –, ressaltando-se, porém, que, não se pode atingir direta ou indiretamente a qualidade do serviço público prestado, haja vista que a grande maioria das pessoas atendidas pertence às classes sociais menos favorecidas. Contudo, ressaltou-se a não admissibilidade de um mero assistencialismo educacional, então, contraposto, a preocupação, também, com uma eventual inércia do Poder Público para o cumprimento das funções, pelas quais se obrigou, quando, não, legitimou a sua ascensão como governo – gestão pública.

Em linha com tal entendimento, ressalta-se a importância da convivência escolar entre as crianças que já possuem 6 anos com aquelas que completarão esta idade no ano de 2007 depois da data de 1º de março, o que certamente lhes proporcionará melhor adaptação e sociabilidade, inclusive, assim, desenvolvendo-lhes o caráter e a personalidade humana pelo relacionamento saudável estabelecido na espacialidade pública da palavra e da ação, segundo Hannah Arendt⁴⁹⁷.

No mais, o compromisso público pela efetivação do direito à educação deve ser renovado através do princípio e doutrina da proteção integral através do desenvolvimento de atividades conjuntas com outras entidades governamentais e não-governamentais para a implementação, universalização, mobilização, acesso, permanência, fiscalização, e, enfim, efetivação desse direito fundamental – e recíproca obrigação do Poder Público – inclusive, através de mecanismos de exigibilidade. A educação é uma preocupação não só das Capitais dos Estados, das grandes cidades ou regiões metropolitanas, mas, também, das pequenas e médias cidades brasileiras. Contudo, a primeira superação que se deve operar é a renovação dos compromissos

⁴⁹⁷ ARENDT, Hannah. *Op. cit.*

assumidos para o desenvolvimento e efetivação desse direito fundamental afeto à criança e ao adolescente.

A grande virada será realizada com o atendimento educacional de base, ou seja, deslocando-se do assistencialismo para o direito à educação e do dever de educar – arts. 53 e 54, do Estatuto. Toda proposição sobre política educacional deve remontar à questão orçamentária para que assim seja possível o gerenciamento de recursos públicos suficientes para uma educação de qualidade através da qual os educadores e educandos passem a ocupar o centro de importância e excelência do ato educacional. Através do processo educativo deve ser analisada a disponibilidade da criança e do adolescente para a reflexão, avaliando o seu comportamento e assunção de responsabilidade. Pois, ao serem traçados objetivos concretos e saudáveis a partir de referenciais positivos e constantemente estimulantes, por certo, será possível o desenvolvimento emancipatório de suas potencialidades humanas.

A instituição educacional pode facilitar o desenvolvimento tanto da criança quanto do adolescente em diversos aspectos, vale dizer, muito além de capacitá-lo técnico-culturalmente para o deslinde de questões do dia a dia, auxiliando-o na resolução dos estruturantes conflitos interpessoais e sociais, pode, também, orientá-lo para na construção de uma forma de vida mais gratificante, auferindo a sua participação no processo educativo, enquanto referencial externo orientativo e transmissor de segurança. Talvez seja necessário passar uma vida inteira (re)escrevendo o mesmo livro, sempre o atualizando. Assim, como Paulo Freire⁴⁹⁸ o fez numa eterna demanda do (re)encontro. Pois, acima de tudo, era – como é agora – necessária a contextualização histórica da ambiência político-social do Brasil. Uma ampla mobilização se impõe em prol de uma educação voltada para as camadas populares, através de estratégias construídas numa prática educativa incessante junto à população. A inquietação deve ser, assim, uma implicação dialética que possibilite a consolidação da liberdade e a formação de uma identidade cultural autônoma.

Os novos contextos, também, impõem uma imediata (re) construção crítica, criativa e ampliadora do conhecimento, atualizando, assim, a própria educação, enquanto maneira de raciocinar e de ler a realidade. De acordo com José Eustáquio

⁴⁹⁸ FREIRE, Paulo R. N. *Educação e atualidade brasileira*. São Paulo: Cortez: Instituto Paulo Freire, 2001, prefácio, p. IX.

Romão⁴⁹⁹, as criações originais da história da humanidade carregam consigo a dialética da criação pessoal e coletiva, pois, em última instância, o sujeito da criação cultural é coletivo, haja vista que ninguém cria algo do nada, tampouco deixa de “carimbar” sua marca pessoal. A síntese epistemológica superior se alcança justamente a partir da conjugação original de idéias e concepções adequadas a seu tempo, vale dizer, da elaboração de uma totalidade interpretativa crítica de seu contexto, combinando teorias diferentes ordenadas e expressas de maneira adequada e oportuna. No entanto, é preciso ressaltar que apesar da importância do processo de contextualização, a educação, enquanto momento libertário e autônomo, não pode se configurar num irrefletido alinhamento cultural com o político.

Num regime democrático, a (re) personalização do Estado perpassa pelo respeito a cada pessoa humana, antes mesmo do que a mera observância do texto legal constitucional. As políticas públicas sociais, em especial, destinadas à educação não podem ser um mero corolário simbólico de um Estado que se obrigou por cumprir determinadas funções – Estado do Bem Estar – caracterizando-se como mecanismos para conter a própria sociabilidade de acesso ao conhecimento – momento pedagógico – enquanto importante instrumento de emancipação da pessoa humana nas suas mais lúdimas pretensões, quando, não, conscientizando – educando – a população para o pleno exercício da cidadania. Em face disto, tem-se que agora as estratégias pedagógicas, principalmente, as diretrizes das políticas públicas devem ser objeto de uma reforma de base, através de uma grande mobilização nacional pela justiça na educação.

A partir do testemunho crítico de Paulo Freire – isto é, através da nova corrente do pensamento educacional brasileiro, senão, da história geral das idéias pedagógicas –, lamentavelmente, ainda é possível constatar que a realidade assistencialista, autoritária e paternalista das relações sociais brasileiras da educação inautêntica e inorgânica predominam no sistema educacional pátrio. A intenção é a construção da consciência crítica, da transformação da massa em povo. É necessária uma relativa crença na fase de transição – inquietude sempre – haja vista que em toda transição se apresenta como possibilidade histórica para a construção de uma

⁴⁹⁹ ROMÃO, José Eustáquio. Paulo Freire e o pacto populista. in FREIRE, Paulo R. N. *Op. cit.*, contextualização, p. XVI.

sociedade desenvolvida, mais livre e mais justa. Em que pese a simultânea desconfiança inerente à consciência dos limites políticos para tal desiderato.

A educação – como todo processo pedagógico – é um importante instrumento de luta pela libertação das pessoas, principalmente, oprimidas pela exclusão e pela desigualdade social. A pessoa é um ser de relações, aberto, transitivo. Toda pessoa é sujeito de sua própria história. A posição que a pessoa ocupa na sua própria circunstância é uma posição dinâmica. Pois, no jogo de suas relações com esses mundos ele se deixa marcar, enquanto marca igualmente. É preciso ter sempre uma postura dialética para aprender com os seus próprios erros, pois somente assim será possível ter alguma chance de superá-los.

A ação educativa libertadora atualizada tende a transformar a massa emersa na arena política em povo e em sujeito de sua própria história. A antinomia fundamental, segundo Paulo Freire, é a tensão entre a inexperiência democrática e a emersão do povo na vida pública nacional. Daí a importância da posição que deve assumir o agir educativo. Já os processos educativos inorgânicos ou de massificação ou de alienação encaminham a coletividade para uma transitividade ortodoxa, da consciência fanatizada, ou seja, para os fundamentalismos de toda a natureza.

O princípio fundamental do marxismo, segundo o qual a pessoa é sujeito de sua própria história dentro de determinadas circunstâncias, instrumentaliza-se a partir mesmo da conscientização, haja vista que todo processo de conscientização em si já não pode deixar de ser um estabelecimento de consciência crítica, de reflexão, enfim, de inquietação. Até porque, a consciência crítica não é dada ou gerada apenas nas e pelas circunstâncias especiais, mas depende de um processo de conscientização, portanto, de um processo educativo emancipador, sistemático e diretivo.

A democracia surge como valor universal, a qual, na verdade, apenas pode ser legitimamente verificada – configurada em compatibilidade – a partir de uma certa aproximação fenomenológica da realidade, para captar sua totalidade. O caráter diretivo do processo pedagógico é estabelecido dialética e profundamente por Paulo Freire. O autor desvela a intencionalidade diretiva no processo pedagógico alienante, tanto na construção da consciência transitiva ingênua, quanto no esforço educativo orgânico, voltado para a construção da consciência transitiva crítica. A tarefa do

educador não é a da mera acomodação ao mundo, mas, sobretudo, de sua transformação.

E quando se diz processo e espaço pedagógico-educacional, fala-se, pois não só do momento pedagógico de sala de aula, mas, também, principalmente, nos demais espaços públicos ou não em que se desenvolvem atividades do pensamento e do comportamento humano, cuja intencionalidade se encontra voltada para o amadurecimento cognitivo da pessoa – conscientização – capacitando-a para muito além de poder julgar o certo e o errado, mas, sobretudo, para que possa se emancipar como pessoa exercendo da maneira mais otimizada possível a sua cidadania.

As diretrizes para um pacto pela paz, então, construídas numa ampla discussão transdisciplinar pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, constituem-se, sim, em diretivas de que se devem orientar todo processo e espaço pedagógico-educacional. Paulo Freire apesar de nunca idealizar a prática educativa como um *que-fazer de anjos*, jamais deixou de ter a certeza de que vale a pena lutar contra os descaminhos que obstaculizam a pessoa de ser mais. Desta forma, o processo pedagógico como qualquer processo se desenvolve no tempo e no espaço, por isso, também, é um processo histórico, e, como tal, deve ser sempre compreendido como possibilidade e não como determinismo, pelo que, decorre disto a importância da subjetividade, ou seja, da capacidade de comparar, analisar, avaliar, decidir, romper, enfim, da importância da ética e da política⁵⁰⁰.

As concepções diretivas e não-diretivas da educação, desta forma, estão a exigir sim a denúncia de toda e qualquer atividade pedagógica-educativa que se revele anti-humanista, promovendo, pois, estratégias pedagógicas e educacionais que não se limitem aos aspectos e circunstâncias comportamentais, mas, também, priorizem as dimensões subjetiva e social – psicossocial – da pessoa, desenvolvendo uma educação para a vida, a dignidade, o respeito, enfim, para os valores mais comezinhos à personalidade humana.

E a estes valores humanos mais comezinhos à personalidade e à subjetividade, convencionou-se denominar Direitos Humanos, os quais, assim, devem perpassar por todos os segmentos da vida em sociedade. A mobilização popular

⁵⁰⁰ FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996 (Coleção Leitura), p. 164 e ss. De acordo com o Autor, “Se não posso, de um lado, estimular os sonhos impossíveis, não devo, de outro, negar a quem sonha o direito de sonhar.”.

perpassa, assim, não só pela denúncia, mas, verdadeiramente, pela participação efetiva nos processos pedagógicos de conscientização iniciados no interior da própria escola – em linha com o disposto no inc. VI, do art. 88, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Na política educacional, muito além de um acordo tácito em torno da valorização humana, deve ser construída democraticamente levando em conta os problemas sociais, então, acentuados pelo distanciamento social entre os atores das diversas categorias socioeconômicas.

A mobilização social por uma política pública educacional deve operar mudanças profundas nas relações de poder entre as classes sociais a partir de uma perspectiva diferenciada, humanitária, e, por isso, inclusiva⁵⁰¹. Um Estado que se obrigou pelo atendimento de certas funções sociais, a participação popular não pode ser reduzir a umas poucas solicitações que pouco ou nada tenham a ver com os interesses sociais. Ou seja, o exercício da cidadania não pode se limitar ao mero uso de benefícios concedidos pelo Estado sem a efetiva participação do povo – vale dizer, um mero assistencialismo.

As diretrizes da educação, então, estabelecidas por uma política pública não se pode constituir numa mera transmissão da cultura estabelecida, com enquadramento de estratégias pedagógicas a um modelo oficial verticalizado. É preciso, pois, estabelecer um amplo debate paritário entre os diversos segmentos sociais, democratizando-se, assim, a participação positiva na tomada de decisão e formação de uma política pública educacional. A fiscalização imediata e mais próxima, em sua grande maioria, é a realizada diretamente pelos pais de alunos, por professores e por suas associações de classe. Os pais de alunos e os professores costumeiramente têm sido os principais provocadores da atuação ministerial. Contudo, outros parceiros devem ser sensibilizados no acompanhamento da “boa-versação” dos recursos originários do FUNDEF.

É preciso estabelecer Conselhos Estaduais e Municipais que deliberem, acompanhem e fiscalizem as políticas públicas locais relativas às estratégias pedagógicas e aos recursos originários não só do FUNDEF, mas de toda e qualquer fonte legal. O conjunto da obra de Paulo Freire é um patrimônio dos educadores

⁵⁰¹ FREIRE, Paulo R. N. *Op. cit.*

libertários⁵⁰². A contribuição epistemológica de Paulo Freire é principalmente a inquietude educacional e por isso motivacional que impele a todo aquele que o conhece a partir de seus escritos, à revivificar a sua síntese dialética da educação como que a um sacramento pedagógico democrático e democratizante.

É preciso construir uma cultura de e para a paz a partir de uma educação voltada para os valores humanos, enquanto estratégia não de confrontação com os signos das variegadas formas de violência, mas, sim, de (re) significação valorativa da humanidade na pessoa. A escola como espacialidade privilegiada da palavra e da ação comunicativa deve desenvolver processos pedagógicos que antes de tudo estabeleçam condições de possibilidade para o exercício da cidadania. A educação deve servir não só como um processo pedagógico, mas também como um processo de conscientização da intolerável e grave situação das diversas formas de violência que vitimizam as crianças e os adolescentes no Brasil.

A prática educativa, enquanto prática estritamente humana em que sentimentos e emoções não se anulam com a necessária disciplina intelectual, deve ser entendida – de acordo com Paulo Freire⁵⁰³ – como um exercício constante em favor da produção e do desenvolvimento da autonomia de educadores e educandos. Os construtores sócio-educacionais – professores, educadores, juristas, sociólogos, psicólogos, assistentes sociais, dentre outros – devem se convencer primeiro por um compromisso pela promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente. Pois, a educação é um trabalho realizado com pessoas que permanentemente se encontram num processo de busca, exigindo-se, desta forma, a toda prática educacional, um alto nível de responsabilidade ética antes mesmo do que a própria capacitação intelectual.

⁵⁰² FREIRE, Paulo R. N. *Op. cit.*

⁵⁰³ FREIRE, Paulo. *Op. cit.*

2.5. DIREITO À PROFISSIONALIZAÇÃO E À PROTEÇÃO NO TRABALHO

Nos artigos 60 a 69 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o legislador entendeu por bem regulamentar normativas inerentes aos direitos individuais fundamentais à profissionalização e à proteção no trabalho destinados aos adolescentes, haja vista que existe proibição expressa para todo e qualquer tipo de trabalho infantil e mesmo para aqueles adolescentes que possuem idade inferior a 14 (quatorze) anos. É improvável, pois, o reconhecimento jurídico-legal – constitucional e estatutariamente – de licitude à atividade laboral desenvolvida por criança, isto é, pessoa com até doze anos de idade incompletos – art. 2º, do Estatuto –, haja vista que apenas é possível trabalhar a partir dos 14 (quatorze) anos de idade, salvo, por certo, na condição de aprendiz, nos termos do art. 60, do Estatuto. A partir do advento da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, alterando, então, a redação do inc. XXXIII, do art. 7º, da Constituição da República de 1988, por certo, não se discute mais acerca da possibilidade de crianças e adolescentes com idade inferior a 16 (dezesesseis) anos poder trabalhar, vale dizer, é proibido o desenvolvimento de qualquer atividade laboral “a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.”. A partir dos 16 (dezesesseis) anos de idade é possível o desenvolvimento de atividades laborais por adolescentes, contudo, desde que se encontre regulamentada em atenção à legislação estatutária cujo conteúdo substancial a ser empreendido deve atentar para a formação educacional (pedagógica) e cidadã do jovem trabalhador. No Brasil, a exploração do trabalho infantil vem sendo combatida com adoção de políticas públicas e programas sociais – como, por exemplo, o programa de erradicação do trabalho infantil (PETI) – cuja implementação, fiscalização e responsabilização legal encontra-se a cargo do Ministério Público Federal do Trabalho com atuação junto ao Sistema de Justiça Trabalhista, além é certo de toda mobilização social – segundo o inc. VI, do art. 88, do Estatuto – e prevenção da ocorrência de ameaça ou violação dos direitos afetos à criança e ao adolescente – nos termos do art. 70, do Estatuto.

O jovem deve desenvolver potencialidades humanas que o capacite para ocupações lícitas e saudáveis, através das próprias atividades laborais profissionalizantes, estimulando-o, assim, para o exercício da cidadania plena e a melhoria da qualidade de vida individual e coletiva, emancipando-o subjetivamente. Neste sentido, Roberto João Elias⁵⁰⁴ adverte sobre a prejudicialidade da atividade laboral ao acesso e frequência no ensino fundamental e obrigatório.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê diretrizes à contratação de “mão de obra” juvenil, bem como estabelece limitações legais assecuratórias dos direitos individuais fundamentais à profissionalização e à proteção ao trabalho – nos termos do art. 69, do Estatuto. Com isto, procura-se evitar o deslocamento da preocupação humanitária e integral do adolescente para as meras “trocas mercantis e a ligação das diferentes unidades econômicas pelo mercado.”, segundo Eugeny Bronislanovich Pasukanis⁵⁰⁵.

O adolescente, assim, encontra-se amparado não só pela legislação estatutária, mas, também, pelas demais figuras legislativas que cuidem da matéria trabalhista pertinente à juventude, inclusive, dentre elas as convenções internacionais, bem como aquelas diretrizes exaradas pela Organização Internacional do Trabalho – OIT, incentivando-o, desta maneira, à “organização do trabalho e o associativismo”⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ ELIAS, Roberto João. *Op. cit.*

⁵⁰⁵ PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 81 e ss. Adverte o Autor que “a esfera do domínio que envolve a forma do direito subjetivo é um fenômeno social que é atribuído ao indivíduo da mesma forma que o valor, outro fenômeno social, é atribuído à coisa enquanto produto do trabalho. O fetichismo da mercadoria é completado pelo fetichismo jurídico.”.

⁵⁰⁶ SILVA, Antônio Fernando do Amaral, MENDEZ, Emílio Garcia e CURY, Munir (Coords). *Estatuto da criança e do adolescente: comentários jurídicos e sociais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 204 e ss. A colaboradora Eline A. Maranhão de Sá destaca que “o processo educativo deve propiciar e assegurar a familiarização com a disciplina, a organização do trabalho e o associativismo. Nesse âmbito, o jovem não é mero objeto, mas colaborador atuante, na medida em que participa da construção de normas, regulamentos, além do planejamento dos eventos, visitas a empresas, sindicatos das áreas, específicas e atividades culturais. (...) na medida em que o exercício da cidadania for vivenciado durante o processo educativo, que deve-se desenvolver numa relação trabalho/indivíduo/sociedade, via programas de natureza produtivo-emancipatória, a defesa dos direitos no campo do trabalho está garantida ao jovem cidadão.”.

CAPÍTULO 9 – RESPONSABILIZAÇÃO SOCIOEDUCATIVA

1. PROPEDÊUTICA JURÍDICA SOCIOEDUCATIVA

Por propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar pretende-se firmar a importância do entendimento sobre o conteúdo e significado dos institutos e categorias elementares e, por isso, fundamentais do direito da criança e do adolescente. E, assim, para dizer também da necessidade de se guardar relação não só por decorrência dos vínculos legais, mas, principalmente, pela essência humanitária representativa deste novo âmbito jurídico. Até porque, somente desta maneira será possível estabelecer normatividades que realmente possuam, para além da validade formal e material, vigência e eficácia, bem como da regulamentação e resolução das questões concretas suscitadas, particularmente, o poder de transformação social indispensável e ínsito a toda interpretação progressista e emancipatória. As normatividades como resultantes de processos hermenêutico-jurídicos, por excelência, transdisciplinares – pelo menos aqui na novel área da infância e da juventude, inclusive, expressamente reconhecidos pelo Estatuto⁵⁰⁷ – devem ser construções participativas, paritárias e democratizantes.

Isto é, as normatividades devem transcender a espacialidade jurídico-legal para operarem outros sentidos sociais, vale dizer, as normatividades que são concretizadas na aplicação judicial de regras devem possuir conteúdos valorativos que reconheçam e, assim, fortaleçam a dignidade da pessoa humana, pois, desta forma, renovarão a credibilidade dos princípios fundamentais que estruturam não só o Estado, mas, que, também, orientam a (con)formação social. Uma propedêutica jurídica socioeducativa, por isso, não pode se afastar das orientações humanitárias e transdisciplinares constituintes de uma correspondente teoria jurídica emancipatória dos direitos da criança e do adolescente.

A propedêutica jurídico-protetiva que se fundar na dimensão socioeducativa deverá buscar, assim, pontuar os marcos teóricos e pragmáticos

⁵⁰⁷ BRASIL, Lei Federal sob nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. “Art. 150. Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude.”.

elementares do Direito da Criança e do Adolescente, ou seja, os pressupostos, os elementos, os institutos, as categorias, os objetivos, as finalidades, os princípios, os fundamentos legais e as contribuições transdisciplinares que ensejaram a construção de um novo subsistema no ordenamento jurídico brasileiro para resolução adequada de questões que são afetas à responsabilização diferenciada infanto-juvenil, estabelecendo, pois, normatividades protetivas e solucionando integrativamente eventuais incompatibilidades normativas.

Não fosse isto, a propedêutica jurídica socioeducativa, também, tem por tarefa de acreditar o direito da criança e do adolescente, com o intuito precípua de que seja reconhecido jurídico e socialmente como um subsistema jurídico-legal apto a resolução de questões concretas inerentes aos direitos da criança e do adolescente que eventualmente tenham cometido comportamento conflitante com a lei. Enfim, a propedêutica jurídica socioeducativa, por certo, não deixará de constituir também uma específica teoria jurídica deontológica protetiva, porém, advirta-se desde já que é coisa diversa do que se possa entender e pretender por “dogmatismo”⁵⁰⁸. É precisamente por isso que se prefere respectivamente as denominações “propedêutica jurídico-protetiva”, e, aqui, “propedêutica jurídica socioeducativa”, evitando-se, assim, a confusão de proposições, como, por exemplo, acerca da metodologia, das finalidades, dos objetivos, dos institutos, dos princípios, dos fundamentos, dos objetos e dos sujeitos de direito.

1.1. IMPLICAÇÕES PSICANALÍTICAS NA INFRACIONALOGIA (INFRACIONALIDADE)

A convivência familiar e comunitária estabelece o lugar (localidade) indispensável para a fixação das funções e limitações individuais e sociais. O processo de formação da criança e do adolescente perpassa pela educação por valores

⁵⁰⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Safe, 1989, p. 28. Segundo o autor, a partir da dogmática jurídica é possível estabelecer importantes avanços, entretanto, a sua ressalva se opera acerca da radicalização, isto é, do dogmatismo jurídico enquanto postura ideológica que simplesmente ignora a dimensão crítico-valorativa. Em suas palavras, “Não se pretende negar que a investigação levada a efeito pela Dogmática Jurídica deva ser predominantemente lógico-descritiva. O que é inaceitável é eu essa linha precípua de estudo e de raciocínio dê, ainda que implicitamente, por inexistente, irrelevante, ou situe fora do âmbito de investigação propriamente jurídica tudo o que se refira à dimensão crítico-valorativa ou às projeções sociais das normas jurídicas. Admiti-lo seria aceitar que tanto a contribuição da Filosofia quanto da Sociologia do Direito, por maior que fosse a importância ou valia que se lhes creditasse, rigorosamente falando não pertenceriam ao âmbito jurídico, eis que situadas fora de seus limites.”

humanitários social e democraticamente disputados e construídos. A família, a sociedade e o Poder Público, assim, passam a ser responsáveis pela proteção integral (cuidado) destinando medidas, de forma absolutamente prioritária, para o acesso e inclusão social (pertencimento) afetos à criança e ao adolescente. A estabilidade familiar, o atendimento das necessidades reais vitais básicas e os limites preceituados jurídico-legalmente pelo Poder Público, transformam o ser de desejo (da falta) num sujeito de direitos que é educado para o autocontrole de seus instintos e pulsões.

Assim como na criminologia crítica – estudo dialético e transdisciplinar das inúmeras formas que assume o processo de criminalização e sobre as suas deletérias conseqüências, enfim, do “crime” como um fato socialmente reproduzido por diversas instâncias de poder – aqui, também, cresce em importância o estabelecimento de igual estudo crítico e transdisciplinar acerca do ato infracional, assim, como, por se estabelecer uma nova orientação para a resolução das questões pertinentes ao envolvimento do adolescente num evento conflitante com a lei.

O primeiro ponto importante é a verificação acerca do conteúdo semântico decorrente dos novos institutos legais estabelecidos para tal desiderato, inclusive, com a assunção de conceitos e nomenclaturas específicas destinadas à mutação valorativa de certas noções, pelo que, elege-se os termos “infracionalidade” como um conjunto de aspectos que possa caracterizar uma situação de risco pessoal e ou social em que se encontre um adolescente, bem como por “infracionalogia” o estudo acerca de tais aspectos, processos, relações e conseqüências pessoais, sociais, legais e psicanalíticas que decorrerão do só fato de se encontrar o jovem envolvido em tais acontecimentos.

É preciso, pois, constituir compromissos responsáveis que possibilitem à criança e ao adolescente o desenvolvimento do sentimento de pertencimento familiar, comunitário e social. O ponto central aqui se encontra precisamente na resistência teórico-pragmática – principalmente, cultural – em face da quase que absoluta e completa ignorância da sociedade em geral acerca do universo de relações que a temática saúde mental infanto-juvenil contempla. Pois, assim como ao se pretender reduzir a idade de maioridade penal, quando, se olvida da dimensão mental como

expressão de saúde, por certo, o que se permite é a eliminação da possibilidade de adolecer, senão, da própria adolescência. E isto é decorrência direta do entendimento equivocado de que a ação conflitante com a lei (ato infracional) apenas se vincula ao âmbito comportamental – isto é, como se fosse uma característica inata à adolescência ser “anti-social”⁵⁰⁹, numa espécie de determinismo antropológico-social comum às escolas penais positivistas⁵¹⁰ –, quando, na maioria dos casos, é circunstancial e eventualmente praticada, constituindo-se, no fundo, um processo de responsabilização diferenciada do adolescente que se encontra sintomaticamente inserido em situações de risco pessoal e social.

A compreensão equivocada de que o adolescente pouco se importa com os valores socialmente compartilhados em decorrência mesmo da precipitada análise meramente comportamental – segundo algumas pesquisas o jovem não teme as medidas legais aplicáveis (medidas socioeducativas), quando, não, acredita na pouca possibilidade de ser responsabilizado – tem estigmatizado os jovens descrevendo-os como que possuidores de personalidades pouca adequadas ao ordenamento jurídico – “inimigas do direito”⁵¹¹.

Conforme já se destacou no Capítulo VII, da Parte III, desta Tese, o total desrespeito pessoal e social da criança e do adolescente levou a mutação política, institucional e paradigmática acerca dos direitos e garantias constitucionais e infraconstitucional em prol da infância e da juventude brasileira, haja vista que a denominada “política nacional do bem-estar do menor”⁵¹² já não dava mais conta das

⁵⁰⁹ BRASIL, Decreto-lei Federal nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal brasileiro. “o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído.”

⁵¹⁰ MESTIERI, João. *Teoria elementar do direito criminal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990, p. 60-71. O autor destaca que a escola positivista possui dois aspectos principais: a antropologia e a sociologia criminais. As orientações que empregam os positivistas caracterizam-se por descrever a vontade humana como resultado inevitável de pré-determinações (circunstâncias) internas e externas, concluindo-se, pois, *mutatis mutandis* “ser o crime produto dos fatores que influenciam o delinqüente.”

⁵¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. V. 1. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 385. De acordo com o Autor, “a personalidade se vai formando com atos que são vivências (à parte do genótipo ou carga biológica herdada)”.

⁵¹² LABANCA, Luís Edmundo. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. A Justificação do Projeto de Lei esclarece que “Sem negar a generosidade e a vontade de acertar de todos os esforços que redundaram no arcabouço legal pré-Constituição de 1988 – o antigo Código Melo Matos, outras leis e decretos-leis, o atual Código de Menores, Lei nº 6.697/79 e a Lei nº 4.513/64, que definiu a ‘política nacional do bem-estar do menor’ – é forçoso reconhecer que sua conjugação, condicionada pelo contexto político-institucional do último quarto de século, redundou no agravamento e na generalização da degradação pessoal e social de milhões de crianças e jovens brasileiros. Isso se deveu a uma legislação e uma política cuja essência revelou ser o controle social e a criminalização da pobreza, materializados no ‘círculo perverso’ da institucionalização compulsória: apreensão ou abandono-triagem-rotulação-deportação-confinamento em instituições totais despersonalizadoras e embrutecedoras.”

necessidades vitais básicas e da responsabilidade compartilhada entre a família, a comunidade (sociedade) e o Estado (Poder Público) pelo cidadão-criança e pelo cidadão-adolescente.

O respeito e a responsabilidade pelo outro, hoje em dia, estar por fundar uma nova dimensão da solidariedade social – “responsabilidade social” –, pois para além do agnosticismo metodológico cuja expressão máxima é estabelecida por uma constatação tipicamente reducionista acerca do conhecimento, isto é, apenas se pode conhecer a aparência, mas, jamais a realidade objetiva, consoante vaticina Georges Politzer⁵¹³. A partir disto, torna-se performativamente possível aos agnósticos declarar que “não são idealistas, porque se servem da ciência, mas que também não são materialistas, porque não ousam ir até ao fim dos seus argumentos, porque não são conseqüentes.”, criando, assim, uma “filosofia cômoda” através da confusão entre o idealismo e o materialismo, como que numa espécie de neutralidade epistêmica.

Entretanto, o desenvolvimento do movimento acerca do agnosticismo tem gerado outras impressões importantes sobre o idealismo e o materialismo (realismo) cujas origens podem ser remontadas aos pensamentos de David Hume, senão, de igual forma, também aos de Emanuel Kant, conforme descreve Georges Politzer⁵¹⁴, para quem, depois do século XVIII, o agnosticismo apesar de se utilizar do conhecimento científico para fundamentar as suas perspectivas acerca do mundo da vida vivida, no fundo, permitiu tão somente o estabelecimento de uma “filosofia cômoda”. Porém, quando assim se afirma já não se estaria a reconhecer uma nova realidade – “coisa para nós” –, talvez, distinta instrumentalmente para o conhecimento daquela realidade primeva, por assim dizer, enquanto “coisa em si”, senão

⁵¹³ POLITZER, Georges. *Princípios elementares de filosofia*. Trad. Silvio Donizete Chagas. 2ª ed. São Paulo: Centauro, 2001, p. 51-58. Com Berkeley, o Autor apresenta o agnosticismo como uma filosofia, segundo a qual seria “inútil procurar conhecer a natureza real das coisas, e que nunca conheceremos senão as *aparências*. (...) não se pode saber se o mundo é, na realidade, espírito ou natureza. É possível conhecer a aparência das coisas, mas não a realidade. (...) a aparência é a idéia *superficial* que temos das coisas; não é a sua realidade (...) os agnósticos dizem que se pode, na verdade, conhecer a aparência, mas nunca a realidade. Os nossos sentidos, dizem, permitem-nos ver e sentir as coisas, conhecer os aspectos exteriores, as aparências; estas aparências existem, portanto, para nós; constituem o que se chama, em linguagem filosófica, a ‘coisa para nós’. Mas não podemos conhecer a coisa independente de nós, com a realidade que lhe é própria, o que se chama a ‘coisa em si’.”.

⁵¹⁴ POLITZER, Georges. *Op. cit.* Já em Hume e Kant, o Autor destaca passagens de seus respectivos pensamentos que podem ser equiparados com o movimento filosófico característico do agnosticismo, como, por exemplo, supor “sempre a existência de um universo exterior, independente da nossa percepção, que existiria mesmo que fossemos destruídos com todos os seres dotados de sensibilidade (...) nada para além da imagem ou da percepção será jamais acessível ao nosso espírito e que as sensações são apenas canais seguidos por essas imagens, não estando em condições de estabelecer, elas próprias, uma relação direta, qualquer que seja, entre o espírito e o objeto. (...) o agnóstico aceita a ciência (...) dando-nos só aparências, jamais prova, por outra via, que não haja na realidade outra coisa além da matéria”.

utopicamente ingênua, pois poderá muito bem ser forjada indiferentemente tanto pelo viés idealista, quanto pelo materialista? Isto é, para os agnósticos é possível conhecer apenas as aparências daquilo que se conhece ou significa como coisa, pois, jamais se poderá efetivamente conhecer a sua natureza real. Porém, continuaria a ser válida tal afirmação epistemológica quando se disser que jamais sequer se conhece a aparência da “coisa em si”, mas, sim, e, tão somente, a aparência da aparência, vale dizer, a aparência da “coisa para nós”?

Até porque, como se viu, o agnóstico é ao mesmo tempo tanto um idealista, quanto um materialista enrustido, haja vista que não se reconhece em nenhum daqueles pensamentos, pois, enquanto cientista é “um materialista que não ousa afirmar o seu materialismo, procurando, antes de mais, não se meter em dificuldades com os idealistas”, segundo Georges Politzer⁵¹⁵, para quem, precisamente, por serem “inconseqüentes nos seus raciocínios, os agnósticos tendem para o idealismo.”.

Eis, pois, o que sugere o dilema psicanalítico acerca significantes, ou seja, os deslizamentos semânticos nos significantes, enfim, os giros lingüísticos – aqui, “em linguagem filosófica, a ‘coisa para nós’”, para Georges Politzer⁵¹⁶ – que se estabelecem cotidianamente nas relações de poder (social, acadêmica, funcional, etc.), principalmente, nas novas áreas de atuação estatal, como, por exemplo, as relativas à proteção, promoção e defesa dos interesses e direitos afetos à infância e à juventude. Conquanto, as relações sociais que se operam na comunidade humana também estabelecem desigualdade de poder através das determinações primárias, segundo Juarez Cirino dos Santos⁵¹⁷, projetando, assim, “desigualdades estruturais das relações econômicas e sociais, instituídas pelas formas políticas e jurídicas do Estado, que garantem e legitimam uma ordem social injusta”, nos processos, por assim dizer, de “infracionalização” de adolescentes que cometeram comportamentos conflitantes com a lei.

Essa denominada “infracionalização” também é gerada pela “seleção desigual de adolescentes no processo” de responsabilização diferenciada que apesar de preceituada constitucional e estatutariamente, na prática, é forjada “pela ação psíquica

⁵¹⁵ POLITZER, Georges. *Op. cit.* Com Engels, o Autor afirma que o agnóstico é “um materialista envergonhado”.

⁵¹⁶ POLITZER, Georges. *Op. cit.*

⁵¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *O adolescente infrator e os direitos humanos*. In ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Vol 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 119 a 131. (Homenagem a Alessandro Baratta).

de estereótipos, preconceitos e outras idiossincrasias pessoais dos agentes de controle social”, segundo Juarez Cirino dos Santos⁵¹⁸, importando, assim, invariavelmente, nos mecanismos de expulsão social que se opera através da institucionalização indiscriminada de adolescentes, transformando dessa maneira a medida socioeducativa de internação “no carro-chefe das medidas” legais a serem aplicadas, quando, na verdade, deveria ser a exceção.

O *caput*, do art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua que a “internação constitui medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.”.

O Sistema Nacional Socioeducativo é um projeto de política de atendimento nacional para o “enfrentamento de situações de violência que envolvem adolescentes enquanto autores de ato infracional ou vítimas de violação de direitos no cumprimento de medidas socioeducativas”, enquanto estratégia dispositiva de “Política de Atendimento” então legalmente assegurada nos arts. 86 a 97, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Entretanto, a análise pode se operar a partir do universo especificamente restringido aos adolescentes autores de atos infracionais que cumprem medidas socioeducativas (micro), como também pode ser operado desde as perspectivas exteriores a este restringido âmbito (macro), pois, certamente, não se pode pensar em “enfrentamento” sério sem que se possa evitar a circularidade violenta que enseja a violência institucionalizada nos equipamentos que se destinam ao cumprimento de medidas socioeducativas – seja elas quais forem.

Talvez, o primeiro pecado do Sinase seja precisamente não buscar articulação e integração com as demais políticas sociais básicas (inc. I, do art. 87, do Estatuto), como, por exemplo, a criação e manutenção de Centros de Atenção Psicossocial Infantil e para Adolescentes, os denominados CAPsi e CAPsAd, que, na verdade, constituem-se nas espacialidades próprias para o atendimento não só de adolescentes autores de atos infracionais, mas, também, das crianças que necessitam de cuidados especiais, pois dentre em pouco também se tornaram adolescentes, e, assim, invariavelmente, tornam-se “vítimas de violação de direitos no cumprimento de medidas socioeducativas”, senão, também, vítimas de violação de direitos na aplicação e cumprimento de medidas protetivas. O Sistema Nacional Socioeducativo (SINASE) procura “constituir parâmetros mais objetivos e procedimentos mais justos que evitem ou limitem a discricionariedade”, reafirmando, pois, “a diretriz do Estatuto sobre a natureza pedagógica da medida socioeducativa.”, quando, não, priorizando “as medidas em meio aberto (prestação de serviço à comunidade e liberdade assistida) em detrimento das restritivas de liberdade (semiliberdade e internação em estabelecimento educacional, haja vista que estas somente devem ser aplicadas em caráter de excepcionalidade e brevidade)”.

⁵¹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*

As expressões ideológicas do direito penal juvenil aparecem sob nova fórmula reformista, isto é, através da proposta do Sistema Nacional Socioeducativo – SINASE, cuja formulação propõe modelo vertical para satisfação administrativista das entidades de atendimento e cumprimento de medidas legais socioeducativas judicialmente aplicadas, certamente, que, em especial, cuidando-se das que se realizam mediante privação da liberdade, ainda, que, parcial ou mesmo temporária (provisória) – como, por exemplo, respectivamente, internação provisória, a semiliberdade e a internação, senão, pelo descumprimento injustificado de outra medida socioeducativa, nos termos dos arts. 108, 120 e 121, todos da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Na verdade, propõe-se “ajustamentos funcionais” – como bem observa Juarez Cirino dos Santos⁵¹⁹ – e estruturais dos equipamentos em que se cumprem medidas legais socioeducativas, enquanto expressões máximas do que entendem por política pública para a infância e a juventude. Entretanto, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA não pode reduzir o tratamento técnico-político especial e protetivo ao singelo estabelecimento de medidas administrativistas que apenas buscam consignar novas funções caracteristicamente “correcionalistas”⁵²⁰, senão, o “aumento do Poder do Estado-Administração em detrimento do Estado-Juiz”, mediante a “ampliação da rede de controles, como (...) a justiça juvenil, os reformatórios.”. O Sistema Nacional Socioeducativo – SINASE é uma espécie de “pragmatismo reformista, fundado em técnicas de comportamentalismo e de engenharia social”, isto é, apenas na dimensão comportamental do adolescente autor de condutas conflitantes com a lei, senão, segundo o grupo social em que se encontra inserido, como, também, “nos limites da organização política e jurídica do Estado”, vale dizer, nas suas instituições e equipamentos públicos, “resolve-se em repressão pura e simples”⁵²¹.

Pois, ainda que opere indiretamente, por certo, um tal paralelismo normativo fragilizará as Leis de Regência, isto é, não só o Estatuto da Criança e do Adolescente, mas, principalmente, a Constituição da República de 1988, na qual foi consignada a Doutrina da Proteção Integral enquanto expressão dos direitos humanos e fundamentais pertinentes à criança e ao adolescente.

As teorias política, econômica e social têm registrado que, no âmbito do Sistema de Justiça Infanto-Juvenil (Sistema de Garantia de Direitos), em particular, daquela que se destina à apuração dos atos infracionais praticados por adolescentes⁵²², são os dirigentes dos equipamentos e das entidades de atendimento que descrevem as

⁵¹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia radical*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 15 e ss.

⁵²⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*

⁵²¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*

⁵²² ROSA, Alexandre Morais da. *Direito infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror*. Florianópolis: Habitus, 2005.

circunstâncias, as informações, os dados, enfim, a “história oficial” sobre o cumprimento das medidas legais socioeducativas então aplicadas judicialmente.

Na verdade, não se precisa tanto do Sistema Nacional Socioeducativo – SINASE, mas, sim, de um Estatuto que regulamente a carreira dos gestores da política pública da infância e da juventude. O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, precisa ter autonomia e independência em relação aos interesses institucionais das entidades de atendimento socioeducativo, bem como tecnicamente ser independente ideologicamente sob pena de se transformar numa instância tecnocrata, senão, “voluntariamente subserviente, a serviço do controle em qualquer ordem”⁵²³.

A justiça restaurativa, terapêutica, assim, como, o Sistema Nacional Socioeducativo – SINASE e ou a própria Lei de Diretrizes Socioeducativa, constituem-se em distorções ideológicas particularmente próprias ao que se tem entendido por Direito Penal Juvenil⁵²⁴, o qual se fundamenta precisamente naquele mencionado correccionalismo tão peculiar a qualquer dogmática jurídico-penal, de cunho repressivo-punitivo.

Essas proposições transmutadas em “alternativas” ao tratamento socioeducativo destinado ao adolescente que é autor ou que se envolve numa conduta conflitante com a lei, então, considerada desviada numa sociedade orientada pelos valores e princípios liberalizantes do capital, preocupam-se mais com a docilidade e a conformação das pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento através dos processos de colonização e adesão sugestionada pela “bondade dos bons”⁵²⁵, do que propriamente com a efetividade dos direitos fundamentais pertinentes à infância e à juventude.

O adolescente que não se submete às regras estabelecidas pelos gestores e dirigentes dos equipamentos de atendimento e para cumprimento das medidas legais socioeducativas aplicadas judicialmente, isto é, ao que é sugestionado por Juízes de Direito, Promotores de Justiça, Defensores Públicos e a Equipe

⁵²³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*

⁵²⁴ PALOMBA, Federico. *El sistema del nuevo proceso penal del menor*. Trad. Silvana Sciarini. Buenos Aires: Eudeba, 2004.

⁵²⁵ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 49 e ss

Interprofissional, para que possa “encontrar uma ‘saída pessoal’”, certamente, restará demonializado, transformando-se, assim, no “bode expiatório útil para esconder (e justificar) problemas sociais reais.”⁵²⁶.

As tendências modernas na área do controle social da população infanto-juvenil está na desinstitucionalização dos jovens, senão, a aplicação judicial de medidas legais socioeducativas consoante dispõe o art. 121, do Estatuto da Criança e do Adolescente, isto é, de forma mais breve e excepcional possível, evitando-se com isto a estigmatização e mesmo a dessocialização⁵²⁷ dos adolescentes que se envolveram de alguma maneira com condutas conflitantes com a lei.

1.2. JUSTIÇA RESTAURATIVA

Através do “Projeto de Justiça Restaurativa”, busca-se implementar práticas resolutivas diferenciadas para questões afetas ao adolescente que se envolveu ou é autor de condutas conflitantes com a lei, ainda, que diretamente vinculadas ao Sistema de Justiça Infanto-Juvenil. Exemplo disto, é o projeto-piloto que foi implementado na 3ª (Terceira) Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre (RS), em março de 2005, e, permanece com a coordenação do Juiz de Direito Juiz Leoberto Brancher, o qual utilizando o denominado “Círculo Restaurativo”, isto é, “o encontro informal entre ofensor, vítima, comunidade e um coordenador, procura estabelecer, em comum acordo, um plano de reparação dos danos pessoais e sociais provenientes do conflito em questão.”.

O trabalho versa sobre Justiça Restaurativa, então, estruturada a partir dos sistemas de Justiça e de Educação para resolução de conflitos decorrentes da prática de atos infracionais, buscando-se, assim, a satisfação das necessidades dos

⁵²⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*

⁵²⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização; jurisdicionalização; consensualismo e prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 9. Adverte a Autora que “um processo penal que privilegia a *eficácia* e quer concorrer para a rentabilidade da justiça, só podemos esperar que a execução contribua para a prossecução destes objectivos, procurando, ao mesmo tempo, evitar ou atenuar a estigmatização dos reclusos (impedir a dessocialização e promover a não-dessocialização).”.

envolvidos – aqui, particularmente, adolescente, vítima e comunidade – através de estratégias conciliatórias, participativas e respeitadas. Isto é, defende-se a idéia de que é possível “resolução pacífica de conflitos” através do estabelecimento de “espaços de diálogo”, consoante sucesso alcançado por experiências estrangeiras no atendimento de “imperiosa necessidade social”. O projeto apresentado também se orienta pelo que se denominado por cultura de paz, procurando, assim, evitar os processos excludentes e marginalizantes. A contribuição da metodologia pedagógico-educacional é, assim, fundante para a formação cidadã de crianças e adolescentes, transformando-as, pois, em autoras de seu próprio tempo, enfim, sujeitos não só de direito, mas, principalmente, de direito a ter direitos⁵²⁸, isto é, sujeitos integrantes de uma nova cidadania.

No entanto, por mais esta vez, pontua-se algumas questões que angustiam aqueles que entendem não ser possível a flexibilização da base teórico-pragmática jurídico-protetiva, por assim dizer, dura então denominada de doutrina da proteção integral enquanto núcleo irredutível do direito da criança e do adolescente, isto é, da promoção e defesa dos direitos individuais e das garantias fundamentais da criança e do adolescente, protegendo-os de toda e “qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”, nos termos do art. 3º, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Neste sentido, deve-se ter em conta que a proteção integral não se vincula mais a qualquer relação obrigacional cuja vertente pendular encontrava-se estabelecida entre os interesses quase sempre disponíveis dos credores e, na sua grande maioria, indisponíveis dos devedores. O atendimento das necessidades prende-se não mais à reparação do prejuízo eventualmente suportado pela vítima, mas, sim, para além disto, com a “matéria prima” das futuras gerações, isto é, com a própria criança e ou adolescente.

⁵²⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin. *O direito e os direitos*. São Paulo: Acadêmica; Curitiba: Scientia et Labor, 1988, p. 136. O Autor descreve a relação entre o singular e o plural afirmando que na “busca do novo, o instituinte, traduz-se na articulação, pelo saber jurídico, do singular com o plural: do direito com os direitos. É o plural a nota significativa a exigir a mimese do singular. E este, enquanto também espaço de luta, é a corporificação transitória da relação necessária entre o singular e o plural. O singular historicamente só pode ser compreendido enquanto *singular e plural*, como instituído absorvente e em mutação. Entretanto, enquanto *singular e plural a um tempo*, o singular não perde sua especificidade; será sempre singular enquanto o modo de produção que o fez exigir um direito assim.”

A vítima, certamente, não pode ser abandonada à sua própria sorte, contudo, não será o aumento do âmbito da responsabilidade diferenciada do adolescente que fornecerá os elementos suficientes para a sublimação de suas perdas. A vítima deve ter apoio institucional do Estado que se legitimou por sua discursividade funcionalista, e, não, diversamente, pela autocomposição quase sempre reivindicatória da culpa e do sofrimento, senão, da própria vingança, pois é o sentimento de dor e de perda que orienta a atuação do lesionado. O que se opera, na verdade, é o aumento sintomático do sofrimento de todos os envolvidos, pois as instâncias de intermediação não obliteram os sentimentos nem sempre confessáveis daqueles seres humanos marcados para sempre pela ruptura definitiva causada pelo ato infracional.

Já não se pode mais suturar o tecido social, seja por sua dimensão real, seja por sua dimensão imaginária, seja por sua dimensão simbólica. A ruptura causada pelo ato infracional, assim como o conflito de interesses dali gerado, encontram-se neste mundo para sempre, pois, antes do mais, são estruturantes pela experiência de vida então vivida por todos os envolvidos. No mais, permanece a preocupação com a proposição de novas estratégias que tão somente busca a efetividade das normas *infanto-juvenis* a “qualquer preço”, com sacrifícios de princípios, direitos e garantias fundamentais, quando, não, redundam em novas expressões penais, isto é, repressivo-punitivas que são utilizadas para o controle sócio-penal excludente, estigmatizante e marginalizador. A justiça restaurativa não deixa de trazer consigo a responsabilização penal juvenil, e, por isso, não pode pretender legitimar-se ainda que através de proposições educativas, vale dizer, socioeducativas.

A discutibilidade de suas circunstâncias é essencial para os passos seguintes, mas, muito provavelmente, jamais, se reconstituíram os caminhos até então traçados, e, o que fica é apenas a mudança de sentidos. As promessas ainda que mutantes do Direito – isto é, que com as contribuições transdisciplinares abduzidas pela intersecção com os outros saberes –, sempre, estão a oferecer, no fundo, “uma resposta legal a todas as principais causas de conflito levantadas pela alteridade e pela desigualdade” – segundo, Charles Melman⁵²⁹, para quem – não se pode, assim, admitir

⁵²⁹ MELMAN, Charles. *O homem sem gravidade*: gozar a qualquer preço. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003, p. 106 e ss. Como adverte o Autor, parece que não “é mais aceitável que alguém fique sem realizar sua satisfação, deve ser levado remédio e a justiça terá esse encargo. O direito me parece, então, evoluir para o que seria agora, a mesmo título que a medicina dita de conforto, um direito ‘de conforto’. Em outras palavras, se,

que toda e “qualquer reivindicação é legítima e deve ser satisfeita, senão há injustiça e dolo.”. A restauratividade, isto é, a restauração como atividade proporcionada por círculos informais de resolução de conflitos, certamente, necessita de cuidados para que se evite erros que reconduzam o adolescente que cometeu um comportamento considerado conflitante com a lei ao lugar central da reprovação e da culpa.

De qual mediação se trata? Se for jurídica, segundo Eugeny Bronislanovich Pasukanis⁵³⁰, apenas se realizará com a conclusão do acordo, e, a partir do paradigma da consciência, isto é, daquela oferecida pela racionalização dos termos. Se for psicanalítica certamente se realizará a partir da resolução pessoalmente possível e não diversamente desejável. Isto é, uma espécie de autocompreensão de que existem outras variantes que se projetam de forma absolutamente inconscientes – vale dizer, não passíveis de apreensão racional, lógica, por assim dizer, “sem consciência” – sobre a própria pessoa transformando o seu mundo de relações num campo potencialmente inseguro, impreciso, imperfeito, então, determinado pela própria denominação que se lhe impregnam pelas expressões “complexidade humana”.

A mediação como fenômeno psicológico, certamente, opera-se para além das relações interpessoais, pois invariavelmente escapa à própria consciência, ao que se tem entendido como vontade, para, assim, constituir-se numa impressão, numa idéia, vale dizer, numa “espécie” de formação de “consciências” acerca de “algo” que supostamente se encontra liminarmente nas pessoas. Quais seriam então os objetivos desta mediação? Seriam somente os pragmáticos? Senão, os de produção e reprodução dos valores socialmente predeterminados? Seriam os teóricos político-ideológicos? Seriam apenas os jurídico-legais de cunho simbólico-preventivo? Enfim, sejam quais forem os objetivos é fundamental que se evite a colonização pela assunção do lugar do perverso, no qual o desespero pelo ato praticado torna-se meramente um ato prazeroso para os envolvidos na solução de suas questões particulares e egoístas deslocando-se, assim, o adolescente do lugar formal ocupado pelo Sistema de Justiça oficial para a

doravante, para a medicina, trata-se de vir reparar danos, por exemplo, os devidos à idade ou ao sexo, trata-se, para o direito, de ser capaz de corrigir todas as insatisfações que podem encontrar expressão no nosso meio social. Aquele que é suscetível de experimentar uma insatisfação se vê ao mesmo tempo identificado com uma vítima, já que vai socialmente sofrer do que terá se tornado um prejuízo que o direito deveria – ou já teria devido – ser capaz de reparar”.

⁵³⁰ PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 8 e ss.

informalidade resolutive que, no fundo, constitui-se num lugar privilegiado do “ultraje pela injustiça”.

Isto é, a resolução alcançada pelos processos informais de resolução (de legitimação) que não são legítimos, mas, que se autojustificam – vale dizer, isentam-se de culpa, de responsabilidade, de compromisso, de sofrimento, de qualquer sentimento de culpa pelo sofrimento, pela dor que podem causar, e, que quase sempre causam – pura e simplesmente pelo estabelecimento de instâncias informais de justiça para a resolução de conflitos sociais que antes do mais são conflitos pessoais e interpessoais que por vezes não devem ser resolvidos, haja vista que estruturam as pessoas e as relações que estabelecem entre si.

A violência moral causada ao jovem, por vezes, é pior do que a violência física perpetrada, pois o ultraje moral, isto é, a imputação de valoração negativa ao jovem que se encontra na peculiar fase da vida em que desenvolve a sua personalidade, instala através do trauma a estigmatização, vitimizandoo pela forclusão, pela expulsão dos lugares públicos que por excelência deveriam ocupar enquanto cidadão, enquanto sujeito de direito a ter direitos⁵³¹.

Assim como a Constituição da República de 1988 o Estatuto da Criança e do Adolescente também não necessita ser modificado, alterado ou emendado, mas, sim, defendido e amplamente divulgado através de interpretações comunicativas e emancipatórias que promovam a sua efetividade possível segundo as circunstâncias inerentes à contextualidade real da comunidade humana em que se vive na sociedade brasileira profundamente marcada pelas enormes diferenças políticas, econômicas, culturais e demais aspectos que caracterizam a sua heterogeneidade⁵³².

⁵³¹ CLÈVE, Clémerson Merlin. *Op. cit.*

⁵³² NUNES, Brasilmar Ferreira. *Sociedade e infância no Brasil*. Brasília: UnB, 2003, p. 152 e ss. O Autor pontua que “nessa heterogeneidade, o preconceito aparece como estruturador das relações sociais. No caso brasileiro, a perenidade transforma-o em elemento constitutivo do cotidiano. (...) é uma lógica de comportamento que define uma relação autoritária de poder de um grupo em relação a outro.”

1.3. DIREITO PENAL JUVENIL

A questão central a ser debatida é a fixação que os teóricos penalistas têm sempre e apenas sobre as medidas socioeducativas cumpridas por meio de contenção, isto é, com a privação de liberdade, quais sejam: a internação e a semiliberdade. Na verdade, mais propriamente acerca da internação como se fosse a única medida legal preceituada que pudesse efetivamente interromper o ciclo de atitudes violentas que possam ter sido praticadas por um adolescente. Pois, a semiliberdade e mesmo a internação provisória são laconicamente desprezadas, vale dizer, o batalhão argumentativo é dirigido quase que exclusivamente à medida socioeducativa de internação ignorando-se de forma retumbante as demais medidas socioeducativas, principalmente, aquelas a serem cumpridas em meio aberto. Aliás, diga-se de passagem são as que melhor e mais adequadamente cuidam ao lado das medidas específicas de proteção – art. 101, do Estatuto – do (re)estabelecimento das liberdades substanciais dos adolescentes que se encontram envolvidos em ações conflitantes com a lei.

Eis, pois, a distorção proporcionada pelo dito “direito penal juvenil”, qual seja cuidar tão somente da medida socioeducativa de internação – medida legal de privação da liberdade –, cujo cumprimento inicial não se pode realizar em meio aberto, quando, não, estabelecendo-a discursivamente como a única aplicável, senão, tratando-a como se fosse a sua aplicação a “regra” para toda e qualquer espécie de ato infracional. Isto é, a medida legal a ser adotada por excelência nos casos de envolvimento dos adolescentes com ações conflitantes com a lei, quando, na verdade, não só a medida socioeducativa de internação, mas, também, a de semiliberdade – e mesmo a de internação provisória – devem ser aplicadas excepcionalmente e por período brevíssimo, em respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, nos termos do *caput*, do art. 121, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Direito Penal Juvenil⁵³³, de forma performática, estabelece a medida socioeducativa de internação como o seu pressuposto necessário e genérico, olvidando, pois, solenemente, das demais medidas legais que são cumpridas em meio aberto. Assim, uma vez elidida a medida socioeducativa de internação cai por terra toda a discursividade que – embora muito atraente aos penalistas de plantão e que não se dão ao trabalho de (re)elaboração dos seus marcos teóricos para converterem-se aos novos valores humanos da criança e do adolescente, pretendem impor uma lógica jurídico-penal que oferece uma ilusória segurança à pessoa que sequer foi levada a cabo no âmbito penal, e, muito menos o será aqui no âmbito da infância e da juventude – por si só, não tem o condão de se constituir na doutrina da proteção integral, sequer, a possibilidade de (re)significar, isto é, dar sentido à nova normatividade humanitária acerca da criança e do adolescente.

A interpretação superadora da onipotência legislativa deve buscar antes de tudo o sentido que preencherá de conteúdo humanitário a normatividade que constituirá o comando legal. E este sentido resta orientado pelo disposto no art. 6º, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, segundo o qual necessariamente “levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

Uma interpretação corajosa, superadora e emancipatória destas novas subjetividades, prende-se ao sentido humanitário de uma teoria jurídico-protetiva rigorosa e irredutível para o preenchimento do conteúdo da norma, enfim, prende-se a tudo aquilo que evite a barbárie, e, assim, proporcione condições reais à melhoria da qualidade de vida das crianças e dos adolescentes, enquanto uma nova totalidade de cidadania.

⁵³³ SARAIVA, João Batista da Costa. *Adolescente em conflito com a lei*: da indiferença à proteção integral; uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 69 e ss. De acordo com o Autor, “não se pode ignorar que o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu no país um sistema que pode ser definido como de Direito Penal Juvenil. Estabelece um mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulado sob o fundamento do garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal Mínimo.”

O reconhecimento da prescrição das pretensões acusatórias e executórias das medidas socioeducativas, certamente, somente pode ser atribuído a falta de uma leitura atenta do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual toda e qualquer medida legal aplicada nesta novel seara jurídica – e, em particular, as medidas socioeducativas – podem ser a qualquer tempo modificadas, inclusive, substituída por outra medida legal que se afigure mais adequada⁵³⁴, independentemente, de prazo legal ou mesmo dos demais requisitos que são necessários legalmente para o reconhecimento do instituto jurídico-legal da prescrição penal, ou seja, para o reconhecimento indevido de uma categoria fundamental própria particularmente ao direito penal, e, não, diversamente, ao direito da criança e do adolescente.

Ora, se a “medida não comporta prazo determinado”, pode a qualquer tempo ser reavaliada a pertinência da sua aplicação e ou de seu cumprimento, haja vista a sua manutenção *deve* ser reavaliada – e, não, diversamente, *pode* –, mediante decisão fundamentada, e, se isto não se der periodicamente, no máximo, deverá ser realizada “a cada seis meses”. Logo, é completamente desnecessário o instituto jurídico-penal da prescrição, uma vez que se afigurando inadequada a medida socioeducativa – e mesmo a específica de proteção – adotada, impõe-se a sua revisão judicial, “mediante decisão fundamentada”, motivo pelo qual se indaga da utilização mesmo da prescrição, utilização essa indevida que somente pode ser atribuída a completa falta de conhecimento das normativas estatutárias, quando, não, dá orientação interpretativa estabelecida no art. 6º, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. A decisão fundamentada certamente pode admitir as contribuições transdisciplinares, então, oferecidas pela equipe interprofissional que deve se encontrar em funcionamento e estruturada pela própria Lei Federal sob nº 8.069, de 13 de julho de 1990, segundo os arts. 150 e 151.

⁵³⁴ BRASIL, Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

“Art. 121. A internação constitui medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

(...)

§ 2º. A medida não comporta prazo determinado, devendo a sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.”

A história do Direito Penal certamente não é uma história da humanização das penas mais difamantes ou mesmo da sofisticação da barbárie por elas ensejadas, mas, sim, a história de suas abolições, bem como do impedimento das diversas formas de barbáries, e, isto já se inicia com o próprio desvelamento de interesses nem sempre confessáveis, quando, não, pela indagação de suas razões profundas e a dissipação de suas ilusórias promessas jamais cumpridas.

Em face disto, apenas se pode lamentar a atitude de alguns órgãos julgadores que ainda – estes, sim! – permanecem sob o paradigma repressivo-punitivo da “situação irregular”, hoje, travestido de direito penal juvenil, o qual, por certo, apesar de sua pretendida especificidade não deixa de ser direito penal, de cunho repressivo-punitivo, quando, não, caracterizado ultimamente pela simbologia preventiva, e, disto, o garantismo, em toda a sua plenitude, não dá conta. Isto é, apesar do garantismo ser tendencialmente dirigido à tese minimalista encaminhada em direção do abolicionismo, não consegue largar o ranço teórico do simbólico-preventivo, vale dizer, apesar da pretensão de respeito pelos direitos humanos, apenas pretende limitar o sancionamento jurídico-penal aos casos ditos “mais graves”, quando, não, assegurando o cumprimento de normas procedimentais para tal desiderato. Contudo, não dá conta, pois, do reconhecimento paralelo que faz de um “direito subjetivo” de punir ligado ao Estado, quando, não, o legitima através do viés formal, uma vez que admite sempre a repressão-punição desde que tenha sido respeitada a “regra do jogo”, isto é, tenham sido observados os direitos e garantias individuais e fundamentais da pessoa humana, através do devido processo legal e os consectários da ampla defesa e do contraditório.

Entretanto, não dá conta de que assim legitima performativamente a intervenção e ingerência estatal repressivo-punitiva para a resolução de casos concretos que nem sempre exigem uma tal espécie de intervenção limitada do poder punitivo estatal, como o é, por exemplo, as questões ligadas e pertinentes à criança e ao adolescente então envolvidos na prática de comportamentos conflitantes com a lei.

Aqui, nesta novel seara jurídico-legal da infância e da juventude não se aplica ou mesmo se admite qualquer espécie de direito penal, ainda, que, mínimo, ainda, que, travestido de “Juvenil”⁵³⁵. Pois, o velho direito penal na ânsia de se

⁵³⁵ COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e o direito penal juvenil*: como limite na aplicação da medida sócio-educativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

permanecer como teoria central que orienta a resolução das questões sociais (controle social), busca rejuvenescer-se através de cooptações que muito além de ampliar o âmbito de sua atuação, também, funcione como legitimação discursiva de suas categorias elementares e fundamentais, surgindo, assim, aqui e acolá, como o “direito penal juvenil”, o “direito penal do inimigo”, o “direito penal de uma sociedade de risco”, o “direito penal de uma sociedade criminosa”. Eis, pois, o novo que o direito penal, qual seja: o “direito penal juvenil”⁵³⁶, proposto não sem interesse, não sem intenção, mas, sim, pelo desejo e facilidade que a sua dogmática jurídica possa oferecer ilusoriamente àqueles que se encontram “pacificados” – para não dizer “convertidos” – pela sua essência repressivo-punitiva. O que se pretende com o suposto direito penal juvenil – e, agora, também, com o direito processual penal juvenil – é um acoplamento teórico-pragmático que torne homogêneo o que é heterogêneo e incompatível, como bem salienta Eugenio Raúl Zaffaroni⁵³⁷. Toda e qualquer teoria do direito penal é tributária da uma teoria da pena⁵³⁸, vale dizer, de uma sanção caracteristicamente repressivo-punitiva. Com efeito, o pretendido reconhecimento de um suposto direito penal Juvenil insofismavelmente é vinculado teórico-pragmaticamente à possibilidade de sancionamento repressivo-punitivo. As garantias constitucionais, as quais por integração principiológica devem estar presentes em todos os âmbitos jurídico-normativos, por certo, não têm origem na dogmática jurídico-penal, mas, sim, nos avanços civilizatórios e humanitários decorrentes de opções políticas, como o é, por exemplo, a doutrina da proteção integral.

Por conseqüência, a metodologia integrativa que se deve operar é principiológica, e, não, diversamente, por analogia repressivo-punitiva, isto é, aqui, por regras processuais penais. Pois, para que se possa estabelecer uma processualidade própria à apuração, julgamento e execução de medidas socioeducativas, antes do mais, é preciso respeitar os princípios fundamentais e inerentes à pessoa humana que se encontra na peculiar condição de desenvolvimento, aqui, crianças e adolescentes (art.

⁵³⁶ SARAIVA, João Batista da Costa. *Direito penal juvenil, adolescente e ato infracional, garantias processuais e medidas socioeducativas*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

⁵³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

⁵³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.* “Toda teoría del derecho penal y, por supuesto, como parte de ella, toda teoría del delito, es tributaria de una teoría de la pena, sea que ésta conserve su nombre o lo cambie por otro que matice su penosidad (sanción, medida de internación, etc.). Justamente la referencia a una teoría de la pena es lo que dota de unidad conceptual y sistemática a una teoría del derecho penal.”

1º, inc. III, e, art. 227 da Constituição da República de 1988 – doutrina da proteção integral), e, não, diversamente, por método analógico, utilizar categorias penais ou processuais penais, que, trazem consigo, precisamente, por não impedir, elementos repressivo-punitivos criminalizantes e próprios do direito penal, ainda, que, transmutado de “juvenil”⁵³⁹. A impertinência, pois, não se opera apenas no âmbito da proposta pedagógica que deva conter a medida legal socioeducativa, mas, principalmente, discursiva, isto é, dos argumentos e fundamentos teórico-pragmáticos do pretense “direito penal juvenil”.

As interpretações que se operam a partir de marcos teórico-pragmáticos diversos da orientação doutrinária da proteção integral, por certo, reconhecerão através do processo hermenêutico categorias e institutos estranhos ao direito da criança e do adolescente. A fórmula lógica de que se utilizam é operada a partir de pressupostos diversos daqueles estabelecidos constitucional e estatutariamente, quais sejam: “a concepção da criança e do adolescente como Sujeitos de Direito e a afirmação de sua Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento.”⁵⁴⁰.

Dessa forma, a utilização indevida da lógica caracteristicamente jurídico-penal para interpretação das regras preceituadas no Estatuto da Criança e do Adolescente acerca da responsabilização diferenciada⁵⁴¹ do adolescente que praticou uma conduta conflitante com a lei, por seus traços repressivo-punitivos, certamente, invertem o processo específico para apuração de tal responsabilização, bem como

⁵³⁹ KONZEN, Afonso Armando. *Pertinência socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 66 e ss. O Autor em que pese reconhecer que existe minuciosa descrição de “direitos individuais do adolescente autor de ato infracional”, bem como “garantias processuais deste mesmo infrator e o rito procedimental da apuração e de aplicação das medidas”, insofismavelmente, passa a confundir o discurso teórico-protetivo fundado nos valores humanos e próprio ao Direito da Criança e do Adolescente, com a discursividade própria ao Direito Penal e sua dogmática (discurso e saber oficial) fazendo acreditar que pouco importa “seja esse conjunto de normas pertencente a uma normatividade específica denominado Direito Penal Especial, Direito Penal Juvenil, Direito Socioeducativo, Direito Infracional, ou de qualquer outro termo, o que importa é a reunião de princípios e regras normatizadoras de prerrogativas e possibilidades de contraposição à imputação por conduta ilícita iguais aos dos imputáveis penais maiores de idade.”.

⁵⁴⁰ LABANCA, Luís Edmundo. *Op. cit.* O Autor assevera que “ficarão, portanto, revogados os conceitos ideológicos e anticientíficos de ‘situação irregular’ e o termo estigmatizador de ‘menor’ como condição substantiva caracterizadora da maior parte da ‘nossa mais rica matéria-prima’. Resgataremos com isso para a cidadania e para a realidade da plenitude humana as diversas condições de existência escamoteadas por aqueles dois conceitos: o nascituro, a primeira e a segunda infâncias, a pré-adolescência, a adolescência e o jovem adulto, reconhecendo-se portanto as exigências e peculiaridades de cada uma dessas fases da vida humana.”.

⁵⁴¹ VOLPI, Mário (org.). *Adolescentes privados de liberdade: a normativa nacional e internacional e reflexões acerca da responsabilidade penal*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1998, p. 14. Destaca-se que “é fundamental que os programas destinados a adolescentes, autores de atos infracionais, sejam desenvolvidos no bojo de políticas de garantia de direitos e não no contexto do sistema penitenciário.”.

estabelece indevidamente uma outra discursividade que projete legitimação à intervenção estatal através da permissibilidade de aplicação de medidas legais punitivas – senão, meramente retributivas.

Impõe-se, assim, o reconhecimento de uma teoria jurídico-protetiva deontologicamente forjada pelos valores humanos consagrados constitucional e estatutariamente em prol da criança e do adolescente, com o intuito precípuo de que sirva como critério de “checagem”, isto é, verificabilidade dos “traços” que caracterizam um determinado processo interpretativo, procurando, assim, eliminar toda categoria jurídica que não se coadune com a propedêutica socioeducativa, vale dizer, que “não pode ser lido pelo sistema semântico, porque não tem significado”⁵⁴² pedagógico, vale dizer, humanitário.

Com Noam Chomsky⁵⁴³, o que se pretende através desta proposição introdutória ao estabelecimento de uma teoria jurídico-protetiva é a explicação “das propriedades centrais do sistema transformacional” em que se constitui o Direito da Criança e do Adolescente em relação não só para a população infanto-juvenil, mas, principalmente, para a opinião pública e o senso comum jurídico, “científico”, “psicanalítico”, “sociológico”, “filosófico”, “político”, dentre tantos outros, a partir mesmo de suas matrizes semanticamente humanitárias.

Entretanto, como adverte o Autor, a compreensão do novo, isto é, das novas conquistas civilizatórias e humanitárias, aqui, no âmbito jurídico-legal infanto-juvenil, *mutatis mutandis*, não parecem assim tão óbvias, pois “outras pessoas têm idéias diferentes, e não sabemos em que vai resultar.”⁵⁴⁴. Talvez, nem elas! E, por isso, mesmo não se pode irresponsavelmente arriscar episodicamente as conquistas civilizatórias e humanitárias em prol da criança e do adolescente que “tem suas fontes em longínquos, sucessivos e permanentes esforços de mudança em favor da criança e do jovem, sistematicamente sufocados pelas concepções e práticas sustentadoras de um panorama legal e de um ordenamento institucional que transformaram os seus destinatários em objetos de medidas judiciais – e não em sujeitos de direitos – rotulando-os por uma conceitualização estigmatizante que, em lugar de propiciar o

⁵⁴² CHOMSKY, Noam. *Linguagem e mente: pensamentos atuais sobre antigos problemas*. Trad. Lúcia Lobato. Brasília: UnB, 1998, p. 72.

⁵⁴³ CHOMSKY, Noam. *Op. cit.*

⁵⁴⁴ CHOMSKY, Noam. *Op. cit.*

‘bem-estar’ dos marginalizados, perseguiu de fato e sistematicamente a ‘segurança e o desenvolvimento’ das estruturas marginalizadoras.”⁵⁴⁵.

As condições sociais limites a que se submete a existência humana extremada, pois, na miséria, na fome, na corrupção, enfim, em tantas outras violências estruturais, passam a exigir um vínculo “policialesco” muito mais forte do comportamento conflitante que se realize no ambiente social, por isso, nada mais propício do que a assunção quase que “natural” – e decorrente mesmo da irracionalidade projetada modernamente pela racionalmente instrumental –, acerca da necessidade de um direito penal do terror⁵⁴⁶, aqui, na novel área jurídico-legal infanto-juvenil, então, denominado de “direito penal juvenil”⁵⁴⁷. A simbologia da ordem justa que o pretense “direito penal juvenil” esboça, por certo, reside “na convicção e no consenso e não na atuação violenta dos aparelhos repressivos” que operam no Sistema de Justiça Infanto-Juvenil⁵⁴⁸, isto é, as promessas desta vertente punitivista angariam adeptos em virtude de suas falácias.

Legitimação do sistema socioeducativo através da declaração discursiva de que existe um “direito penal juvenil” sugere aceitação precisamente por propor simbolicamente maior efetividade a medidas legais, quando, não, apresentando-as assim como “mais severas” – “duras ameaças de penas”, segundo Ana Lúcia Sabadell⁵⁴⁹ –, que, coopta a credibilidade da opinião pública, senão, também do senso comum jurídico, atendendo, assim, a comoção social forjada por temáticas previamente pautadas pelos meios de comunicação de massa, segundo interesses na maioria das vezes inconfessáveis. Entretanto, os níveis de efetividade legal das medidas legais socioeducativas de cunho “sancionatório” (repressivo-punitivo) – como pretendem ver declarado aqueles que se filiam ao “direito penal juvenil” –, certamente, permanecerão inalterados, quando, não, os níveis de efetividade jurídica e social de tais medidas serão reduzidos sensivelmente a patamares inferiores às medidas legais de cunho

⁵⁴⁵ LABANCA, Luís Edmundo. *Op. cit.*

⁵⁴⁶ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A inconstitucionalidade do direito penal do terror*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 48. Segundo o Autor, “os princípios existem, são invocados e estudados com um razoável rigor científico, mas ou não têm eficácia em momentos cruciais como o da análise do crime, por exemplo, ou são como que ‘cooptados’ pelo legislador penal, que os instrumentaliza demagogicamente para o ‘Direito Penal do Terror’”.

⁵⁴⁷ SARAIVA, João Batista da Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁵⁴⁸ SABADELL, Ana Lúcia. *Op. cit.*

⁵⁴⁹ SABADELL, Ana Lúcia. *Tormenta juris permissione: tortura e processo penal na Península Ibérica (séculos XVI – XVIII)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 383 e ss. (Instituto Carioca de Criminologia – Coleção Pensamento Criminológico).

pedagógico, então, preceituadas no Estatuto da Criança e do Adolescente. A primeira falácia opera-se com a declaração e reconhecimento da natureza jurídica repressivo-punitiva da medida legal socioeducativa, isto é, configurando-a como uma espécie diferenciada de sanção penal, diz-se que automática e sistematicamente serão aumentadas as garantias processuais para o adolescente infrator, precisamente, por ensejar maior limitação ao poder discricionário dos órgãos julgadores, enfim, de toda atividade judicial aos moldes da vertente teórica denominada “direito penal mínimo”, senão, também da denominada de “garantismo penal”⁵⁵⁰, ou seja, já não se preocuparia tanto com a proteção de bens jurídicos, mas, sim, com a limitação da intervenção estatal repressivo-punitiva. A segunda falácia opera-se através da crença de que com a declaração e reconhecimento da natureza jurídica repressivo-punitiva da medida legal socioeducativa, isto é, configurando-a como uma espécie diferenciada de sanção penal, seria possível evitar a redução da idade de maioridade penal, haja vista que contemplaria as angústias e ansiedades populares, senão, também a sanha repressivo-punitivista dos opositores da doutrina da proteção integral, vale dizer, dos direitos humanos destinados especificamente às crianças e aos adolescentes – aqui, infratores.

Assim, o potencial da violência institucionalizada (legitimada) – *ex lege* – é mais sensível na processualidade através da qual se apura o cometimento de comportamento conflitante com a lei (ato infracional) do que propriamente na medida legal socioeducativa a ser aplicada – vide, por exemplo, os inúmeros casos de “internação provisória” e da “internação sanção” (meio coercitivo para cumprimento de medidas legais socioeducativas), respectivamente, previstas nos arts. 108 e 122, inc. III e § 1º, ambos do Estatuto⁵⁵¹ – isto é, reside no desempenho da “função simbólico-preventiva”, conforme esclarece Ana Lúcia Sabadell⁵⁵². A mencionada Autora esclarece que o rigor do sistema de justiça penal real no *Ancien Régime* não dependeria tanto da frequência da aplicação da tortura, mas, sim, da sua “função simbólico-

⁵⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁵⁵¹ BRASIL, Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias. Parágrafo único. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida.

(...)

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

(...)

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

§ 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a três meses.

⁵⁵² SABADELL, Ana Lúcia. *Op. cit.*

preventiva, ainda que aplicada raramente, atuando, em geral, como ameaça ‘oculta’ e temida no âmbito do processo inquisitório secreto.” E isto, *mutatis mutandis*, é o que subliminarmente se propala através da dogmática jurídico-penal enquanto matriz teórico-pragmática (saber oficial) que orienta suas outras expressões derivadas do expansionismo do “moderno” direito penal caracteristicamente de cunho simbólico-preventivo – como se pretende aqui através do “direito penal juvenil”. De acordo com Ana Lúcia Sabadell⁵⁵³, até mesmo o “tratamento da tortura, no âmbito do *ius commune* não está desprovido de aspectos garantistas”, pois os “legisladores e a doutrina que definem a tortura ‘legal’ através da fixação de limites (...) também criam a figura da *tortura ilegal*.”. A partir da análise da historicidade penal e processual penal europeia, é possível projetar reflexões sobre a contemporaneidade das mais recentes expressões penais, as quais, no entanto, ainda perpassam suas categorias elementares pela regulamentação do uso da força (violência).

É possível então dizer que toda e qualquer forma de punição decorrente da responsabilização penal não pode oferecer outra medida que não seja através da violência institucionalizada – consoante propostas do “direito penal juvenil”. A responsabilização penal de adolescentes ainda que indiretamente pelo reconhecimento do caráter sancionatório das medidas legais socioeducativas, assim, não pode ser outra coisa que não punição, vale dizer, exercício de violência legitimada tanto pela lei, quanto pelo saber jurídico oficial que sustenta o todo de qualquer Sistema de Justiça que se aproprie ainda que subsidiariamente da legislação penal e ou processual penal, as quais só aparentemente sugerem garantias procedimentais, mas, que, no fundo, não deixam de inscreverem-se no marco teórico-pragmático do direito penal e de sua dogmática jurídica que permitem legal e por legitimação o uso da violência pelas agências de controle social⁵⁵⁴.

A lógica desenvolvida e utilizada para o reconhecimento de “um modelo penal garantista”⁵⁵⁵ que se aplique na área jurídico-legal infanto-juvenil através do pretenso “direito penal juvenil” é para não dizer o mais, no mínimo, contraditória

⁵⁵³ SABADELL, Ana Lúcia. *Op. cit.*

⁵⁵⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

⁵⁵⁵ COSTA, Ana Paula Motta. *Op. cit.* Para a Autora, “o reconhecimento da existência de um Direito Penal Juvenil contido no Estatuto tem por consequência a identificação da necessidade de respeito às garantias processuais penais destinadas ao mesmo público, presentes no conjunto da legislação pátria.”.

em si, pois não se afigura razoável teórica, pragmática, discursiva e ou argumentativamente sustentar a minimização da incidência do direito penal, quando, precisamente, se propõe ampliar o seu âmbito de atuação ao direito da criança e do adolescente.

A categorização de elementos jurídico-penais não pode legitimamente contemplar as questões relativas ao adolescente que praticou um comportamento conflitante com a lei, buscando-se, dessa maneira, legitimar a intervenção estatal repressivo-punitiva característica de um direito penal sustentado legal e legitimamente num saber oficial – dogmática jurídico-penal – que não tem absolutamente qualquer compromisso com a realidade concreta social em que está inserida a população infanto-juvenil, haja vista que se circunscreve sua preocupação tão somente com a legitimação da violência do controle sócio-penal.

A proposição de utilização das medidas procedimentais asseguradas pelo devido processo legal, mas, regulamentadas pela processualística penal⁵⁵⁶ na resolução de questões afetas ao cometimento de um comportamento conflitante com a lei atribuído ao adolescente, certamente, não se configura a via processual adequada para tal desiderato. Pois, não se aplicando idêntica responsabilidade penal comum aos adolescentes infratores, mas, sim, como propõe discursivamente os adeptos do “direito penal juvenil” medidas socioeducativas de “caráter penal especial” porque motivos então se deveriam adotar as mesmas “garantias processuais penais destinadas” aos adultos, isto é, aos imputáveis? O processo e a medida legal que se orientem pela teoria jurídica socioeducativa, de cunho protetivo deve representar a possibilidade de potencialização da capacidade humana respeitosa e responsável pelo outro que

⁵⁵⁶ COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e do direito penal juvenil*: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 161 e ss. A Autora conclui pela necessidade de reconhecimento da “natureza penal da legislação juvenil”, pois somente assim diz ser possível considerar “todo o sistema correspondente de garantias constitucionais e de princípios aplicáveis de Direito Penal”, quando, não, entende necessário o “reconhecimento de uma culpabilidade especial dos adolescentes perante o sistema penal juvenil contido na legislação especial, o que representa opção contrária ao que historicamente tem sido feito, seja por parte dos chamados modelos de proteção ou dos que defendem a aplicação às pessoas menores de idade de um modelo punitivo especial, que não contempla sanções. Tais modelos não têm sido eficientes em controlarem o poder punitivo do estado, e, historicamente, as crianças e os adolescentes, declarados sem discernimento ou incapazes, têm sido alvo de severos castigos, justificados pelo eufemismo de um sistema de proteção. Aos adolescentes, portanto, não se pode imputar responsabilidade frente à legislação penal comum. No entanto, respondem pelos delitos que praticam, submetendo-se a medidas socioeducativas de caráter penal especial.”.

oportunize não só a mudança de vida⁵⁵⁷, mas, principalmente, a ruptura dos ciclos de violência em que o adolescente possa estar envolvido.

Por mais esta vez, é importante lembrar a advertência travejada pela análise histórica desenvolvida por Ana Lúcia Sabadell⁵⁵⁸ acerca dos processos destinados a atribuição de responsabilidade penal (punitiva), qual seja a de que “o processo penal do direito comum é sinônimo dos piores abusos de poder.”, o que até nos dias atuais ainda é verificável através das constatações estabelecidas nos estudos e pesquisas de Francesco Carnelutti⁵⁵⁹.

Não seria, pois, o processo penal brasileiro exceção à regra. A discricionariedade procedimental pautada pelo arbítrio das instâncias judicializadas, para além de configurar desvio de poder, por certo, não podem autorizar (legitimar) a adoção da dogmática jurídico-penal ou mesmo processual-penal como estratégias assecuratórias dos direitos individuais fundamentais pertinentes ao adolescente que cometeu comportamento conflitante com a lei. O devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório vinculam-se antes do mais à esfera constitucional (política) do Estado de Direito do que propriamente à esfera jurídico-penal (técnica), ou seja, são garantias constitucionais asseguradas às pessoas que se encontrem numa relação jurídica processual determinada. Porém, tais garantias são diretamente decorrentes dos avanços civilizatórios e humanitários de uma sociedade e Estado de Direito que se pretendem democráticos, ainda que aplicáveis ao âmbito das relações jurídicas processuais penais e não propriamente decorrentes diretamente da evolução ética ou moral do direito penal e ou processual penal – se é que eticamente evoluíram; ou, senão, apenas sofisticaram a barbárie? O devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório enquanto garantias fundamentais preceituadas constitucionalmente, aqui, na área jurídico-protetiva da infância e da juventude também são recepcionadas segundo os matizes humanitários que levam em conta a condição peculiar de pessoas em

⁵⁵⁷ VOLPI, Mário. *Sem liberdade, sem direitos: a privação de liberdade na percepção do adolescente*. São Paulo: Cortez, 2001, p. 141 e ss.

⁵⁵⁸ SABADELL, Ana Lúcia. *Op. cit.*

⁵⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antonio Cardinalli. Campinas: Conan, 1995, p. 45, 46 e 81. Descreve o Autor que a “degeneração do processo penal é um dos sintomas mais graves da civilização em crise. (...) mas o processo por si mesmo é uma tortura. (...) O direito não pode fazer milagres e o processo ainda menos. Entretanto, até que as leis sejam obedecidas, tudo vai ficar bem ou, pelo menos, ficam encobertos os vícios; é a desobediência que os faz aparecer. O processo foi dito, e o processo penal mais que outro descobre todas as contradições do direito, o qual se empenha como pode para superá-las. (...) As misérias do processo penal são aspectos da miséria fundamental do direito. (...) Não se trata de desvalorar o direito, mas de evitar que seja sobrevalorado. Em suma, desenganar o homem comum sobre este ponto: que basta ter boas leis e bons juízes para alcançar a civilidade.”

desenvolvimento, senão, que reconhecidamente se tratam de sujeitos de direito. Por isso, eventuais “válvulas de escape” – isto é, “esquemas de legitimação do direito penal ‘moderno’”, segundo Ana Lúcia Sabadell⁵⁶⁰, para quem “a legalidade cria, sabidamente, efeitos de legitimidade” – não podem mais ser democraticamente aceitas num Estado Constitucional de Direito.

Pois, não se afigura plausível humanitariamente a utilização de violência institucionalizada (legal e legitimada) no controle social, contudo, não precisamente para controlar, mas, sim, preferencialmente, para que possam ser evitados abusos do exercício de deveres, competências e atribuições legalmente confiadas aos poderes públicos constituídos para tal desiderato.

Bem por isso, o modelo de processualidade legal mais indicado para ampliar as garantias fundamentais que estabeleçam a adequabilidade da relação processual especial através da qual se assegure a ampla defesa e o contraditório enquanto consectários do devido processo legal, haja vista que tanto constitucional, quanto estatutariamente – como, por exemplo, arts. 110, 111, 152, 171 a 190, 198 e 199, todos do Estatuto – aos adolescentes cometeram comportamentos conflitantes com a lei são previstas medidas procedimentais e processuais assecuratórias à dignidade, respeito e liberdade desses seres humanos que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade.

A Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, enquanto Leis de Regências já possuem categorias e institutos legais suficientes que podem muito bem funcionar “como garantia contra os abusos de poder, através da imposição de regras e da criação de instancias de controle”⁵⁶¹, precisamente, por tratar cada um daqueles diplomas legais especificamente da proteção integral e da prioridade absoluta dos interesses, direitos e garantias individuais e fundamentais afetos à criança e ao adolescente, os quais são titulares de absoluta prioridade de atendimento, orçamento e cautela em todos os âmbitos públicos, seja judicial (material, procedimental e ou processual), seja legislativo (políticas públicas) seja executivo

⁵⁶⁰ SABADELL, Ana Lúcia. *Op. cit.* A Autora descreve o seguinte paradoxo peculiar a Estados absolutos: “no âmbito de uma última tentativa de defesa do instituto [tortura], que a sua supressão, na França, levou a abusos muito piores do que o emprego de violência durante sessões de tortura. O resultado é que, então, a pena de morte passa a ser admitida com base apenas em indícios. Dessa forma, ‘a vida do cidadão foi deixada ao puro arbítrio do juiz’, uma discricionariedade cunhada pela subjetividade e pela paixão. Nesse contexto, ‘uma meia hora de interrogatório sob tortura, com todas as cautelas que devem ser tomadas, de acordo com nossas leis reais’, é menos cruel do que uma condenação ‘conforme a vontade do juiz’.”

⁵⁶¹ SABADELL, Ana Lúcia. *Op. cit.*

(orçamentária e implementativa). Não se pode tornar homogêneo o que é heterogêneo e incompatível com o primado constitucional da Doutrina da Proteção Integral, pois, como assevera Cláudio Brandão⁵⁶², as pessoas com idade inferior a "dezoito anos estão fora do Direito Penal, mas não estão fora do Direito! Em se verificando alguma infração praticada por um menor (sic), aplicar-se-á o que dispõe a Lei nº 8.069/90, que versa sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.”.

O apagamento simbólico do paradigma da proteção integral cujos vieses civilizatório e humanitário são constitutivos da dignidade e subjetivação da pessoa humana que se encontra na condição peculiar de desenvolvimento deve ser evitado através do rechaço das orientações doutrinárias que se apóiem preferencialmente no marco teórico-pragmático da dogmática jurídico-penal para sustentação da adoção de medidas legais que visem muito mais o impedimento do comportamento conflitante com a lei, senão, a limitação do poder discricionário – arbitrário! – dos operadores do direito, bem como a cooptação legitimante da opinião pública, do que propriamente com a educação do adolescente que cometeu um comportamento conflitante com a lei.

O que está faltando é educação e mutação cultural tanto da opinião pública, quanto do senso comum jurídico acerca das novas regras jurídicas (e, aqui, processuais) estabelecidas no Estatuto, impondo-se, pois, o enfrentamento sério – como assevera Ronald Dworkin⁵⁶³ – das questões interpretativas que possam gerar integração sistêmica entre os valores democraticamente estabelecidos na Constituição da República de 1988, e, as regras processuais e procedimentais estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁵⁶² BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁵⁶³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 482 e ss. Diz o Autor, “aceitamos o princípio da integridade na prestação jurisdicional como soberano em todo o direito, pois queremos tratar a nós mesmos como uma associação de princípios, como uma comunidade governada por uma visão simples e coerente de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo na proporção adequada.” E conclui dizendo que o “direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras e princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. (...) O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. (...) É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. (...) A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções.”.

As lacunas são precisamente a oportunidade de dinamicidade e da normatividade de um texto legal, isto é, para que deixe de ser um fato meramente gráfico, e, possa, assim, integrar-se não só com o ordenamento jurídico, mas, principalmente, com o acontecimento e as circunstâncias pessoais e materiais do adolescente então envolvido com o ato infracional.

A ilusória facilidade metodológica oferecida pela analogia esconde a incontrolável possibilidade de criminalização, isto é, responsabilização penal do adolescente que de alguma forma pode se envolver com um ato infracional, haja vista que não tem o condão de assegurar, de garantir, que, uma vez observados os rituais processuais e procedimentais, não se dê legitimação – e não diversamente conquiste-se legitimidade – a aplicação de medidas socioeducativas inadequadas, impróprias e, principalmente, desnecessárias, para o caso concreto. Numa sociedade orientada pelo capital, a idéia de tempo transfigura as pessoas e os operadores já não pretendem mais destinar tempo suficiente para tal desiderato, por isso a necessidade cada vez maior de padronização.

E o que se afigura pior, não se tem qualquer garantia que a sua aplicação e execução, na prática jurídica, deixarão de ser excessivas exigidas, uma vez que, agora, já se tem um ritual próprio para depuração de “verdades” – as quais, já não são mais reais/materiais (processo penal) ou mesmo decorrentes de presunções formais (processo civil), mas, sim, sobre a sanha do “princípio da eficiência”, como meramente instrumentais – e decisionistas para resoluções de casos concretos, muito a gosto de John Rawls⁵⁶⁴ – para efetivação jurídica e social de tutelas estatais, por sociedades culturalmente consumeristas que se orientam pela ideologia e valores do capital, e, que recorrem demasiadamente ao Jurídico para suplementação dos fracassos das funções e

⁵⁶⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: UnB, 1981, p. 309 e ss. (Coleção Pensamento Político, 50). De acordo com o Autor, “embora princípios racionais possam clarificar nossos juízos e formular linhas de pensamento, temos, em última análise, de fazer nossa própria escolha, na medida em que a opção freqüentemente depende diretamente de nosso autoconhecimento não só quanto àquilo que desejamos, mas também de quanto queremos. Nem sempre é possível evitar o cálculo da relativa intensidade de nossos desejos. (...) apresento o conceito de racionalidade deliberativa, a partir de uma idéia de Sidgwick. Ele caracteriza o êxito futuro de uma pessoa como sendo aproximadamente aquilo que agora desejaria e buscaria, se as conseqüências de todas as possíveis opções de ação que lhe estão abertas estivessem, no momento presente, corretamente previstas por ele e adequadamente concebidas na imaginação. Aquilo que é bom para um indivíduo é a composição hipotética de forças impulsivas que resulta da reflexão deliberativa de satisfazer certos requisitos.”

das promessas do Estado declaradamente de "bem-estar" social – conforme adverte Charles Melman⁵⁶⁵.

É preciso, também, aqui, operadores do direito de consciências pesadas – segundo Gustav Radbruch⁵⁶⁶ –, enfim, preocupados com a causa da Criança e do Adolescente, pois o caminho mais fácil nem sempre é ou mesmo já foi algum dia o mais seguro. Impõe-se, desta maneira, aos operadores do direito para dar conta das regras contidas no Estatuto, e, não, diversamente, buscar a todo momento a facilidade metodológica que a analogia pode ilusoriamente oferecer (inclusive, vedada no âmbito da dogmática jurídico-penal, quando, e, sempre, que, criminalizadora), que, indubitavelmente, traz conforto pragmático aos operadores do direito, mas, que, não oferecer fidedignamente qualquer garantia (promoção ou defesa) e mesmo proteção real/material ao adolescente em conflito com a lei. O raciocínio pragmático será óbvio e confortador para os operadores do direito, que, então, providos de regras processuais penais, facilmente, poderão percorrer um caminho ilusoriamente seguro – e que, no fundo, alivia, pois o isenta de responsabilidade –, precisamente, porque atenderam aos ditames legais, para exemplificativamente internarem cada vez mais adolescentes que, na verdade, não necessitavam ser internados, mas, que, os casos concretos demandavam difíceis e prolongadas construções transdisciplinares de projetos de vida responsáveis, quando, não, de limites, para a própria mutação cultural e valorativa do jovem. Aos operadores do direito a tarefa não só pragmática de resolver as questões pertinentes à área da infância e da juventude, mas, principalmente, teórica de promover e defender as regras contidas no Estatuto, evitando-se, assim, buscar a todo momento categorias jurídicas sejam penais ou processuais penais, através de metodologias analógicas pode podem muito bem oferecer ilusoriamente (inclusive, vedada no âmbito da dogmática jurídico-penal, quando, e, sempre, que, criminalizadora), conforto pragmático aos operadores do direito, mas, que, certamente, não proporcionam efetiva garantia (promoção ou defesa) e mesmo proteção real/material ao adolescente em conflito com a lei contra a possibilidade de penalização, isto é, de se aplicar categorias

⁵⁶⁵ MELMAN, Charles. *O homem sem gravidade*: gozar a qualquer custo. Entrevistas por Jean-Pierr Lebrun. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003.

⁵⁶⁶ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

elementares próprias à dogmática jurídico-penal que demandam interpretação cujo conteúdo é próprio da ideologia penal, de cunho repressivo-punitivo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente sempre será mais rigorosamente aplicado do que o Código Penal brasileiro enquanto construtores jurídico-sociais insistirem no uso de regras interpretativas pertinentes à dogmática jurídico-penal para aplicação das regras que fundam e operacionalizam direitos individuais e garantias fundamentais afetas à infância e à juventude. E isto se realiza em violação mesmo aos vetores orientativos da doutrina da proteção integral, a qual deve ser sempre o marco teórico-pragmático para implementação de toda e qualquer figura legislativa que se referencie à criança e ao adolescente.

As medidas socioeducativas devem representar para o adolescente a possibilidade de adesão a um projeto de vida responsável, até porque, o ato infracional é um importante sinal de que aquela pessoa que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da sua personalidade necessita de especiais cuidados com absoluta prioridade. No Ordenamento Jurídico brasileiro é peculiar a toda e qualquer regra jurídica independentemente da área jurídico-legal em que se encontra não só possuir antinomias e lacunas, mas, também, deixar muito a desejar a efetiva implementação jurídica e social. O Estatuto da Criança e do Adolescente, assim, não é o único diploma legal a merecer maior e mais ampla implementação e efetividade na prática, veja-se, por exemplo, a própria Constituição da República de 1988, que, ainda, aguarda, uma independente e corajosa defesa pelo Supremo Tribunal Federal, até porque já é mais do que tempo de efetivamente implementá-la, ao invés, pois, de ficar permanentemente emendando-a!

Mas, isto não autoriza por si só a utilização metodológica da analogia, vale dizer, da adoção de regras processuais "similares" ou "adequadas". Enquanto se utilizar a metodologia analógica, isto é, mera e invariavelmente se utilizar de regras processuais penais "próximas", continuar-se-á a operar a partir da ideologia repressivo-punitiva que se orienta pelos objetivos buscados pela Dogmática Jurídico-Penal, vale dizer, controle sócio-penal. É, preciso, pois ter coragem de romper definitivamente com qualquer ranço do direito penal, do direito processual penal, enfim, da dogmática jurídico-penal, que, no fundo, apenas opera a partir da cultura do controle sócio-penal.

A Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente possuem princípios, direitos e garantias substanciais e processuais necessárias e suficientes, que, na verdade, demanda integração superadora das limitações pragmáticas, mas, contudo, demanda interpretação principiológica e sistêmica – segundo Eduardo J. Couture⁵⁶⁷ – que assegurem a cidadania plena dos adolescentes que serão responsabilizados diferenciadamente por envolvimento em atos infracionais.

1.4. DIREITO PENAL DO INIMIGO JUVENIL

⁵⁶⁷ COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 38 e ss. Para o Autor, o que “em primeiro lugar, se apresenta ao legislador não é a tarefa de redigir leis, mas a de formular princípios. (...) princípios que se deparam ao legislador como programa de ação.”

Eis, pois, o idêntico pensamento utilizado pelo direito penal do inimigo, isto é, segundo o seu idealizador Günther Jakobs⁵⁶⁸, um tal direito, então, “claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar *todo* o Direito penal com fragmentos de regulações próprias do Direito penal do inimigo”. É, precisamente, isto, o que defendem a presença de um suposto Direito Penal Juvenil no âmbito jurídico-legal da infância e da juventude, vale dizer, é preferível declarar a existência minimalista (e, por assim dizer, garantista) juvenil ante o perigo de apenas factivamente um operador do direito incapacitado pela Doutrina da Proteção Integral, empreender uma racionalidade repressivo-punitiva sem nenhuma garantia substancial ou processual.

Com já disse, desta bondade punitiva ninguém garante os jovens. Porém, o discurso penalista juvenil certamente a legitimará argumentativamente, isto é, possibilitará a intervenção estatal repressivo-punitiva sob a justificativa de que o faz de acordo com as garantias procedimentais e os direitos individuais. Contudo, a questão de fundo é que aqui na novel área da infância e da juventude já não é mais possível uma tal intervenção estatal repressivo-punitiva, mas, tão somente, diferenciada, com base nos valores humanos. Um pretense direito penal juvenil declara que a responsabilização do adolescente autor de ação conflitante com a lei apesar de ser diferenciada possui conteúdo caracteristicamente sancionatório, isto é, de cunho repressivo-punitivo, atribuindo, assim, mediante reconhecimento jurídico o caráter sancionatório às medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. O direito penal do inimigo busca sua legitimidade ao afirmar constatações inequívocas de que na prática é o que vem acontecendo no mundo penal adulto.

Em face disso, já não será nenhuma surpresa o dia em que se deparar com uma proposta de reconhecimento político-legislativo, isto é, expressamente, legal, do direito penal do inimigo juvenil certamente legitimado por discursos fatalistas de que é preciso reconhecer que no mundo da vida vivida casos considerados extremamente graves possibilitam a despersonalização do adolescente que praticou ações conflitantes com a lei, com conseqüências consideradas graves, para, assim, declarando-o “inimigo”, submeter-lhe a uma variação punitivista do “direito penal do inimigo”, isto é, a um ignóbil “direito penal do inimigo juvenil” enquanto variação não só do decantado direito penal do inimigo⁵⁶⁹, mas, também, e, por somatória teórica, do suposto direito penal juvenil.

⁵⁶⁸ JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 48 e ss. O autor assevera que não se dirige “contra os direitos humanos com vigência universal, porém seu estabelecimento é algo distinto de sua garantia”, para, assim, afirmar que “deverá castigar aos que vulneram os direitos humanos; porém, isso não é uma pena contra pessoas culpáveis, mas contra inimigos perigosos, e por isso deveria chamar-se a coisa por seu nome: Direito penal do inimigo.”

⁵⁶⁹ JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

E, assim, com idêntica desempenho o direito penal juvenil que, por sua vez, também se justifica a partir da constatação de distorções pragmáticas então experimentadas na aplicação judicial e no cumprimento administrativo-jurisdicionalizado das medidas legais – protetivas e socioeducativas – latentemente, possibilita o reconhecimento teórico-pragmático de uma vertente do direito penal que se vincule tanto aos marcos teóricos do direito penal do inimigo, quanto do direito penal juvenil. Entretanto, no Brasil, a legislação aplicável para a resolução das questões inerentes aos direitos e aos deveres das crianças e dos adolescentes é a Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente – vale dizer, as “Leis de Regência” que estabelecem os sentidos a serem consignados no conteúdo tanto das regras que regulamentam atividades, comportamentos e relações sociais, quanto das regras de interpretação daquelas regras⁵⁷⁰.

É legitimamente possível dizer que na novel seara jurídica da infância e da juventude não mais existe qualquer ranço punitivista que tanto caracterizou o sepultado Código de Menores (Lei nº 6.697, de 10.10.1979), uma vez que por opção política do Constituinte de 1987/88 adotou-se a doutrina da proteção integral, vertente da diretriz internacional dos direitos humanos destinados à criança – no âmbito internacional, a pessoa com idade inferior a 18 (dezoito) anos.

Conquanto, em sendo possível o reconhecimento de um suposto direito penal juvenil – então, orientado pelos pressupostos do Direito Penal –, no âmbito jurídico-legal da infância e juventude, afigura-se plausível teoricamente também admitir a variação penalista aplicável ao “inimigo”, por idênticos fundamentos constituídos lógica e metodologicamente apesar da perplexidade que causam, resultando, pois, numa irracionalidade projetada por suas próprias razões acerca da admissibilidade teórico-pragmática (afirmação e constatação⁵⁷¹) de um “direito penal do inimigo juvenil”, enquanto mitigação do direito penal do inimigo aplicável aos adolescentes autores de ações conflitantes com a lei, haja vista a “constatação” de que existem “casos difíceis” a serem resolvidos – como se tudo o mais não o fosse! E isto não está longe de acontecer, pois, basta lembrar as variações penais que se encontram inseridas nos Projetos de Lei e nas Propostas de Emenda à Constituição da República

⁵⁷⁰ ZAGREBELSKI, Gustavo. *Manuale di diritto costituzionale: il sistema delle fonti del diritto*. Vol. I, Torino: UTET, 2000.

⁵⁷¹ JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Op. cit.*

de 1988, cujo intuito é responsabilização penal direta e indireta de crianças e adolescentes, consubstanciando-se proposições tanto da redução da idade de maioridade penal, quanto simplesmente a sua eliminação, e, quando, não, até mesmo a aplicação da Lei dos Crimes Hediondos ao adolescente autor de ações conflitantes com a lei⁵⁷². O que se deve implantar definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro é uma teoria jurídico-protetiva do direito da criança e do adolescente, atribuindo-se, assim, definitivamente, o seu “status” de subsistema jurídico, e, na acadêmica, o reconhecimento de sua autonomia e independência teórico jurídica enquanto disciplinar curricular obrigatória nos diversos cursos de graduação e pós-graduação em direito, medicina, pedagogia, serviço social, sociologia, filosofia, psicologia, dentre tantas outras áreas sociais e humanas.

E, não, diversamente – sequer, por suposição teórica – quaisquer das variações do Direito Penal, sejam elas “Juvenil” ou mesmo “do Inimigo”, haja vista que não deixam de ser orientadas por valores, objetivos, fundamentos, princípios, institutos, categorias e finalidades, propugnados pela dogmática jurídico-penal cujo caráter é sabidamente repressivo-punitivo, culminando, assim, numa espécie de “neocriminalização”⁵⁷³ de adolescentes, agora, mais do que nunca, estigmatizados como “perigosos”, quando, não, buscando legitimidade através de uma ilusória discursividade tranqüilizante sob o pretexto de maior segurança social.

Na verdade, toda e qualquer proposta legislativa que pretenda ampliar a responsabilização penal (seja ela qual for: “juvenil” ou “do inimigo”) não tem o condão de aumentar correlatamente a segurança jurídica de ninguém, vale dizer, tanto do autor da ação conflitante com a lei (falácias da teoria garantista⁵⁷⁴), quanto da vítima

⁵⁷² RAMIDOFF, Mário Luiz. *Espetáculo público da barbárie: plano “b”!* http://www.direitosfundamentais.com.br/downloads/colaborador_publico_barbarie.doc, acesso em 26 de outubro de 2005. Neste trabalho advertia-se sobre a “direção das transformações pretendidas neste projeto de lei se orienta por política de controle social expansionista para maior número de pessoas, contidas ou em relação com o sistema formal de controle, especialmente, em relação aos jovens, mediante a aceleração da passagem pelo sistema, isto é, maior número de pessoas, no mesmo tempo, legitimando-se, assim, por uma ilusória eficácia, então, alcançável pelo maior rigor punitivo para ‘repressão aos atos infracionais graves e aos correspondentes aos crimes hediondos’ e aos jovens ‘mais perigosos’ (...) O projeto de lei proposto pelo Deputado Federal Vicente Cascione, com o fito de alterar os artigos 103, 108, 121, 122 e 123, da Lei Federal sob nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente –, dispendo sobre medidas de repressão aos atos infracionais graves e aos correspondentes aos crimes hediondos, ilegitimamente, insiste de forma renitente na ressurreição do “Código de Menores”, sob os auspícios renovados do binômio repressão-punição.”

⁵⁷³ JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Op. cit.*

⁵⁷⁴ CADEMARTORI, Sérgio U. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

(individual) ou da sociedade (coletiva), mas, como efeito colateral (por vezes intencional), faz “ressurgir o punitivismo”⁵⁷⁵, agora, através desta bifronte expansão do Direito Penal – direito penal do inimigo e direito penal juvenil – isto é, num deplorável “direito penal do inimigo juvenil” que certamente vulnera direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, expressamente, objetivados na Constituição da República de 1988. Em decorrência disso tudo, é preciso dizer não a afirmação ou mesmo a constatação de um pretense direito penal juvenil, quando, não, também, ao direito penal do inimigo juvenil enquanto sua novel proposição teórico-pragmática.

2. PROTEÇÃO SOCIOEDUCATIVA TRANSDISCIPLINAR

O atendimento socioeducativo não permite ampla liberdade ao julgador, vinculando-o, assim, ao processo judicial para apuração do ato infracional, então, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando-se, dessa forma, evitar a ampliação indevida da discricionariedade que descamba para o arbítrio. As medidas judiciais aplicadas ao adolescente autor de conduta conflitante com a lei devem ser cumpridas em equipamentos distinguidos precisamente não só pela adaptação arquitetônica, mas, também, pela equipe técnica interprofissional apto a construir paritariamente projetos de vida responsável, consoante o que se encontra disposto nos arts. 150 e 151, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁷⁶.

Essas proposições legislativas importam na conciliação das determinações judiciais que devem ser aplicadas aos adolescentes autores de condutas

⁵⁷⁵ JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Op. cit.*

⁵⁷⁶ BRASIL, Lei Federal sob nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 150. Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude.

Art. 151. Compete à equipe interprofissional dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

conflitantes com a lei com as reais necessidades desses jovens e o atendimento socioeducativo que deve ser acompanhado, orientado e cumprido, sob pena de que as medidas judiciais aplicadas paradoxalmente se constituam nos entraves, quando, não, importem mesmo na impossibilidade da melhoria da qualidade de vida dos adolescentes. A legislação infanto-juvenil brasileira apesar de ser suficientemente adequada para o tratamento socioeducativo dos adolescentes autores de condutas conflitantes com a lei, ainda, não se incorporou culturalmente nas práticas sociais e jurídicas. Entretanto, não é possível mais sustentar que é improvável a efetivação das novas categorias e metodologias trazidas com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, para que, assim, seja possível a utilização de institutos, categorias e metodologias semelhantes já existentes nos demais âmbitos jurídico-legais⁵⁷⁷.

A substancialidade material determinada para o atendimento dos direitos individuais, de cunho fundamental, dos adolescentes autores de condutas conflitantes com a lei, requer, antes do mais tratamento assecuratório através do devido processo legal inspirado nos valores humanos, e, não diversamente num ou noutro ramo específico do direito, mas, sim, por orientação principiológica comum a todo sistema e subsistema jurídico-legal pertencente ao ordenamento jurídico brasileiro. A medida socioeducativa, assim, apenas se afigurará como legítima – e não como meramente legitimada, em virtude de sua aplicação jurisdicionalizada – quando, obedecer, os ditames legais para apuração, conhecimento e julgamento, então, orientados pela transdisciplinaridade determinada pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando-se, assim, assegurar que a decisão judicial não seja completamente dissociada da situação pessoal e social do adolescente autor de conduta conflitante com a lei.

O órgão julgador deverá atender não só aos critérios formais para a resolução judicial das questões inerentes ao ato infracional, vale dizer, através da adoção de medidas processuais e procedimentais para a construção de uma verdade instrumental que possibilite tão somente uma decisão judicial final formalmente regular e válida, isto é, um mero ato decisionista. Mas, diversamente, deve o órgão julgador preocupar-se, sim, com a aplicação de medidas legais que realmente atendam às necessidades distintas das pessoas que se encontram na peculiar condição de desenvolvimento da personalidade, possibilitando-lhes, assim, oportunidades reais para

⁵⁷⁷ DAVID, Pedro R. *Sociología criminal juvenil*. 5ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 97 e ss.

a convivência social saudável e emancipatória, forjando seu caráter e cidadania para as decisões que deverá adotar na durante o transcórrer de toda a sua vida⁵⁷⁸. Não se pode mais deixar de imaginar e desejar um futuro melhor, uma qualidade de vida melhor e uma juventude mais respeitada em todos os seus direitos próprios da cidadania, ou seja, mais comezinhos à personalidade humana, ainda, que, o Estado não cumpra as funções pelas quais se obrigou – e legitimou a sua governabilidade –, quando, não, atender as condições mínimas de possibilidade para tal desiderato.

É muito fácil responsabilizar um jovem brasileiro, principalmente, agora, com a idéia de que bastou insculpir na Constituição da República de 1988, a doutrina da proteção integral, inclusive, instrumentalizando-a através de um estatuto próprio – Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – para que todos os seus direitos mais comezinhos e próprios da cidadania restassem assegurados. Ledo engano! Mas, não é só isto, diante de tal constatação, vale dizer, que não basta declarar ou justificar uma opção político-jurídica, alguns autores têm entendido que é necessário um substrato teórico mais determinante que imponha limitações mais claras e restritivas à atuação do estado quando e no exercício do dito “direito de punir”, deslocando-se, assim, por mais uma vez, o fundamento do poder, o qual, diga-se de passagem, é por opção política do povo, pois a soberania é popular, consoante o texto constitucional.

Mas, observe-se que com isto, nada mais se faz do que reiterar a própria idéia central própria da dogmática jurídico-penal, segundo a qual o fundamento do poder é a limitação do exercício da força, aqui, a possibilidade de punir. Contudo, com a opção clara que se fez no tempo e espaço próprios para tal desiderato, os legisladores constituintes de 1987/1988, por representatividade legítima – até porque não se tinha outra ou melhor fórmula para tanto – entenderam que optando pela adoção da doutrina da proteção integral, então, derivação direta da diretriz internacional dos Direitos Humanos, com isto, procediam também um deslocamento do próprio fundamento do poder do Estado para dirimir questões inerentes à infância e juventude brasileiras, qual seja, não mais se restringiria a proceder a limitação do exercício da força, ou seja, afasta-se com isto o próprio meta-discurso de que a punição é a regra, para, assim, fundar-se no consenso, vale dizer, naquilo que, por princípio, a soberania popular aquiesceu. A análise aqui é sim de um específico direito positivo objetivo, pois, do que se cuida é da análise de um ordenamento jurídico – o brasileiro – e de seus subsistemas, pelo que, torna-se inafastável uma reflexão sobre a dogmática jurídica

⁵⁷⁸ DAVID, Pedro R. *Op. cit.*

que sustenta – e ao mesmo tempo é sustentada – pela prática, implementação, efetivação e concreção da norma jurídica posta.

Contudo, não se obscurece com isto a perspectiva transdisciplinar que, no fundo, pela multiplicidade de enfoques que proporciona, também, amplia a percepção do fenômeno jurídico. Ora quando se desloca o fundamento do poder da mera limitação da força, para a efetivação do consenso, apesar de ainda se encontrar criticamente dentro ou no interior da teoria positivista alcança-se, no entanto, a possibilidade de se dizer que a punição não é a estratégia de fundo que possa a partir do disciplinamento de sua aplicação garantir nada a ninguém, principalmente, ao jovem. Não é através do disciplinamento, da limitação do exercício da força, que, se pode garantir qualquer direito fundamental ao adolescente brasileiro.

Pois, quando se desloca o fundamento do poder para o consenso – segundo Norberto Bobbio⁵⁷⁹ – aqui, na seara da infância e da juventude, busca-se com isto a nuclearização, a centralização da pessoa humana, reconduzindo-a ao centro de preocupações das inter-relações pessoais, ou seja, uma (re)personalização das relações sociais e dentre elas também as jurídicas. Logo, desloca-se do centro das relações jurídicas a preocupação da limitação do exercício da força, e, recoloca-se a pessoa, pois, a regra jurídica não é em si a preocupação final de todo e qualquer projeto de vida humana e responsável, mas, sim, a pessoa, e, aqui, principalmente, aquelas que se encontram na peculiar condição de desenvolvimento de suas personalidades.

Ressalte-se que a crítica se baseia precisamente na possibilidade ou não de participar da construção do consenso, quando, não, da própria paridade de se estar construindo o consenso, em pé de igualdade com os demais participantes. Bem por isso, não se pode simplesmente trabalhar com o adolescente que circunstancial e contingentemente praticou uma conduta conflitante com a lei, como se fosse um dado pronto e acabado, pinçado da realidade como que sempre tivesse a sua existência já definida⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ BOBBIO, Norberto. *Contribucion a la teoria del derecho*. Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Valencia: Fernando Torres, 1980.

⁵⁸⁰ GOMIDE, Paula. *Menor infrator: a caminho de um novo tempo*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 35 e ss. A Autora passa a enumerar as “determinantes do comportamento infrator” que permitam a identificação formal da conduta infratora, isto é, “uma identificação dos sujeitos que apresentam desvio de conduta, tendo em vista a violação ou não das leis vigentes no país.”

E, assim, limita-se a análise à dimensão comportamental sem, contudo, observar o desenvolvimento do processo de seu projeto de vida, o núcleo familiar e social em que se encontra envolvido, os processos de vitimização e de marginalização, dos quais participou passivamente como vítima sem nenhuma complacência e compaixão pelos órgãos do Estados e pelas instituições sociais, que, agora, desejam redefinir a sua vida – a sua personalidade – buscando (de)formar a sua personalidade a partir de padrões morais nem sempre praticados, mas, indiscutível e retoricamente reforçados pelos diversos aparelhos repressivos e ideológicos do Estado.

Em entrevista realizada por equipe multidisciplinar é fácil observar quando o adolescente não tem qualquer restrição – limites constituídos por um seu sistema de valores internalizados ao longo da presente fase evolutiva de sua vida – aos atos tidos como infracionais, sobretudo, de natureza grave, ou, sequer, sentimento de culpa que lhe conduza à reflexão sobre este estado de coisa. O adolescente ainda aborda os atos tidos como infracionais em que se envolveu com um certo fascínio, assumindo seu envolvimento e prazer por tal atitude sob a perspectiva de que sempre terá sucesso nas suas investidas – a idéia da impunidade, perpassa pela crença da falta de uma conseqüência, ou seja, vai dar certo. E isto demonstra a ausência de desenvolvimento de conteúdos valorativos durante o processo de amadurecimento que até então esteve envolvido.

A fase primitiva do nível educacional impede mesmo a conscientização crítica que lhe impede um posicionamento estável – seguro – frente a uma situação conflituosa. Em decorrência disto, há dificuldades de se estabelecer limites reais – e dimensionais – que inibam a permanência e continuação de tais atos – atitude – haja vista que é facilmente sugestionável pelas influências externas nem sempre canalizadas positivamente para a construção de um projeto de vida responsável. O pouco empenho do adolescente em estabelecer-se como cidadão responsável, cômico e determinado pelo exercício da cidadania que lhe cabe, resulta mesmo da sua falta de maturidade, ante a ausência de valores que regem conduta adequada, ou seja, respeitosa – sinal mesmo de reconhecimento da alteridade, do lugar do outro referencial.

Daí a necessidade de orientação e acompanhamento técnico e adequado para a inserção social, com base pedagógica – educacional – que possibilite a formação de um sistema de valores e limites pessoais construídos a partir de suas próprias expectativas, e, assim, principalmente, ensejem noções claras de limites comportamentais, superando traços de primitividade cultural e comportamental.

O comprometimento do adolescente assumindo as mudanças e transformações que se lhe impõem é importante para o processo pedagógico que lhe se propõe. A conduta e participação nos setores que desenvolvem atividades educativas e de iniciação profissional demanda empenho do adolescente, ainda, que, apresente dificuldades para tal desiderato, pois, por certo, demonstrará consensualmente a pretensão de mudar - participação, freqüência, interesse, relacionamento, compreensão, adaptação. Desenvolvimento das atividades previstas a contento. A idéia de adaptação é a propulsão em querer melhorar e harmonizar com o contexto em que se encontra envolvido – contudo é criticável. Na verdade, o que se deseja é a crescimento paulatino do adolescente na atividade educacional, cultural, social, e, pessoal que optar, inserindo-se, assim, num processo sócio-educativo que lhe viabilize a construção de uma vida saudável e digna.

A conclusão das atividades – seja educacional, seja laboral – então propostas, na verdade, oportuniza o crescimento pessoal do adolescente, conscientizando-o do mundo que está ao seu redor, tanto quanto o que vem ocorrendo dentro de si, inclusive, tendo o controle da realidade e está em processo de reflexão, conseguindo rever o passado e planejando um futuro que possa ser vivido na sociedade. O jovem deve apresentar coerência entre o que pensa, verbaliza e age (atitudes), as medidas socioeducativas são positivas para tal desiderato e necessárias para propiciar a mudança, dinâmica e dentro de uma dinâmica que lhe proporcione harmonia consigo mesmo e com os que com ele mantém relação. A autonomia e iniciativa do jovem comprometido com o próprio desenvolvimento e com a aprendizagem de conteúdos valorativos e no cumprimento das atividades propostas, evidencia a interiorização da idéia de respeito pelo outro.

Uma conduta considerada inadequada é precisamente aquela em que o adolescente não consegue controlar os seus impulsos. Pois, refletir sobre a situação, mostrar-se preocupado com as conseqüências possíveis de seu comportamento –

atitude – evidencia a consciência do nível – alto ou baixo limiar – de frustração. A captação – percepção – dos recursos existentes tanto no núcleo familiar, quanto na comunidade em que vive o adolescente, oferecem elementos importantes para o seu retorno e recepção ao convívio social que possa antes de tudo ampará-lo no desenvolvimento de sua personalidade. A análise da linguagem empregada, também, afigura-se de capital importância, pois, através do discurso do jovem, é possível constatar a evolução ou não na melhora de sua auto-estima, bem como a susceptibilidade maior ou menor aos apelos e pressões externas, e, sobretudo, a autonomia ou não de superá-las, senão, manter uma convivência independente, contudo, respeitosa. Na verdade, a conscientização que se propõe ao adolescente serve como um instrumental para que reflita sobre as perdas que sofreu – e sofre – por se encontrar em situação de risco pessoal e social quando envolvido circunstancialmente numa ação incompatível com o comando legal.

É possível constatar, através de testagens psicológicas, a inclinação sensível ou não do adolescente que praticou um ato tido como infracional na escolha de meios que o levem aos fins desejados, inclusive, a sua preocupação ou não com os valores morais – convencionados ou impostos – associados nas relações interpessoais – familiar e social⁵⁸¹ – que mantém. Na fase evolutiva do jovem, com uma certa margem de exceção, normalmente, as reações e atitudes condicionadas por impulsos, transformam-se em atos tão logo nascem. Contudo, esta vontade exteriorizada, esta energia que irrompe naturalmente sem a necessária maturação, deve-se ser canalizada para a construção criativa, através de um projeto de vida que capacita o adolescente, para tanto. A imaturidade afetiva aqui pode ser verificada pela manutenção do desejo impossível – ambição maior – em relação à capacidade do adolescente de realizá-lo, precisamente, porque não se interessa ou não se compromete com a construção de objetivos presentes e futuros de uma vida saudável, digna e respeitosa.

Em análise da afetividade, investiga-se as manifestações pessoais vinculativas que o adolescente exterioriza ou não através de diversas maneiras – carinho, respeito, ódio, raiva, etc... A ambivalência entre afetividade e controle enseja a contradição pessoal em que se encontra o adolescente desadaptado ao convívio

⁵⁸¹ GOMIDE, Paula. *Op. cit.*

interpessoal. O desajustamento comportamental, por vezes, pode ser resultado de um movimento de impulsos negativos. Na área de humor o adolescente pode expressar sentimentos sem restrições, de forma expansiva freqüentemente superestimando a própria importância. No desenvolvimento de sua personalidade, observa-se privação emocional, raiva inconsciente, ausência de internalização de valores morais e sociais, o que permite ao adolescente cometer atos anti-sociais sem sentir culpa. O importante que se deve notar é justamente a capacidade do adolescente constituir um sistema de valores próprios que possam lhe proporcionar relacionamentos interpessoais e sociais respeitosos, associando-se, então, com os valores morais convencionados ou impostos.

2.1. INSTITUCIONALIZAÇÃO

Diferenças entre internação e internamentos (provisório ou temporário; sanção que serve como coerção para cumprimento de medidas legais aplicadas; ação para atendimento de medida de específica de proteção). Socialmente, tem-se sempre proposto a necessidade da referência institucional para o desenvolvimento da individualidade. Por isso, não é raro ainda perceber que a criança e o adolescente, por orientação ôntico-ontológica, quase sempre se encontram inseridos institucionalmente, como, por exemplo, na família (direito fundamental à convivência familiar e comunitária, art. 19 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente), ainda, que, substituta.

Entretanto, ultimamente é possível observar a crise estrutural e funcional pela qual perpassam as instituições públicas e sociais, como, por exemplo, a família, a educação, a saúde, senão, o próprio Estado. O que se discute, hoje, é precisamente a questão acerca da necessidade e da capacidade instrumental (estrutural e funcional) das instituições que cultural, histórico e legalmente foram constituídas para o desenvolvimento individual (pessoal) da criança e do adolescente, em dignidade pessoa humana, a partir do núcleo familiar, educacional, enfim, conseqüentemente das demais dimensões institucionais.

Assim, conseqüentemente, também seria possível avaliar a necessidade e a capacidade operacional das institucionalizações totais, como, por exemplo, a aplicação e cumprimento da medida socioeducativa de internação? O ser humano quando não estiver institucionalizado, aqui, mais de perto, em um núcleo familiar, quando, não, sem qualquer apoio institucional do Estado, conseguiria, pois, efetivamente por si só conseguir estabelecer relações sociais (de poder) emancipatórias da personalidade humana (subjetividade), isto é, que lhe proporcionasse a melhoria da qualidade de vida individual e comunitária?

O núcleo familiar, por certo, não pode mais ser mistificado como um lugar, por excelência, “bom” ou mesmo reduto da “bondade em si”, assim como todo e qualquer Estado, porém, em se admitindo um tal comportamento omissivo – seja da família, seja da sociedade e ou seja do Estado –, por certo, estar-se-ia legitimando respectivamente as suas inações, enfim, a não responsabilidade solidária (pelo outro), enquanto expressão de respeito às funções democraticamente estabelecidas por lei àquelas entidades. Os equipamentos públicos que se destinam ao asseguramento dos direitos e garantias individuais, de cunho fundamental, dos adolescentes que circunstancial e contingentemente são autores de ações conflitantes com a lei, muito além de representarem uma estratégia ou metodologia de aplicação de medidas socioeducativas, de forma impositiva, devem se constituir num projeto integrado socioeducativo, o qual deve ser efetivado a partir do viés interdisciplinar que conte com material adequado e principalmente pessoal capacitado para tal desiderato.

Coisa diversa disto, no fundo, não passa de mera estratégia de dominação que através de um discurso laudatório permanece propalando certos institutos jurídicos – dogmática jurídico-penal – e de terminadas ações – penitenciarismo – como panacéia teórico-pragmática para a resolução imediata de questões fundamentais que necessitam, na verdade, muito mais de uma mudança radical de atitudes e comportamentos públicos na gestão das políticas públicas que antes de tudo devem oferecer condições de possibilidade para as transformações individuais e coletivas da juventude brasileira. Assim sendo, a mera criação de centros de tratamento ou prevenção, enquanto medida emergencial, sem que se elabore uma proposta socioeducativa integrada e interdisciplinar que deva perdurar ao longo do tempo como medida apta e adequado ao pleno desenvolvimento da personalidade dos jovens brasileiros, apenas desperta uma valoração positiva, como, por exemplo, quando um campo de concentração é descrito como “centro de reabilitação”, vale dizer, não passa de um emprego figurativo de linguagem, quando, na prática, apenas se afigura como mais um modo de contenção daqueles jovens tidos pelo senso comum e a opinião pública como “indesejáveis”.

As políticas públicas não se limitam apenas a perspectiva elaboratória ou deliberatória, mas, também, de sua efetiva implementação, pois, isto, ao final, é a própria efetivação da Lei Federal sob nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – que ideologicamente deve funcionar como marco teórico para uma nova (re) interpretação doutrinária. Até porque, a negatividade do ideológico apenas se mantém quando se está ligado à reprodução de situações de dominação . E dominação existirá sempre que as relações de poder sejam sistematicamente estabelecidas, de forma assimétrica, por certos grupos que exercem o poder de maneira permanente, inclusive, resultando, com isto, a anulação de outros grupos, justamente, por tornar inacessível o lugar da tomada de decisão, tornando-o privilegiado pela estipulação de critérios, de maneira independente e absoluta, ou seja, sem qualquer participação democrática e, bem por isso, paritária.

2.2. ATO INFRACIONAL E MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Para a discussão acerca da responsabilização diferenciada da criança e do adolescente que pratiquem atos infracionais, por certo, antes do mais, impõe-se a descrição da natureza jurídica do ato infracional. O ato infracional, assim, surge como pressuposto legal (lógico) que deve ser comprovado acerca da sua existência (materialidade) e autoria. O ato infracional enquanto pressuposto jurídico-legal tanto para aplicação das medidas específicas de proteção aplicáveis à criança e ao adolescente, quanto para aplicação das medidas legais socioeducativas destinadas tão somente ao adolescente – respectivamente, arts. 101, 103, 105 e 112, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente – funciona, desta maneira, como limitação da intervenção estatal, ainda, que, para a responsabilização diferenciada socioeducativa.

O ato infracional é a prática ou o envolvimento de criança ou adolescente numa conduta cujo cometimento é contrário aos ditames legais, haja vista que é conflitante com o ordenamento jurídico que busca proteger interesses, bens e direitos. Para além disto, o ato infracional juridicamente se constitui no pressuposto⁵⁸² necessário e indispensável para aplicação de medidas legais estabelecidas na Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, quais sejam: a) medidas específicas de proteção, as quais são destinadas às crianças que cometem ou se envolvem na prática de atos infracionais, nos termos do que dispõe o art. 105 combinado com os arts. 98 e 101, do Estatuto; e b) medidas socioeducativas que são aplicáveis aos adolescentes que

⁵⁸² RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 67 e ss.

são autores ou que se envolveram numa conduta dita conflitante com a lei, segundo o disposto respectivamente nos arts. 104 e 112, do Estatuto.

Os atos infracionais são atitudes plenamente justificáveis em razão da pouca maturidade, como bem destaca Flávio Cruz Prates⁵⁸³, senão, decorrentes mesmo da permanente luta por conquistas pessoais num processo interminável de subjetivação.

Mutatis mutandis, acolhe-se aqui a argumentação deduzida por Juarez Tavares⁵⁸⁴ acerca da exigência da limitação da intervenção estatal, para quem todo comportamento humano que não seja desejado socialmente deve ser uma “contradição entre se cometimento e a ordem jurídica tomada na sua totalidade”, bem como subordinada a classificação jurídica da conduta – aqui, como ato infracional – ao princípio da legalidade que exige não só a descrição legal, mas, principalmente, que os elementos que o caracterizem se encontrem “presentes no caso concreto.”. O ato infracional, assim, é equiparado normativamente à “conduta descrita como crime ou contravenção penal”, mas, não em si ao crime ou contravenção penal, mas, apenas à conduta, ao comportamento contraditório descrito no núcleo (verbo ou acontecimento) dos tipos de injusto penal, os quais para tanto também exigem o reconhecimento de outros elementos constitutivos para se constituírem em crimes ou contravenções penais, e, que assim deverão estar presentes tanto na definição legal, quanto no caso concreto.

Entretanto, para a apuração da prática do ato infracional, vale dizer, da conduta cujo cometimento é conflitante com o ordenamento jurídico, impõe-se a adoção de medidas procedimentais destacadamente específicas que devem ser também orientadas pela doutrina da proteção integral, assegurando-se, assim, tanto à criança, quanto ao adolescente as garantias fundamentais indissociáveis às suas respectivas condições peculiares de pessoa em desenvolvimento, vale dizer, infância ou juventude. O ato infracional é descrito como uma atitude atribuída à criança (art. 105, do Estatuto) ou ao adolescente que tenha praticado conduta (ação ou omissão) conflitante com a lei, senão, que tenha se envolvido livre, intencional e voluntariamente num evento dito infracional, cuja conduta é, por assim dizer, contraditória com o conteúdo da norma que protege bens jurídicos, por similitude normativa às condutas descritas como comportamentos valorados negativamente pelo Direito Penal, nos termos do que dispõe o art. 103, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A criança que praticar uma conduta conflitante com a lei (ato infracional) além de não ser responsabilizada criminalmente, pois é penalmente inimputável – art. 104, do Estatuto –, também não está sujeita às medidas socioeducativas, mas, sim, e, tão somente, às medidas específicas de proteção elencadas no art. 101, de acordo com o estabelecido no art. 105, ambos do Estatuto,

⁵⁸³ PRATES, Flávio Cruz. *Adolescente infrator: a prestação de serviços à comunidade*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 66 e ss.

⁵⁸⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 2003. De acordo com o Autor, a conjugação dos pressupostos políticos com os pressupostos jurídicos podem configurar uma concepção unificada de uma conduta que caracterize o seu conflito não meramente com uma norma, mas, sim, pela “contradição entre o seu cometimento e a ordem jurídica tomada na sua totalidade.”.

porém, ressalvando-se a hipótese da “colocação em família substituta” prevista no inc. VIII, do art. 101, do Estatuto.

E isto assim se opera porque a aplicação das medidas específicas de proteção destinadas às crianças que praticaram ato infracional, na verdade, constitui-se numa das atribuições legais afetas ao Conselho Tutelar – arts. 131 a 140, do Estatuto –, o qual, enquanto “órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente”, segundo o art. 131, do Estatuto, deve atender as crianças nas hipóteses legais previstas no art. 105, do Estatuto, pois “ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101”, contudo, limitando-se a aplicação das medidas previstas nos incs. I a VII, e, assim, impedindo-se a possibilidade de “colocação em família substituta” então prevista no inc. VIII, do art. 101, do Estatuto, pelo Conselho Tutelar.

O legislador estatutário determinou que a medida específica de proteção prevista no inc. VIII, do art. 101, do Estatuto, isto é, a “colocação em família substituta”, é competência do Juiz de Direito enquanto órgão julgador pertencente ao Poder Judiciário, conforme preceituado no Título VI (Acesso à Justiça), em especial, aqui, na Seção IV (Colocação em Família Substituta), do Estatuto – e, não, diversamente, atribuição legal – a ser exercitada no âmbito jurisdicional específico e delimitado legalmente para resolução de casos concretos que envolvam crianças e adolescentes independentemente da prática ou não de ato infracional.

As medidas específicas de proteção, então, aplicáveis às crianças que praticam ou se envolvam em ato infracional são aquelas previstas no art. 101, do Estatuto, as quais serão acompanhadas da regularização do registro civil (art. 102), senão, veja-se: a) encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade (inc. I); b) orientação, apoio e acompanhamento temporários (inc. II); c) matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental (inc. III); d) inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente (inc. IV); e) requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial (inc. V); f) inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e

toxicômanos (inc. VI); e g) abrigo em entidade (inc. VII). O Estatuto da Criança e do Adolescente constitui também vetores hermenêuticos para o abrigo de crianças e adolescentes, determinando, pois, que tal medida legal de caráter provisório apenas deverá excepcionalmente ser adotada enquanto forma de transição para a colocação em família substituta, entretanto, jamais deverá implicar privação de liberdade, nos termos do que dispõe o parágrafo único, do art. 101, do Estatuto.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu para toda e qualquer medida específica de proteção aplicada isolada ou cumulativamente, inclusive, as que forem substituídas a qualquer tempo (art. 99) a observância das necessidades pedagógicas, com adoção prioritariamente absoluta daquelas que se destinem a fortalecer os vínculos familiares e comunitários (art. 100), alinhando-se, assim, ao direito individual fundamental infanto-juvenil da convivência familiar e comunitária, então, preceituado nos arts. 19 a 52, do Capítulo III (Direito à Convivência Familiar e Comunitária), do Título II (Dos Direitos Fundamentais), do Livro I (Parte Geral), do Estatuto. Já em relação aos adolescentes que praticaram ou se envolveram em atos infracionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu tratamento diferenciado, protetivo e jurisdicionalizado, devendo-se, pois, observância tanto aos direitos individuais (arts. 106 a 109), quanto às garantias processuais (arts. 110 e 111).

Entretanto, antes de se analisar os direitos individuais e as garantias processuais, impõe-se inicialmente estudar as medidas assecuratórias para a procedimentalização protetiva na apuração da prática de ato infracional que seja atribuído a adolescente – e, não, diversamente, à criança –, nos termos do que é disposto na Seção V (Apuração de Ato Infracional Atribuído a Adolescente), do Capítulo III (Procedimentos), do Título VI (Acesso à Justiça), do Livro II (Parte Especial), do Estatuto (arts. 171 a 190).

Com efeito, ressalva-se a possibilidade da construção de pressupostos diferenciados para a aplicação de medidas legais também diferenciadas segundo os fins de proteção (integral) a que se destine a aplicação judicial de responsabilização socioeducativa. Por isso, a aplicação de medidas legais à criança ou ao adolescente que praticou uma conduta, cujo cometimento está em contradição com a ordem jurídica, deve se encontrar limitada pela lei, evitando-se intervenções estatais arbitrárias características do regime político e jurídico-legal anterior que se orientava pela diretriz da “situação irregular”, cujas medidas legais de caráter tutelar possuíam cunho repressivo-punitivo, no tratamento da responsabilização de crianças e adolescentes.

2.3. JURISDICIONALIZAÇÃO PROTETIVA DA RESPONSABILIZAÇÃO DIFERENCIADA

Com a entrada em funcionamento das Varas dos Adolescentes Infratores enquanto instituição jurídica destinada a julgar as condutas conflitantes com a lei então praticadas por adolescentes – atos infracionais –, nos termos do art. 103, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), entende-se socialmente desejável a realização de estudo e de pesquisa acerca dos conflitos e das disputas que se dão durante os processos jurídicos, procurando-se, assim, compreender a construção de uma “idéia” de Justiça sobre os adolescentes infratores a partir mesmo das importantes contribuições da etnografia.

Com isto, alinha-se definitivamente aos ditames internacionais acerca dos direitos humanos destinados especificamente à criança e ao adolescente que, no Brasil, restaram consignados democraticamente nos arts. 227 e 228 da Constituição da República de 1988, por opção política consoante a autodeterminação do povo brasileiro, constituindo-se, assim, em cláusulas pétreas, nos termos do inc. IV, do § 4º, do art. 60, daquela Carta Magna, por se tratarem de direitos individuais, de cunho fundamental.

A criação das Varas dos Adolescentes Infratores⁵⁸⁵ já faz parte das transformações no modo como a Administração Pública entende o adolescente autor de conduta conflitante com a lei. Sob a orientação do Estatuto foram ampliadas as instâncias de participação federal, estadual e municipal que abordam estas questões no Brasil. É uma tendência que acompanha outras legislações internacionais e procura integrar o processo de disseminação global dos chamados “direitos da criança”⁵⁸⁶ para ampliar a noção de cidadania e a participação, da família e da comunidade, nas

⁵⁸⁵ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 89 e ss.

⁵⁸⁶ No âmbito internacional, as pessoas que possuem idade inferior a 18 (dezoito) anos são denominadas de crianças, consoante a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989.

políticas de atenção aos direitos da criança e do adolescente. Desse modo, tais direitos têm sido um dos objetos prioritários de debate para o Estado brasileiro.

E mais recentemente a discussão pública sobre a redução da idade de maioridade penal, em virtude mesmo dos últimos acontecimentos violentos envolvendo adolescentes. Nas Varas dos Adolescentes Infratores, cotidianamente, são realizadas audiências para a apuração da responsabilização diferenciada dos adolescentes que praticaram condutas em conflito com a lei, evitando-se, com isso, a ilusão social acerca da “impunidade” dos jovens. As audiências, por isso, constituem-se em espacialidades públicas da palavra e da ação⁵⁸⁷, nas quais para além das resoluções judiciais de casos concretos – função estatal enquanto ação legal do Poder Público –, certamente, incide todo um sistema simbólico que estabelece diálogos com as noções ainda que jurídicas do que seja criança, adolescente, “menoridade”, “punição”, responsabilidade diferenciada, senão, da própria idéia de Justiça.

Entende-se, por isso, que um estudo etnográfico pode muito bem contribuir para o aprofundamento da compreensão dos dispositivos de poder e das posições políticas que estão em jogo nas Varas dos Adolescentes Infratores. Porém, esta proposta transdisciplinar deve metodologicamente da perspectiva pura e exclusivamente jurídico-legal, lançando-se para enxergar as intenções, os valores e as disputas de poder que constituem o “efeito simbólico” do ato jurídico.

E isto é razoavelmente possível com a mudança cultural e ideológica acerca dos novos valores (humanos) que demandam o respeito e a responsabilidade pelo “outro”, principalmente, diante de uma estruturação social extremamente complexa e desigual. Utilizar a etnografia – uma técnica, mas também um método de pesquisa – para compreender um fenômeno complexo como o Direito significa promover o encontro entre duas disciplinas que se posicionam em lados opostos no que se refere à dimensão simbólica do poder. Na prática etnográfica privilegia exatamente o oposto, pois é na diferença que se procura o “outro”, naquilo que escapa ao “oficial”, onde o conflito se exacerba, que a pesquisa ou antropológica de viés sociológico constrói o discurso do “outro”.

⁵⁸⁷ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

Se a tradição do direito tem como ponto de partida um modelo geral (Teoria Geral) para pensar a organização social, a etnografia percorre o trajeto inverso e encontra nos modelos particulares aquilo que coloca em discussão a sua própria generalização. Promover o diálogo destas duas tradições de pensamento possibilita, entretanto, a emergência de reflexões contextualizadas acerca do funcionamento do Direito; ou seja, do sentido das normas jurídicas, das possibilidades de justiça e da própria ciência em nossas comunidades. Mais do que isso, permite uma compreensão complexa dos fenômenos mais significativos de nossa sociedade, como, por exemplo, a atual discussão acerca da redução da idade de maioridade penal, senão, o recrudescimento de medidas legais que responsabilizem o adolescente, agora, pela vertente jurídico-penal meramente repressivo-punitiva, isto é, sem qualquer preocupação com as futuras gerações.

Pensar as Varas dos Adolescentes Infratores possibilita este duplo movimento: por um lado, discutir as questões relativas à criança e ao adolescente então estabelecidas pela legislação vigente e problematizadas pelo conhecimento jurídico a partir de um instrumento minucioso e elaborado como a etnografia; por outro, compreender, para além da via legal, quais são os dispositivos de efetivação de autoridade e imposição da regra. Não se trata aqui de menosprezar a importância da Lei, mas perceber que o controle também é estabelecido por uma série de outros reguladores sociais que atuam em esferas de poder alternativas àquelas gerenciadas pelo Estado.

A etnografia, assim, para além de evitar o reducionismo jurídico-penal caracteristicamente repressivo punitivo no tratamento de questões sociais que demandam um complexo de políticas públicas, procura, antes do mais, pautar tais temáticas nas agendas sociais e, então, a partir da ampla discussão entre os diversos setores da vida social, estabelecer estratégias metodológicas para implementação das medidas a serem oficialmente adotadas pelo Poder Público⁵⁸⁸.

⁵⁸⁸ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Op. cit.*

Aqui, mais de perto, em relação às medidas judiciais aplicadas aos adolescentes autores de condutas conflitantes com a lei, enquanto responsabilidade diferenciada para imposição de limites pessoais e sociais, pois a partir da abordagem etnográfica, isto é, de técnicas estabelecidas pelo conhecimento antropológico (entendido como um saber social), possibilita-se, na verdade, a mais ampla contemplação de questões relativas à condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento – art. 6º, do Estatuto. A proposição epistêmica da etnografia para além da percepção e interpretação da criança e do adolescente (inclusão), também objetiva (re)construção cultural e ideológica destes novos atores sociais (novas cidadanias) a partir de outros valores inerentes aos direitos humanos.

Considerando que em uma etnografia os objetos são também tomados como sujeitos, investigar os processos de constituição de uma noção de justiça sobre o com adolescentes infratores nos encaminha para uma pesquisa circunscrita espacialmente e simbolicamente, no sentido de que se torna o local de encontro de diversos agentes e atores, os quais, por sua vez, conferem significados singulares ao evento. Ora, mas se as pessoas envolvidas num litígio junto à Vara dos Adolescentes Infratores lançam mão de um discurso jurídico para solucionarem seus conflitos, e entendendo que “natureza” desse discurso é nomear e classificar de acordo com uma interpretação da norma, nada mais “lógico” do que supor que a ambivalência é o produto normal da linguagem jurídica – ainda mais quando concordamos que o Direito atravessa uma crise de legitimação na contemporaneidade. Geralmente, culpa-se a língua pela falta de precisão, ou a nós mesmos por seu emprego incorreto, no entanto a ambivalência não é um produto do uso incorreto da linguagem. Contudo, esta indecisão e imprecisão de nossas categorias referem-se antes a um fenômeno específico da linguagem, que sempre ocorre quando os “instrumentos lingüísticos” se mostram inadequados ou incapazes de descrever a ordem social; que no âmbito jurídico-legal tem sido experimentada uma tal ambivalência como desordem, inclusive, no próprio discurso – (des)ordem do (dis)curso.

Assim, investigar as noções de criança, adolescente e justiça junto às Varas de Adolescentes Infratores conduz a uma interpretação da Lei no momento de

sua aplicação, e, não, diversamente, no calor dos acontecimentos sociais, procurando extrair o significado deste fato jurídico a partir da aplicação de sua Lei. Um movimento que, ao reportar-se à tradição etnográfica, permite dinamizar no trabalho de campo o corpo teórico que sustenta o discurso jurídico. Trata-se de um conhecimento produzido na apreensão dos fenômenos estudados simultaneamente a partir de inúmeras perspectivas disciplinares, ideológicas, políticas e sociais que perpassam o próprio conhecimento humano possibilitando, desse modo, a melhor compreensão do direito, senão, instrumentalizando-o como um canal de acesso a nossa cultura, ou de algum de seus aspectos culturais específicos.

A adoção automática de enunciados jurídicos inflexíveis consignados em conceitos jurídicos fechados tem proporcionado “a criação de regras de preferência”, segundo Juarez Tavares⁵⁸⁹, para quem essas “meta-regras” aproximam “definições selecionadas de uma solução mais relevante, em certa medida, pela força dos argumentos apresentados e que a tornam mais determinante e unívoca.”. As instâncias decisórias que se baseiem nessas “regras preferenciais e não em critérios de certeza”, segundo o Autor, necessitam por isso de “regras procedimentais” próprias que proporcionem uma processualidade⁵⁹⁰ adequada para resolução de casos concretos, ainda, que, com isto, seja sacrificado todo “um sistema de valores”, aqui, mais de perto, inerentes à humanização das relações sociais – valores humanos.

O justo e o injusto, agora, pode se alcançado através do estabelecimento de “um determinado procedimento”, segundo Juarez Tavares, para quem a “mudança de posições no tocante às decisões parece ter origem, porém, na alteração do conteúdo do juízo de verdade.”.

Assim, evidencia-se que a forma de conhecer um determinado acontecimento, senão, a sua reconstrução processual para formação de uma “verdade” procedimentalmente que possibilite resolução judicial do caso legal, certamente, requer um *iter* procedimental próprio. Isto é, nos dizeres de Juarez Tavares, “o conhecimento,

⁵⁸⁹ TAVARES, Juarez. *Op. cit.* p. 49 e ss.

⁵⁹⁰ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Processualidade Ambiental*. <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2745> – acesso em 9 de maio de 2007.

no fundo, se realiza e se torna válido por meio de um modelo procedimental. (...) Daí se dizer que a relação justo/injusto não está na lei, nem na natureza, senão na *forma* como se torna identificada. Esta posição provoca, definitivamente, a ruptura da relação sujeito/objeto e destaca a correção do juízo acerca do injusto exclusivamente do procedimento de aplicação do direito.”.

A Doutrina da Proteção Integral está voltada diretamente aos interesses e direitos humanos inerentes à criança e ao adolescente do que propriamente à efetivação ou mesmo justificação de políticas públicas sociais equivocadamente adotadas por circunstanciais governabilidades que suposta e tão só discursivamente pretendem proteger aqueles seres humanos – *mutatis mutandis*, conforme adverte Juarez Tavares⁵⁹¹. De acordo com o autor, a criança e o adolescente enquanto pessoas humanas também devem ser retratados subjetivamente, com o fito precípua de não serem confundidos meramente com os objetos de proteção, isto é, “de uma política discriminatória” ainda que sujeitos “capazes de direitos”, impedindo-se, assim, as respectivas responsabilizações penais, pois, não têm “capacidade de aquisição de qualquer direito, por estarem fora da ordem social.”⁵⁹².

Os “preceitos garantidores”, segundo Juarez Tavares, determinam uma avaliação delimitativa e não mais meramente classificatória, como, por exemplo, “excluir da apreciação penal as imputações que lhe sejam contraditórias ou incompatíveis, ainda que legalmente previstas, como a fixação de uma responsabilidade penal abaixo de 18 anos, que contraria o Estatuto de Roma”⁵⁹³. O que se constituiria então a responsabilização diferenciada do adolescente sujeitos às normas da legislação especial (Estatuto da Criança e do Adolescente), afinal?

Por certo, antes de tudo um chamamento civilizatório e humanitário à ordem política e social sobre as questões fundamentais que interessam à discussão pública, aqui, dentre elas, especificamente, acerca daquelas que se relacionam à educação para o respeito e responsabilidade pelas pessoas e valores social e democraticamente compartilhados.

⁵⁹¹ TAVARES, Juarez. *Op. cit.* p. 117 e ss.

⁵⁹² TAVARES, Juarez. *Op. cit.*

⁵⁹³ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*

Entretanto, não se olvida da importância democrática do controle popular sobre a Administração da Justiça Infanto-Juvenil que se realiza, aqui, na novel área jurídica do direito da criança e do adolescente, com distinguida limitação da publicidade dos atos procedimentais e processuais, haja vista que não se trata de processualidade jurídico-penal, mas, que, certamente, ainda padece de idênticos inconvenientes invasivos e espetaculares que afligem aquela processualidade como bem destaca Francesco Carnelutti⁵⁹⁴. A regulamentação dos procedimentos e processos especiais de apuração de ato infracional atribuído a adolescente – arts. 171 a 190 – pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, portanto, constitui-se numa das mais significativas expressões de respeito público pela dignidade da pessoa enquanto ser humano e cidadão, constituindo-se, assim, num importante valor humanitário para a própria “civilidade de um povo”, senão, “a mais alta experiência de civilização.”⁵⁹⁵.

A mobilização social certamente não se circunscreve à opinião pública, mas, também contempla as instituições públicas e organizações sociais constituídas por advogados e defensores públicos, pois devem cumprir as suas funções sociais e democráticas ampliando cada vez mais os horizontes para a discussão séria e permanente acerca das questões fundamentais sobre os direitos das crianças e dos adolescentes, bem como difundido as atuações e estratégias de abordagem teórica e pragmaticamente desenvolvidas.

Por isso, na jurisdicionalização protetiva da responsabilização diferenciada do adolescente que cometeu um comportamento conflitante com a lei, impõe-se a estruturação organizacional e funcional de uma Defensoria Pública especializada. Já não é sem tempo que as inúmeras Defensorias Públicas se especializem material e pessoalmente para a atuação, em sua plenitude, no Sistema de Garantia de Direitos, em parceira com às demais entidades sociais e instituições públicas que promovem a proteção integral dos direitos da criança e do adolescente. Oxalá, tais iniciativas como essas possam surgir em todo Brasil. O direito da criança e do adolescente como qualquer outro Sistema de Justiça necessita para a sua administração da presença indispensável do Advogado. Entretanto, aqui, nesta nova seara jurídico-protetiva é imprescindível a especialização e capacitação de

⁵⁹⁴ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antonio Cardinali. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 21 e 22. Para o Autor, a “publicidade do processo penal, a qual corresponde não somente à idéia do controle popular sobre o modo de administrar a justiça, mas ainda, e mais profundamente, ao seu valor educativo, está, infelizmente, degenerada em um motivo de desordem. (...) mas a invasão da imprensa, que precede e persegue o processo com imprudente indiscrição e não de raro descaramento, aos quais ninguém ousa reagir, tem destruído qualquer possibilidade de juntar-se com aqueles aos quais incumbe o tremendo dever de acusar, de defender, de julgar. (...) são raros os juizes que têm a severidade necessária para reprimir esta desordem.”.

⁵⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*

profissionais, senão, mesmo a institucionalização de Defensorias Públicas Especializadas que possuam autonomia administrativa-financeira (isto é, com competência de iniciativa de proposta orçamentária) e independência funcional para assim em sua plenitude desenvolver atividades de proteção e defesa dos direitos individuais, difusos e coletivos inerentes à infância e juventude, nos moldes do que dispõe os arts. 202 a 224, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Um tal movimento humanitário em prol dos direitos da criança e do adolescente deve ser amplamente difundido nas comunidades brasileiras, tomando-se a sociedade civil organizada ou não “como um todo enquanto espaço da militância”, segundo Mikhail Alexandrovitch Bakunin⁵⁹⁶, para a promoção e defesa de tudo aquilo que for essencial à existência digna daquelas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade humana.

CAPÍTULO 10 – REDUÇÃO DA IDADE DE MAIORIDADE PENAL

1. IDADE DE MAIORIDADE PENAL

A idade de maioridade penal preceituada no art. 228 da Constituição da República de 1988, constitui-se num direito individual, de cunho fundamental, afeto às pessoas com idade inferior a dezoito (18) anos, pois se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade, isto é, ou na circunstancial fase da vida infantil ou quando não juvenil. E, assim, (re)significada a compreensão acerca da idade de maioridade para fins penais – e atualmente de igual forma também para a prática dos atos da vida civil, consoante o art. 5º, da Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil brasileiro)⁵⁹⁷ –, passa a constituir limitação à qualquer pretensão reformatória constitucional, consoante dispõe o inciso IV, do § 4º, do art. 60, da Constituição da República de 1988⁵⁹⁸, enquanto expressão assecuratória da doutrina da proteção integral então adotada, através de opção política, em alinhamento à diretriz internacional dos direitos humanos especialmente destinados à criança e ao adolescente. Uma tal blindagem jurídico-legal – consoante preceitua o inciso IV, do § 4º, do art. 60, da Constituição da República de 1988 –, impossibilita, por assim dizer, programática, formal e materialmente⁵⁹⁹, a admissão constitucional de pretensões

⁵⁹⁶ NORTE, Sérgio Augusto Queiroz. *Bakunin: sangue, suor e barricadas*. Campinas: Papyrus, 1988, p. 15.

⁵⁹⁷ BRASIL, Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil brasileiro.

Art. 5º. A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

⁵⁹⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: 5 de outubro de 1988.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...)

IV – os direitos e garantias individuais.

⁵⁹⁹ RAMIDOFF, Mário Luiz. *A redução da idade penal: do estigma à subjetividade*. 2002. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. Desde, então, advertia-se sobre os riscos de inúmeras proposições legislativas que buscavam a modificação

modificativas acerca da redução da idade de maioridade penal, haja vista que se configura numa garantia fundamental àquele direito individual “ínsito ao patrimônio personalíssimo das crianças e adolescentes brasileiros.”⁶⁰⁰.

1.1. PROPOSTAS DE REDUÇÃO DA IDADE DE MAIORIDADE PENAL

A redução da idade de maioridade penal é um tema recorrente. Até porque, em que pese a opção política constitucional pelos valores humanos então consagrados na Doutrina da Proteção Integral sintetizada nos arts. 227 e 228, da Constituição da República de 1988, ainda, hoje, alguns operadores do Direito acreditam que a idade de maioridade penal é apenas um instituto jurídico-penal, vale dizer, uma categoria fundamental própria da dogmática jurídico-penal utilizável operacionalmente como uma “causa pessoal de exclusão da punibilidade”⁶⁰¹.

Entretanto, com o advento da Constituição da República, e, posteriormente, através do Estatuto da Criança e do Adolescente, atualmente, em vigor, operacionalizou-se instrumentalmente os direitos individuais e as garantias fundamentais, em especial, previstas nos arts. 227 e 228. Com efeito, não se tratando mais de “legislação tutelar”, mas, sim, de legislação especial orientada pelo viés protetivo integral e prioritariamente absoluto, restou declarada de forma expressa a não responsabilização penal de criança e adolescente, no Brasil – Constituição da República de 1988, art. 228. *São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.* A discussão acerca da não imputabilidade penal das pessoas com idade inferior a 18 (dezoito) anos, apesar de infundável, é crucial tanto para aqueles que desenvolvem as atividades teóricas e pragmáticas na área da infância e da juventude, quanto para aqueles da área jurídico-penal.

No âmbito da dogmática jurídico-penal a imputabilidade penal, isto é, a capacidade de culpabilidade⁶⁰² – para a imputação de responsabilização penal –

constitucional acerca da idade de maioridade penal, reafirmando-se, pois, o entendimento adotado politicamente à época da Constituinte pela não responsabilização penal das pessoas com idade inferior a 18 (dezoito) anos.

⁶⁰⁰ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 157 e ss. Por mais uma vez, constatava-se “um contínuo movimento que se produz em torno das pretensões de redução da idade de maioridade penal. Assim, com o fito de que seja mantido íntegro o teor do art. 228, da Constituição da República de 1988, congregam-se esforços para a permanência constitucional da inimputabilidade penal das pessoas com idade inferior a dezoito (18) anos, que, por decorrência de opção política, constitui-se num direito individual, de cunho fundamental, ínsito ao patrimônio personalíssimo das crianças e adolescentes brasileiros. E, assim, não sendo possível, pois, a supressão, e, sequer, a restrição, de um direito individual, haja vista que a inimputabilidade penal deixa de ser considerada, então, um instituto jurídico próprio da dogmática jurídico-penal – até porque não se operou um mero reenvio de tal instituto para o texto constitucional – para ser constituir numa adesão particularmente própria à autonomia do povo brasileiro à diretriz internacional dos Direitos Humanos, aqui, objetivada, em síntese, no art. 227, da Constituição da República de 1988, como Doutrina da Proteção Integral.”

⁶⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 751. Os autores não acreditam que “os menores que ficam submetidos à legislação tutelar sejam inimputáveis, e sim estarem ao amparo de uma causa pessoal de exclusão da punibilidade, que é a menoridade.” Porém, aqui, é importante lembrar que a mencionada legislação tutelar – Código de Menores (Lei Federal sob nº 6.697, 10 de setembro de 1979) –, não se encontra mais em vigor.

⁶⁰² BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 163 e ss. Segundo o autor, a “capacidade de culpabilidade é chamada de imputabilidade. Portanto, a imputabilidade é o conjunto de qualidades pessoais que possibilitam a censura pessoal. O sujeito imputável é aquele capaz de alcançar a exata representação de sua conduta e agir com plena liberdade de entendimento da vontade.”

vincula-se a diversos fatores diretamente ligados à pessoa que pratica uma conduta tida como delituosa.

No âmbito jurídico-penal, é objeto de interesse a imputabilidade penal descrita no art. 27, do Código Penal brasileiro⁶⁰³, isto é, “uma presunção *juris et de juri*, que não admite prova em contrário, que o sujeito não tem um desenvolvimento intelectual e volitivo suficiente para compreender o caráter ilícito de sua conduta ou dirigir sua ação conforme este entendimento” – segundo Cláudio Brandão⁶⁰⁴, para quem – “é relevante salientar que os menores de dezoito anos estão fora do Direito Penal, mas não estão fora do Direito! Em se verificando alguma infração praticada por um menor (sic), aplicar-se-á o que dispõe a Lei nº 8.069/90, que versa sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.”.

A inimputabilidade penal das pessoas com idade inferior a 18 (dezoito) anos, isto é, o reconhecimento por presunção jurídico-legal da falta de capacidade de responsabilização penal decorre antes do mais de opção política do que propriamente dos fatores biopsicológicos. Os fatores biológicos, psicológicos, políticos, sociais dentre tantos outros, certamente, foram levados em consideração nos estudos e pesquisas desenvolvidos no mundo ocidental para a consignação de uma idade limite para a responsabilização penal das pessoas, haja vista a necessidade de conciliação das inúmeras culturas para a consolidação internacional⁶⁰⁵ e universal dos valores humanos em prol da criança e do adolescente.

Não é possível (res)socializar quem ainda se encontra no estágio existencial da constituição de sua própria subjetividade, no fundo, o que se deve evitar agora é sinceramente a sua dessocialização que se opera através da institucionalização prematura e duradoura. Imputabilidade penal é a capacidade psíquica de ser considerado culpado criminalmente, isto é, enquanto um dos elementos constitutivos da culpabilidade representa a dimensão psíquica do agente que praticou uma conduta relevante (capacidade psíquica para ação ou omissão) para o direito penal, típica (capacidade psíquica para agir consciente e intencionalmente), antijurídica (capacidade psíquica para compreender o caráter ilícito de sua ação ou omissão), e, então, culpável

⁶⁰³ BRASIL, Lei Federal sob nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal brasileiro.

Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

⁶⁰⁴ BRANDÃO, Cláudio. *Op. cit.*

⁶⁰⁵ SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os direitos da criança e os direitos humanos*. Porto Alegre: Safe, 2001, p. 29 a 48. O Autor esclarece que por universalização se pode entender o “processo essencialmente concernente ao tradicional sistema de comprometimento da autonomia dos Estados, ou seja, a Declaração Universal auxilia os Estados a alcançar, voluntariamente, a aceitação do conceito de direitos humanos e do reconhecimento e da implementação desse conceito em suas constituições nacionais e nas leis.”. Já por internacionalização é entendido o “movimento de caráter político diferente (...) que o sistema político internacional tem aceitado os direitos humanos como um valor sistêmico, dando aos mesmos o primeiro lugar na agenda política.”.

(capacidade psíquica para imputação penal de culpa segundo a censurabilidade, reprovação e evitabilidade de sua ação ou omissão), consoante o conceito operacionalmente analítico de crime⁶⁰⁶. Para aplicação de uma sanção jurídico-penal é sempre indispensável a comprovação legal e material da existência do crime, enquanto pressuposto necessário para tal desiderato. Contudo, nem sempre quando se comprova legal e materialmente a existência da prática de uma conduta delituosa (do crime) opera-se conseqüentemente a aplicação de uma sanção jurídico-penal. Assim, não se constituindo conduta delituosa a prática de ato infracional precisamente por inexistir neste último um dos elementos constitutivos e estruturantes do fato punível, isto é, a culpabilidade – e, por sua vez, esta não se encontra verificada precisamente por lhe faltar o elemento constitutivo denominado de imputabilidade penal que representa a capacidade psíquica do agente para a regular e válida prática da conduta delituosa, enquanto decorrência mesmo da opção política do constituinte de 1987/1988, que, consignou a idade de maioridade penal em 18 (dezoito) anos, alinhando-se, assim, à diretriz internacional dos Direitos Humanos, como alternativa válida e legítima que reflete a soberania popular e a autodeterminação do povo brasileiro. Desta forma, não se pode validamente dizer que a diferenciação entre ato infracional e crime reside tão somente na nomeologia ou mesmo na conseqüência jurídica que é oferecida e prevista legalmente.

Até porque, os conteúdos, as metodologias de cumprimento, as finalidades e demais arcabouços das respectivas conseqüências jurídicas, isto é, as medidas socioeducativas e as sanções penais não se confundem, pois enquanto as primeiras possuem caráter prevalentemente pedagógico, as segundas destinam-se unitariamente à retribuição (tempo), prevenção (geral, específica, positiva, negativa e simbólica) e, agora, a evitar a dessocialização – haja vista que a reeducação, ressocialização e reintegração foram finalidades já há muito tempo abandonadas, “esquecidas”. O leitor atento poderá muito bem observar que o art. 103, do Estatuto por economia legislativa equiparou o substrato fático do ato infracional ao que é também considerado para a tipificação como crime, isto é, a conduta (ação ou omissão), *in verbis*: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.” Assim, é fácil perceber que as inúmeras condutas descritas como

⁶⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 3ª ed. Curitiba: Fórum, 2004.

crime tanto no Código Penal brasileiro, quanto em quaisquer outras figuras legislativas extraordinárias e especiais, como, por exemplo, a própria lei de contravenções penais, dos crimes eleitorais, fiscais, falimentares, dentre outros, encontram-se contempladas no dispositivo sob comento, justificando-se, pois, a economia legislativa ante mesmo a impossibilidade material de abarcar todas as inúmeras hipóteses legais delituosas. Não se pode legitimamente confundir a conduta tida como delituosa com o crime, para, assim, equiparar ato infracional ao crime, haja vista que apenas se equiparou o substrato fático, isto é, a conduta descrita como crime ou contravenção penal – até porque, muitos dos crimes previstos tanto no Código Penal quanto nas legislações extravagantes não podem ser praticados por crianças e ou adolescentes. A conduta – a vontade e a manifestação de vontade válidas precisamente por não possuírem qualquer vícios que as macule, como, por exemplo, o erro, o dolo, a fraude, a coação e a simulação – é apenas um dos elementos constitutivos (substancial) do crime, sendo certo que para tanto ainda é necessário a realização de juízos de valores negativos, isto é, a verificação da tipicidade, antijuridicidade e da culpabilidade, segundo a concepção analítica de crime⁶⁰⁷.

O ato infracional, assim, é conduta, mas, não é a conduta tipificada pelo Código Penal brasileiro ou mesmo por qualquer outra legislação penal especial, haja vista que tais figuras legislativas descrevem legalmente as espécies de tipos de injusto penal que se baseiam em substratos fáticos e condutas então ditas delituosas, isto é, delimitam hipoteticamente os elementos estruturais de uma espécie delitiva que é nomeada de “tipo penal”. Entretanto, o tipo de injusto penal ainda não é crime propriamente dito, pois depende para tanto da análise dos demais elementos estruturantes, isto é, a antijuridicidade e a culpabilidade, segundo a teoria analítica do delito. E isto é precisamente confirmado pela dogmática jurídico-penal dos tipos penais classificados como culposos, através dos quais o legislador apenas descreve legalmente o tipo legal que ainda não se constitui num tipo penal, haja vista que para tal desiderato depende da complementação do órgão julgador dos demais elementos constituídos do

⁶⁰⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006. Em observação crítica da concepção analítico-descritiva do que possa ser crime, esclarece o Autor que comumente o crime é estruturado por valorações negativas atribuídas, pela dogmática jurídico-penal, à conduta quais sejam: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

tipo de injusto penal, por isso mesmo, declarado como aberto em função da necessária complementação (fechamento) que se realizará por valorização judicial.

Logo, é possível também afirmar que o tipo de injusto penal não é crime, haja vista que apenas hipoteticamente descreve uma conduta relevante para a dogmática jurídico-penal, em que pese ser substancial, porém, a existência jurídico-formal do crime dependerá ainda da constatação valorativa (negativa) da delituosidade dependerá da apuração dos demais elementos constitutivos do crime. Assim, é próprio dizer que, no Brasil, não é proibido matar em determinadas hipóteses legais, como, por exemplo, em legítima defesa e em estado de necessidade (arts. 23, inc. I e II; 24 e 25, todos do Código Penal brasileiro⁶⁰⁸).

A contenção em flagrante infracional possui finalidade diversa, isto é, pretende-se com isto interromper com a circular situação de risco pessoal e social (violência estrutural, física, psíquica, simbólica, pessoal e social) que se encontra o adolescente que cometeu um comportamento conflitante com a lei, e, ao mesmo tempo assegurar-lhe as condições mínimas de dignidade humana, tanto o é que se constitui início do marco temporal para o internamento provisório, bem como para apresentação imediata ao Ministério Público, sendo certo que a constatação fática da desobediência aos preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente não tem o condão de alterar a legislação especial, até mesmo para os mais conservadores positivistas aos moldes kelsenianos⁶⁰⁹, isto é, o desrespeito da lei não tem o condão de torná-la inválida formalmente. O mencionado internamento provisório, de seu turno, não deve ser conseqüência necessária ou mesmo decorrência lógico-procedimental das apreensão

⁶⁰⁸ BRASIL, Lei Federal sob nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal brasileiro.

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – em estado de necessidade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – em legítima defesa; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)

Excesso punível (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único – O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º. Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º. Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁶⁰⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984 (Coleção Studium).

em flagrante de ato infracional ou mesmo esvaziado de sentido socioeducativo, como já bem observou Juarez Cirino dos Santos⁶¹⁰.

A medida socioeducativa de obrigação de reparar o dano, prevista no inc. II, do art. 112 e no art. 116, ambos da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, orienta-se pelo princípio da capacidade de cumprimento então previsto no § 1º, do art. 112, quando, não, instrumentalizado, operacionalmente no § único, do art. 116, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, “havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada”, como, por exemplo, a simples advertência, isto é, admoestação verbal reduzida a termo e assinada (inc. I, do art. 112 e art. 115, ambos do Estatuto).

Entretanto, não guarda similitude ao “mal praticado”, mas, sim, orienta-se pela condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, nos termos do art. 6º, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Eis, pois, um dos principais motivos para a não adoção de medidas legais que possam representar sofrimento ou dor, como, hoje em dia, constituem-se as sanções penais. O aumento do prazo legal das medidas socioeducativas, e, dentre elas, principalmente, as privativas de liberdade e ou contenção, certamente, inverterão a lógica humanitária estabelecida por opção política e não por decorrência de política criminal do Estado brasileiro, aliás, a qual a muito tempo não é constituída ou mesmo implementada nos diversos âmbitos de governo.

No mais, os Projetos de Lei e as Propostas de Emendas à Constituição da República já não pretendem mais a redução da idade de maioridade penal para 16 (dezesseis) anos, mas, sim, que simplesmente seja derogado o art. 228, da Constituição da República de 1988, e, conseqüentemente, tanto o art. 104, do Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto o art. 27 do Código Penal brasileiro, para, então, substituí-los por um laudo de exame médico, segundo o qual a perícia técnico-legal verificaria a maturidade física e mental de crianças e de adolescentes – já que não existiria mais idade mínima – para, assim, responsabilizá-los ou não criminalmente.

⁶¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *O adolescente infrator e os direitos humanos*. In ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Vol 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 119 a 131. (Homenagem a Alessandro Baratta).

Não fosse isto, alternativamente, pretende-se apenas aplicar as medidas legais previstas na Lei Federal nº 8.072, de 25 de julho de 1990, isto é, a denominada Lei dos Crimes Hediondos, nos casos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente como atos infracionais. Enfim, é o espetáculo público da barbárie!⁶¹¹

Para concluir, pontua-se que a questão terminológica é fundamental paradigmaticamente, haja vista que a linguagem expressa – e também vela – os nossos valores mais recônditos e escondidos de nossas perversões, quando, não, renovam lingüisticamente o manancial cultural que então deve ser (re)arranjado durante o (re)estabelecimento de novos padrões, evitando-se, assim, o que é pejorativo, estigmatizante e ofensivo à dignidade da pessoa humana.

Por isso, não se emprega mais o termo “menor” e, muito menos, os termos “menores infratores”, pois tais expressões remontam aos sepultados “Código de Menores tanto de 1927, quanto o de 1979”, os quais apenas identificavam crianças e adolescentes como objetos de tutela, precisamente, quando eram declarados em situação irregular, isto é, não tinham sequer o direito individual fundamental de serem diferentes, enfim, de serem crianças e adolescentes. Porém, aquelas mesmas figuras legislativas não eram aplicadas às crianças e adolescentes “bem nascidas”, independentemente, de suas situações de risco social e ou pessoal, pois não eram raros os casos de abusos, violências e exploração sexual nas classes sociais dos “bem nascidos”. A questão terminológica não é só importante nesta novel área jurídico-social da infância e da juventude, na verdade, ela é essencial. Pois, encontra-se vinculada tanto às questões lingüísticas, quanto às questões epistemológicas.

⁶¹¹ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2005.

1.2. REPÚDIO À RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DE ADOLESCENTES INFRATORES

A responsabilização penal de adolescentes infratores, por suas graves conseqüências sociais à juventude brasileira, deve ser repudiada constitucional, humanitária e democraticamente. A falta de conseqüência sociologizante da responsabilização penal juvenil, visceralmente, expõe a funcionalidade meramente utilitarista desta estratégia jurídico-política apenas comprometida com o inadequado oferecimento de soluções imediatistas, que, a qualquer preço pouco se importa com a possibilidade de vitimização da adolescência enquanto matéria prima da sociedade brasileira.

A aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 20, de 1999, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Congresso Nacional, é um retrocesso nas conquistas civilizatórias e humanitárias em prol da infância e da juventude, quando, não, ofende substancialmente o primado da proteção integral consignado no art. 227, da Constituição da República de 1988, senão, o direito individual de cunho fundamental preceituado no subsequente art. 228, daquela Constituição.

A redução da idade de maioridade penal para 16 (dezesesseis) anos circunscreve-se no marco sensacionalista que, diante da opinião pública, ilusoriamente produz o falso sentimento de segurança para contenção da violência urbana. Contudo, tal desordem social não será solucionada pela simples mutação legislativa que pretende reduzir a idade de maioridade penal. De outro lado, tais escolhas políticas possibilitam a legitimação da inação funcional do Poder Público no (des)atendimento das necessidades sociais vitais. Pois, a “proteção às vítimas depende da concreta efetivação da Constituição da República, ainda não levada a efeito devidamente”, como adverte Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁶¹².

⁶¹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Segurança pública e o direito das vítimas*. Separata da Revista da Ordem dos Advogados Portugueses, Lisboa, Ano 65, III, p. 863 a 877, dezembro de 2005. O Autor conclui que

É certo que tais medidas legislativas de caráter meramente repressivo-punitivo não reduzirão, como nunca reduziram, sequer, minimamente, a violência estrutural – isto é, a miséria, o desemprego, a falta de apoio institucional às famílias, a corrupção (“mensalões”, “sanguessugas”, “apagões aéreos”, “operação furacão”, etc.) –, na qual se encontra histórico e culturalmente mergulhada a família, a sociedade e o Estado brasileiro. Essas exemplificativas espécies de condutas delituosas, por certo, jamais podem ser praticadas por adolescentes e que, contudo, apesar de suas graves conseqüências sociais, não se categorizam penalmente pela hediondez, em que pese exporem crianças e adolescentes à mendicância, à pivetização e à prostituição infanto-juvenil, haja vista que lhes subtraem a prioridade absoluta na destinação orçamentária de recursos públicos.

Talvez seja esta a principal questão acerca da implementação efetiva das políticas públicas destinadas à proteção humanitária individual e comunitária, qual seja: a destinação prioritária de dotações orçamentárias a políticas públicas construídas paritária e democraticamente, isto é, através de ampla discussão popular sobre assuntos de interesse público, como, por exemplo, o são as inúmeras medidas a serem adotadas para a consolidação das políticas de segurança pública. A segurança pública é um direito fundamental de pessoa humana que tem por garantia viver individual e comunitariamente com dignidade. Por isso, impõe-se a dotação orçamentária de recursos públicos para efetivação de políticas, como bem ressalta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁶¹³, para quem, tais políticas “têm como pressupostos as Políticas Sociais” que devem ser “implementadas em todos os níveis governamentais.”. Os institutos jurídico-penais não servem para educar adolescentes infratores, pois não lhes agrega valores (humanitários) para convivência social livre, justa e solidária, isto é, para o respeito e a responsabilidade pelos outros cidadãos.

as “vítimas têm, enquanto cidadãos, direitos e garantias que se não pode suprimir e dizem respeito à sua proteção.”.

⁶¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.* O Autor arremata dizendo que de “*lege ferenda*, tudo o que se for fazer no sentido da proteção dos direitos das vítimas deve, *a priori*, levar em consideração que regras do gênero, ao receberem vigência, devem concretamente produzir efeitos, de modo a não se voltarem contra os próprios interessados.”.

A disfunção das medidas legais privativas de liberdade nas experiências jurídico-penais sempre dessocializaram as pessoas criminalizadas, marginalizando-as através da exclusão da convivência familiar e comunitária, senão, também hoje as expulsando socialmente dos lugares públicos para o exercício da cidadania plena. A proposição teórico-ideológica da Doutrina da Proteção Integral adotada por opção política pelo Constituinte de 1987-1988, e, operacionalizada legislativamente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, procura mudar a concepção cultural acerca dos adolescentes infratores não só a partir da compreensão da opinião pública acerca do fenômeno infracional, mas, principalmente, do senso comum jurídico, procurando, assim, ensejar outras posturas institucionais (estatais) e organizacionais (comunitárias), em prol de uma nova proposta socioeducativa caracteristicamente humanitária.

É preciso ter capacidade de se indignar e resistir civilmente aos avanços do binômio funcionalista-utilitarista de cunho repressivo-punitivo de um Direito Penal inconseqüente socialmente, o qual não tem qualquer compromisso com a melhoria da qualidade de vida individual ou comunitária do adolescente, da vítima e de suas respectivas famílias. A não responsabilização penal dos adolescentes infratores, enquanto direito individual de cunho fundamental, constitui-se, sim, em cláusula pétrea, segundo o inc. IV, do § 4º, do art. 60, da Constituição da República de 1988, senão, patrimônio personalíssimo reconhecido à infância e à juventude por alinhamento às Convenções Internacionais dos Direitos da Criança, as quais são fontes de lei, no Brasil, consoante o § 2º, do art. 5º, da Magna Carta brasileira. O Poder Constituinte ao delimitar a idade de maioridade penal aos 18 (dezoito) anos, por certo, estabeleceu vinculação jurídico-constitucional não só de cunho formal, isto é, impedimento jurídico-legal de revisão, modificação ou reforma através de emenda à Constituição, mas, também, de cunho material, vale dizer, aos valores humanos admitidos democraticamente através de alinhamento internacional às diretrizes internacionais dos direitos humanos destacados para a criança e o adolescente, ou seja, comprometeu-se nacional (princípio da internacionalização) e internacionalmente pela fixação do limite etário de 18 (dezoito) anos de idade para a responsabilização penal.

Isto é, as cláusulas pétreas caracterizam-se tanto pelas vinculações de ordem formal, quanto pelas vinculações de ordem material, haja vista que para além da obrigatoriedade da imposição de um limite para a responsabilização penal (imputabilidade penal), também é propriamente obrigatória a imutabilidade do conteúdo irreduzível (re)significado democraticamente pelos valores humanos, vale dizer, pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, a qual o Brasil é

signatário, obrigando-se, assim, materialmente (substancialmente) a estabelecer o limite etário de 18 (dezoito) anos de idade. Em contrariedade, sustenta-se que o art. 228, da Constituição da República de 1988, por seu conteúdo, não se constitui em cláusula pétrea, mas, sim, a necessidade da existência constitucional de um limite para a responsabilização penal (imputabilidade penal), a qual, por isso, necessariamente não seria aos 18 (dezoito) anos de idade.

Entretanto, a cláusula pétrea não se circunscreve tão somente à dimensão constitucional meramente formal, isto é, “a obrigatoriedade de um limite”, esvaziada, assim, completamente de sentido, pois, depende de conteúdo material (substancial) para que possa efetivamente se estabelecer limitação constitucional a intervenção estatal de cunho repressivo-punitivo, pois, do contrário, nenhum limite existe. De outro lado, a cláusula pétrea também se distingue pela dimensão constitucional material (substancial), a qual na espacialidade pública e durante tempo delimitado para o exercício da palavra e da ação (Constituinte de 1987/1988), consignou-lhe conteúdo irreduzível, precisamente, pela adesão às diretrizes internacionais dos direitos humanos destinados à criança. E, assim, enquanto o Brasil for signatário daquela Convenção Internacional. Jesus García Torres e Antonio Jiménez-Bianco⁶¹⁴, neste sentido, têm afirmado que os direitos individuais fundamentais, para além de se constituírem em opções políticas do poder constituinte, também, são expressões da totalidade das representações de valor que o povo alcançou (conquistas civilizatórias e humanitárias) num determinado momento de seu desenvolvimento cultural e assim fixada na sua Constituição.

Os Autores entendem que as pessoas indistintamente estão obrigadas a observar os ditames constitucionais relativos aos direitos fundamentais, principalmente, os ocupantes de cargos junto ao poder público, entretanto, quando a estes deliberadamente assim não se conduzirem, por certo, será possível recorrer diretamente à Corte Constitucional (no Brasil, o Supremo Tribunal Federal) para adoção de medidas legais que material e formalmente restabeleçam a interpretação e a aplicação de preceitos legais conforme os direitos fundamentais (sistema de valores humanos democraticamente estabelecido) que vinculam a todos.

⁶¹⁴ TORRES, Jesus García e JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Cívitas, 1986 (Cuadernos Cívitas), p. 11-38.

Não é legitimamente plausível desconhecer o conteúdo das normas sobre direitos fundamentais constitucionalmente positivados. Pois, como se sabe, “todos los actos del poder legislativo, ejecutivo y judicial deban ser examinados según la medida de los derechos fundamentales”, ao que se tem denominado de instituto da *Verfassungsbeschwerde*⁶¹⁵.

Independentemente da base teórico-pragmática, isto é, de orientação psicológica, antropológica, biológica, histórica, cultural, social dentre outras tantas que se poderiam aqui somar, entendeu por bem o legislador constituinte – quando, não, legitimamente pressionado por diversos segmentos sociais – fixar a idade de maioridade penal em 18 (dezoito) anos, consoante o disposto no art. 228, da Constituição da República de 1988, demonstrando, pois, que o sentido a ser dado na legislação é muito mais importante do que a sua mera literalidade normativa, em que pese a sua importância assecuratória.

Até porque, na instância constitucional – e, particularmente, no seu momento constituinte – para além dos motivos vinculados à realidade circunstancial, as decisões se realizaram e se construíram muito mais por orientações políticas e doutrinária de viés não só jurídico-social, mas, transdisciplinar.

Ademais, cuidou-se de respeitar muito mais a soberania popular enquanto expressão e consectário do primado da autodeterminação dos povos do que propriamente atender acontecimentos isolados e constatáveis numa construída “realidade cínica” e destacável, de forma propagandista e espetacular, pelos meios de comunicação social (de massas⁶¹⁶). O sentido buscado pelos constituintes de 1987/88, para a consagração constitucional da idade de maioridade penal aos 18 (dezoito) anos – assim, também, o seria nas demais matérias legislativas relacionadas à criança e ao adolescente –, certamente, não foi decorrente de injunções jurídico-penais, mas, sim, de novos valores orientados por diretrizes internacionais oriundas dos direitos

⁶¹⁵ TORRES, Jesus García e JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Op. cit.* De acordo com os Autores, “la aplicación del principio de igualdad a las relaciones sociales ‘significa, desde el punto de vista de la política constitucional, la transformación de los derechos fundamentales en vinculaciones a deberes determinados socialmente en su esencia, con eliminación sustancial de su contenido liberal.’”.

⁶¹⁶ BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas: o fim do social e o surgimento das massas*. Trad. Suely Bastos. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

humanos⁶¹⁷, mantendo-se, desta forma, hígida a sistematização constitucional relativa aos valores humanos, então, formatados como direitos fundamentais – individuais e coletivos – na Constituição da República de 1988⁶¹⁸. É o que se verificava tão somente no § 2º, *in fine*, art. 5º, da Magna Carta, mas, que, agora, também, com muito mais vigor depois da Emenda Constitucional sob nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que, acrescentou àquela figura legislativa o § 3º, o qual passou a dispor acerca da aprovação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, *in verbis*:

“Art. 5º (...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”.

Em face disto, é legitimamente plausível entender que para o advento de novos direitos e garantias fundamentais – individuais ou coletivas – decorrentes de valores humanitários estabelecidos por tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, tornou-se imperativa a aprovação qualificada das Casas do Congresso Nacional. De outro lado, para a descompatibilização de tais direitos e garantias fundamentais idêntica metodologia deverá ser adotada, motivo pelo qual eventuais projetos de lei ou mesmo propostas de emenda constitucional, no mínimo, deverão se submeter a tal ritual para aprovação, quando, não, a desvinculação do Brasil àqueles tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos da criança.

Do contrário, o Brasil estaria submetido à responsabilização perante a jurisdição internacional enquanto conseqüência inarredável do não cumprimento dos

⁶¹⁷ Declarações e Convenções Internacionais dos Direitos Humanos da Criança. *In* REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁶¹⁸ Para além do lugar comum, art. 5º, da Constituição da República de 1988, e, de seus outros preceitos constitucionais que também contemplam tais hipóteses, então, determinados de “catálogo”, para grande número de constitucionalistas – por todos ver BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. – é certo que se pode reconhecer outros direitos individuais e coletivos, de cunho fundamental, através da interpretação recorrente que se encontra vinculada à sistemática determinada na própria Constituição da República de 1988.

tratados e convenções internacionais de que é parte, nos termos do art. 5º, da Constituição da República de 1988, estabelecido pela Emenda Constitucional sob nº 45, de 8 de dezembro de 2004, quando, não, poderia mesmo ser representado às instâncias internacionais, precisamente, por não se submeter aos tratados e convenções internacionais em que é parte, sujeitando-se, assim, à adoção de medidas e sanções internacionais decorrentes do não cumprimento do que foi pactuado.

1.3. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL SEM CULPA

Uma pretensa responsabilização penal juvenil, certamente, por suas graves conseqüências não pode ser admitida, sem que se tenha em conta o mínimo sentimento de responsabilidade e de respeito pela criança e pelo adolescente. A falta de gravidade⁶¹⁹, de culpa, isto é, de responsabilidade pelo outro, e, mesmo por tudo aquilo que se faz significativamente caracterizador desta dita responsabilização penal juvenil, visceralmente, expõe a funcionalidade meramente utilitarista enquanto estratégia jurídica e politicamente apenas comprometida com o oferecimento de resoluções de casos legais, a qualquer preço, vale dizer, paradoxalmente, pouco se importando com a possibilidade da vitimização de crianças e adolescentes que se envolveram de alguma forma num acontecimento infracional. A base discursiva da responsabilização penal

⁶¹⁹ MELMAN, Charles. *O homem sem gravidade*: gozar a qualquer preço. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003.

juvenil, assim, concentra-se antes na observância inflexível das garantias meramente procedimentais do que propriamente na atenção que deve ser prioritária para as próprias crianças e adolescentes, independentemente, de terem ou não praticado um ato infracional.

Enfim, o princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente, uma vez admitida a responsabilização penal juvenil, já não terá mais validade constitucional, pois o que se pretende, agora, é tão somente aumentar a sensação iludível de praticidade procedimental na apuração de atos infracionais, quando, não, de segurança jurídica aos jovens. E o que se afigurar pior, dar legitimação – e não diversamente reforçar a legitimidade – às figuras legislativas específicas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, através da declaração pública de que aqui também se pune criminalmente enquanto medida jurídico-legal apta ao restabelecimento da ordem social, então, abalada.

Essas escolhas de espécies de responsabilidade penal que apenas tem o condão de atender de forma mais ampla possível às exigências de efetividade plena e absoluta particularmente própria aos discursos da modernidade, ultimamente, apenas têm proporcionado uma enorme eficácia do controle sócio-penal⁶²⁰, isto é, da adoção de medidas legais repressivo-punitivas para a resolução nem sempre adequada de casos concretos que são levados ao conhecimento e julgamento do Poder Judiciário. O poder simbólico⁶²¹ que se pretende agregar ao dito direito penal juvenil transformando, por assim dizer, o caráter repressivo-punitivo numa expressão simbólica-preventiva que tranqüilize o imaginário da turba frenética que cotidianamente anseia por maior controle sócio-penal das crianças e adolescentes através de processo de infracionalização cada vez mais cedo e sem qualquer “peso na consciência”, sem qualquer sentimento de culpa, sem qualquer sentimento de responsabilidade por aquelas novas subjetividades, enfim, sem qualquer gravidade⁶²², pois o que se perdeu foi a vergonha!

⁶²⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

⁶²¹ MELMAN, Charles. *Op. cit.*

⁶²² MELMAN, Charles. *Op. cit.*

O binômio repressão-punição ostensivamente tem sido substituído pelo binômio funcionalidade-utilidade, isto é, pela dimensão simbólico-preventiva característica do atual direito penal⁶²³. Em linha com tais expressões da dogmática jurídico-penal, sustenta-se paradigmaticamente a discursividade justificativa do direito penal juvenil para compreender o fenômeno infracional, limitando-se, contudo, por isso mesmo, à dimensão comportamental, vale dizer, ao cometimento de uma conduta que é considerada conflitante com a lei, e, não propriamente com a criança e ou o adolescente. A falta de regramento processual e mesmo de procedimento específico para o estabelecimento de responsabilidade diferenciada – diferenciada, sim, de tudo aquilo que se entende por categoria jurídico-penal – não é um ponto frágil, mas, sim, um ponto forte do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, que, bem por isso, precisa ser melhor cuidado pelos operadores do direito.

Ao se buscar dar conta de tais questões práticas que se constroem significativa e semanticamente durante todo o iter procedimental para apuração e responsabilização diferenciada da criança e do adolescente, o direito penal juvenil além de se afastar completamente das vertentes humanitárias que centralizam a pessoa no núcleo de preocupação de toda e qualquer normatividade, também tem esquecido que o inusitado, o silêncio, a lacuna da lei é a possibilidade, sim, da própria existência da lei, enfim, da norma enquanto resultado da integração, compreensão⁶²⁴ e interpretação da legislação específica não só com o ordenamento jurídico como um todo, mas, principalmente com as circunstâncias do mundo da vida vivida durante o curtíssimo período da infância e da juventude.

Até porque, já se tem declarado falaciosamente a inexistência de regras processuais e procedimentais específicas para assim deliberada e arbitrariamente serem utilizadas processualidades inadequadas, mas, que, permitem tanto teórica (discursiva, argumentativa e justificada), quanto pragmaticamente o manejo de institutos punitivos, quando, na verdade, impõe-se a todos aqueles que atuam nesta nova área jurídico-legal destinada à infância e à juventude a construção de uma hermenêutica jurídico-protetiva de viés transdisciplinar que assegurasse os direitos

⁶²³ SABADELL, Ana Lúcia. *Tormenta juris permissione*: tortura e processo penal na Península Ibérica (séculos XVI – XVIII). Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2006 (Coleção Pensamento Criminológico, nº 13).

⁶²⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flavio Paulo Meurer. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 567 e ss. (Pensamento Humano).

individuais fundamentais afetos à criança e ao adolescente. Isto é, uma hermenêutica jurídico-protetiva que fosse superadora da onipotência da interpretação meramente legislativa com vistas à emancipação daquelas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade. Com Charles Melman⁶²⁵ é afirmar que “não temos a permissão de fazer qualquer coisa. Há uma Lei, e essa Lei é a que a linguagem determina. Não é uma Lei que, em sua forma, em seu modo de aplicação está fixada para sempre”. Mas, o cuidado que aqui se exige é precisamente a responsabilidade que se deve ter com a leitura séria destas novas figuras legislativas adotadas constitucional e estatutariamente nos respectivos textos, consoante uma teoria jurídico-protetiva rigorosamente crítica e de viés transdisciplinar, mas irredutivelmente humanitária.

Pois, como já se disse anteriormente com apoio na advertência de Hans-Georg Gadamer⁶²⁶ “um texto significa sempre aplicá-lo a nós próprios, e saber que, embora se tenha de compreendê-lo em cada caso de uma maneira diferente, continua sendo o mesmo texto que, a cada vez, se nos apresenta de modo diferente.”.

O mal-estar na civilização “está ligado ao caráter excessivo das restrições morais tal como ela as impõe”⁶²⁷. O punitivismo também encontra sua má colocação (aplicação) social quando é representativo (significante) deste caráter excessivo da repressão penal tal como tanto o Estado as impõe, quanto o que o Estado as faz desejar pela própria sociedade, buscando, assim, não só autorizar a sua governabilidade, mas, principalmente, a legitimação da sua perpetuação no lugar central de provedor das necessidades e das satisfações sociais.

Enfim, é a possibilidade funcional do Estado de bem-estar social que se referencia no mal-estar fundado – e fundante – na civilização (sociedade). Isto é, a maneira pela qual autorizadamente opera-se a repressão excessiva que tanto se desenvolve através da opinião pública construída no seio social por meio de aparelhos ideológicos de Estado⁶²⁸, quanto a que se realiza pelo senso comum jurídico-legal

⁶²⁵ MELMAN, Charles. *Op. cit.*

⁶²⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*

⁶²⁷ MELMAN, Charles. *O homem sem gravidade: gozar a qualquer custo*. Entrevistas por Jean-Pierr Lebrun. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003, p. 37.

⁶²⁸ ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*. Nota sobre os Aparelhos Ideológicos de Estado. 7ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985, p. 67 e ss. (Biblioteca de Ciências Sociais). O autor designa “pelo nome de aparelhos ideológicos do Estado um certo número de realidades que apresentam-se ao observador imediato sob a forma de instituições distintas e especializadas... os Aparelhos Ideológicos do Estado funcionam principalmente

então forjado pelas ciências de controle sócio-penal⁶²⁹. Atualmente já não se afigura mais possível reconhecer a possibilidade individual de dissentir de tudo aquilo que se construiu racionalmente como certo ou errado.

O diferente responde cada vez mais num mundo globalizadamente padronizado por um “preço a ser pago” exageradamente alto demais. Às pessoas cotidianamente parecem faltar condições estruturais para assumirem suas preferências éticas, políticas, ideológicas, etc. O diferente “perdeu o lugar de onde podia fazer oposição ... de onde podia surgir a contradição, o fato de poder dizer não”⁶³⁰. A crise das referências, assim, apenas pode ensejar uma maior discussão acerca do que se quer e pode querer por sensato ou insensato, num permanente “zigzague” conceitual, até porque, “seja qual for a pertinência dessa expressão, a tarefa de pensar o mundo em que vivemos se impõe, então, mais do que nunca.”. A velocidade das informações imposta pela modernidade impõe a limitação temporal impeditiva para a necessária assunção, discussão e reflexão de valores restando, por assim dizer, o “zigzaguear” cego atrás de conceitos que permitam a sustentação efêmera das opções adotadas, em regra, de forma absolutamente inconsciente.

através da ideologia... são múltiplos, distintos e relativamente autônomos, susceptíveis de oferecer um campo objetivo às contradições que expressam, de formas ora limitadas, ora mais amplas, os efeitos dos choques entre as lutas das classes capitalista e proletária, assim como de suas formas subordinadas... a unidade entre os diferentes Aparelhos Ideológicos do Estado está assegurada, geralmente de maneira contraditória, pela ideologia dominante, a da classe dominante”.

⁶²⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 86-102. Segundo a autora, “a elaboração técnico-jurídica, além de evidentes exigências de ordem científica, se fundamenta, por outro lado e simultaneamente, em evidentes exigências de ordem prática”.

⁶³⁰ MELMAN, Charles. *Op. cit.* p. 39. Para o autor, “o sujeito, assim, perdeu o lugar de onde podia fazer oposição, de onde podia dizer ‘Não! Não quero!’, de onde podia se insurgir: ‘As condições que me são apresentadas não são aceitáveis, não concordo’. Esse sujeito não tem, em todo caso, o lugar de onde podia surgir a contradição, o fato de poder dizer não. Ora, nos dias de hoje, o funcionamento social se caracteriza pelo seguinte: os que dizem ‘Não!’ em geral o fazem por razões de categoria, corporativistas. A posição ética tradicional, metafísica, política, que permitia a um sujeito orientar seu pensamento diante do jogo social, diante do funcionamento da Cidade, pois bem, esse lugar parece notadamente faltar”.

2. REDUÇÃO DA IDADE DE MAIORIDADE PENAL: INCONSEQÜENTE IDEALISMO

A compreensão equivocada de que o adolescente pouco se importa com os valores socialmente compartilhados em decorrência mesmo da precipitada análise meramente comportamental – segundo algumas pesquisas o jovem não teme as medidas legais aplicáveis (medidas socioeducativas), quando, não, acredita na pouca possibilidade de ser alcançado/responsabilizado – tem estigmatizado os jovens descrevendo-os como que possuidores de personalidades pouco adequadas ao ordenamento jurídico – “inimigas do direito”, como adverte Eugenio Raúl Zaffaroni⁶³¹.

Segundo o Autor, o “inimigo” – aqui, poder-se-ia dizer “infrator” apesar de se encontrar na condição peculiar de desenvolvimento – não seria considerado como pessoa humana, e, muito menos cidadão, motivos pelos quais não faria jus aos direitos individuais fundamentais que asseguram a limitação da ingerência estatal sancionatória, de cunho repressivo-punitivo. No âmbito jurídico-protetivo, é imperiosa a contenção do avanço do direito penal ainda que “juvenil”, haja vista a possibilidade sempre presente da utilização de institutos que não estão vinculados com os objetivos determinados pelas próprias Leis de Regência. Na verdade, é preciso ter cuidado com a utilização destas categorias jurídico-legais sob pena de também se propor na área jurídica infanto-juvenil outras dimensões punitivistas que se fundam na

⁶³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2007, p. 190 e ss. (Coleção Pensamento Criminológico, nº 14). O Autor destaca que “o direito penal admite e legitima o *tratamento de uma pessoa como não pessoa*, ou seja, considerada como um *ente puro* ou coisa *perigosa*, sem importar *conceitualmente* (é claro que importa quanto às conseqüências pessoais) a extensão dos direitos de que a pessoa é privada por causa disso. Por conseguinte, é preciso sublinhar que *o escândalo constitui a contradição quase constante entre a doutrina jurídico-penal e o princípio do Estado de direito*. (...) o que está efetivamente em discussão é saber se os direitos dos *cidadãos* podem ser diminuídos para individualizar os *inimigos* (...) Caso se legitime essa ofensa aos direitos de todos os cidadãos, concede-se ao poder a faculdade de estabelecer até que ponto será necessário limitar os direitos para exercer um poder que está em suas próprias mãos. Se isso ocorrer, o Estado de direito terá sido abolido.”

projeção simbólico-preventiva social para assim permitir o reconhecimento de um ilegal e ilegítimo “direito penal juvenil do inimigo”⁶³².

E isto é decorrência direta do equivocado pressuposto de que a ação conflitante com a lei – ato infracional – a qual, na maioria dos casos, é circunstancial e eventualmente praticada, na verdade, constitui-se num sintoma das situações de risco pessoal e social em que se encontra inserido um adolescente do que propriamente uma característica inata à adolescência. Até porque, “a personalidade se vai formando com atos que são vivências (à parte do genótipo ou carga biológica herdada)”, consoante leciona Eugenio Raúl Zaffaroni⁶³³.

Com isto, busca-se desmistificar os diversos processos de controle social, em especial, da juventude brasileira, diversamente, pois, do que se tem entendido a partir da concepção positivista, justificada ontológico e sociologicamente pelos resultados desses mesmos mecanismos. A redução da idade para efeitos de responsabilização penal – imputabilidade – representa um das mais novas vias do processo de estigmatização, através do qual, agora, busca-se cada vez mais cedo controlar as futuras gerações – a matéria prima da futura sociedade brasileira –, implicando, assim, uma nova dimensão da responsabilidade moral para com a sociedade presente e as futuras gerações, o que, por certo, impõe um novo enfoque moralmente desconcertante de cada um dos membros da sociedade brasileira.

É, preciso, pois, derrubar o mito de que a inimputabilidade penal de que gozam as pessoas com idade inferior a dezoito (18) anos resulta na crescente violência urbana e mesmo no aumento da criminalidade infanto-juvenil. Conquanto, não se pode mais acreditar na simplista solução das variegadas formas de violência urbano-social, com o mero combate a nominada “delinqüência infanto-juvenil”. Até porque, uma das contribuições viáveis para a diminuição da violência urbana,

⁶³² RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2005.

⁶³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. Vol. I. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 517 e ss. Adverte o Autor que “a teoria já não resultasse suficientemente aberrante, cabe acrescentar outro argumento muito claro: a personalidade do homem integra-se com caracteres adquiridos mediante vivência ou condutas anteriores, mas também com elementos herdados, isto é, com elementos que provêm de uma carga genética recebida. Uma reprovação da personalidade implica uma reprovação da carga genética, isto é, a reprovação de algo que é absolutamente estranho a qualquer conduta de uma pessoa.”.

encontra-se precisamente na efetivação de políticas públicas de combate à miséria e à corrupção, renovando-se o compromisso com a realização de justiça social.

Do ponto de vista transdisciplinar a vertente pesquisa busca na dimensão crítica da nova criminologia outros aspectos e relações que não apenas jurídicas, para desmistificar o que se tem dito sobre a “criminalidade infanto-juvenil”, como, também, procura alicerçar alguns parâmetros nos emergentes interesses difusos e coletivos, como se caracterizam os direitos da criança e do adolescente. No entanto, adverte-se, por mais esta vez, que arbitrariamente apenas se procederá ao exame dos aspectos criminológicos, de tudo transdisciplinares, através mesmo de um corte epistemológico. O marco teórico da presente pesquisa pode-se dizer que se encontra essencialmente delimitado pelas novas tendências do pensamento criminológico crítico.

Tais aportes teóricos, enquanto instâncias tutelares da presente pesquisa, serviram de travejamento para a inflexão sobre a realidade estrutural – social, política e econômica – na explicação do comportamento dito desviado, para assim demonstrar que a pessoa denominada de infrator nada mais é do que aquela pessoa que por diversos mecanismos tem sofrido um processo de valoração negativa que se opera a partir do cometimento de um comportamento conflitante com a lei – por assim dizer, através do processo de “infracionalização”.

A formatação de dimensões alternativas ao tradicional sistema de justiça penal, de início, certamente, perpassa pela revisão das raízes epistemológicas, pois, aqui, de forma clara, filia-se ao matiz abolicionista, aderindo às suas contribuições críticas que sustentam que seria um erro estratégico propor alternativas positivas para as instituições e práticas repressivo-punitivas existentes – como, por exemplo, a instituição de uma lei de diretrizes socioeducativas, para resolver o “histórico problema de efetividade do Direito”, aqui, representado na aplicação e cumprimento das medidas legais socioeducativas, as quais, transfigurar-se-iam num tipo de resposta performática muito mais jurídico-política do que propriamente protetiva, cujo intuito seria acalmar a turba frenética que pretende reduzir a idade de maioridade penal, sob os auspícios ideológicos do binômio repressão-punição, enquanto solução do aumento da violência social.

Assevera-se que apesar do aumento da violência social, os índices da denominada “criminalidade infanto-juvenil” são ínfimos, pois, sequer, alcançam patamares que importem referência nas estatísticas oficiais, isto é, representam menos de 1% (um por cento), dos comportamentos contrários à lei, nos quais, emprega-se violência contra a pessoa. A teoria de base, também, neste quadrante, permeia-se pela visão transdisciplinar, buscando nos estudos sociológicos, e, nas atitudes político-filosóficas de proteção especial e integral das pessoas que se encontram na peculiar condição de desenvolvimento de suas personalidades, o fundamento argumentativo próprio e adequado para que se evite a supressão de garantia constitucional aos interesses e direitos difusos e coletivos da criança e do adolescente, em face mesmo das diversas propostas de emenda à Constituição, relativas ao artigo 228.

E, já através destas investigações preliminares, demonstra-se que não se pode perder de vista que o processo de criminalização seletiva recruta, de forma desigual, a *população criminal*, vale dizer, a maior parte das pessoas sobre as quais se concentra a ação do sistema penal, segundo Michel Foucault⁶³⁴. E, isto se dá, a partir da comunhão do sistema de Direito Penal e os controles sociais informais – processos sociais de marginalização (instituições, mercado, escolas, etc...). Ademais, como se percebe, as variáveis não legais que sequer são pensadas pelas instâncias oficiais possuem um efeito considerável sobre os resultados seletivos do sistema jurídico penal, que, apesar de não se submeterem à obrigação de justificação e aos critérios das ações profissionais, indiscutivelmente, desenvolvem importante influência sobre tais aspectos. Ora, como se vê, na própria exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal – Lei sob nº 7.209, de 11 de julho de 1984 – a inimputabilidade penal às pessoas que possuem idade inferior a dezoito (18) anos de idade, constitui-se numa opção apoiada em critérios de Política Criminal, inclusive, colhendo-se da oportunidade para advertir os opositoristas que, na verdade, todo e qualquer processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, e, não à penal criminal⁶³⁵.

⁶³⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 20ª ed., Petrópolis: Vozes, 1999.

⁶³⁵ BRASIL, Lei Federal nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal. Diário do Congresso (Seção II), Brasília, de 29 de março de 1984. De acordo com o texto “Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem

Pode-se dizer, com Alessandro Baratta⁶³⁶, que, na atividade jurisdicional, enquanto processo de criminalização secundário, em virtude mesmo dos efeitos surtidos da ciência penal, o âmbito discricionário é relativamente mais estreito em relação a outros segmentos do sistema jurídico-penal, pois, as decisões que tomam os juízes são programadas de antemão pelo legislador. Uma segunda questão fundamental é a relativa à concepção do fenômeno delitivo. A teoria crítica criminológica não pode mais validamente apenas identificar os delitos, enquanto situações negativas, então, criadas pelo sistema penal, como conflitos individuais, pura interação.

O fenômeno delitivo é antes de tudo uma questão de poder, de estruturação das necessidades e sua satisfação⁶³⁷. Daí a importância capital da transposição da abordagem teórica do autor às condições objetivas, estruturais e funcionais que, na verdade, constituem-se na origem dos fenômenos de desvio, bem como a transposição do interesse cognoscitivo das causas de desvio criminal, aos mecanismos sociais e institucionais através dos quais se constrói a realidade social da conduta desviante e são criadas e aplicadas definições de tal conduta e da criminalidade, e são realizados os processos de criminalização.

Os mecanismos seletivos funcionam, assim, de forma semelhante aos processos de seleção de classes sociais, e, atuam desde a criação da norma até a sua efetiva aplicação. E isto somente será possível a partir de um salto qualitativo, vale dizer, com a superação do paradigma etiológico e de suas implicações ideológicas⁶³⁸.

delinqüente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinqüente adulto, expondo-o à contaminação carcerária”.

⁶³⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminología y dogmática penal: pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal*. In: PUIG, Santiago Mir et alii. *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982, p. 28-63. Segundo o Autor: “Por um lado, o significado das funções jurídicos-estatais que a ciência jurídico-penal exerce sobre o sistema, elevando o grau de uniformidade das decisões judiciais e com isso o grau de igualdade no exercício do Direito, não pode ser sublinhado de forma suficiente. Por outro lado, é necessário reconhecer que a atividade para a racionalização e gestação de igualdade exclui por decisão própria uma série de mecanismos que, vistos em conjunto, são mais adequados para a produção do efeito contrário, isto é, para gerar desigualdade”.

⁶³⁷ SÁNCHEZ, Mauricio Martínez. *La abolición del sistema penal: inconvenientes en latinoamérica*. Bogotá: Temis, 1990. É o que esclarece Juan Bustos Ramírez quando adverte que: “La teoría abolicionista de que los ‘delitos-situaciones negativas’ creados por el sistema penal son solo conflictos individuales, pura interacción...’, tampoco es válida. El fenómeno delictivo no se puede reducir a simples disgustos entre personas y a que el sistema penal le roba sus conflictos a los ciudadanos. La cuestión delictiva no es simplemente algo que depende de la buena o mala voluntad de las partes. El fenómeno delictivo es antes que nada una cuestión de poder, de estructuración de las necesidades y su satisfacción”.

⁶³⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica e política penal alternativa*. Revista de Direito Penal, nº 23, jul./dez. de 1976, Rio de Janeiro: Forense: Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, 1978, p. 7-21.

É, pois, um fato indiscutível que, com a eventual redução da idade penal, através da criminalização primária – formação da legislação penal – será antecipado, como conseqüência, as mais diversas e variegadas formas dissimuladas de isolamento social, senão, o do próprio encarceramento que, na verdade, constituem-se no desfecho final de um processo mais amplo de estigmatização da juventude brasileira.

É justamente sobre a legislação, enquanto segmento próprio do sistema que se concentra a ação da ciência jurídico-penal tendente a preparar a decisão, que se pretende fixar atenção, pois, indubitavelmente, no processo de criminalização, afigura-se como um dos mecanismos que se apresenta com a margem mais ampla de discricionariedade, devendo-se, então, advertir que – muito a gosto de Alessandro Baratta – “as investigações sobre a formação das leis penais mostram que a instância científica nas decisões legislativas não é de forma alguma onipotente e que ocupa uma posição de subordinação, apesar de algumas vezes desempenhar um papel digno de consideração.”⁶³⁹.

Assim, sob os auspícios da moderna sociologia criminal, dirige-se, agora, o interesse cognoscitivo de caráter crítico social para a formação discricionária da legislação penal, assumindo, de um lado, uma postura crítica do sistema penal, e, de outro, abandonando, o papel auxiliar que desempenhava a criminologia em relação à política criminal oficial.

Uma outra questão é justamente relativa à manutenção da materialização dos direitos individuais, coletivos e difusos relativos à infância e juventude. Pois, tal promoção impõe uma permanente reflexão acerca do conteúdo

Conforme o Autor a superação da concepção da conduta desviante e da criminalidade como realidade ontológica preexistente à reação social e institucional, com a aceitação da crítica das definições legais, como princípio de individualização daquela pretendida realidade ontológica – vale dizer, das implicações ideológicas – significa não só a superação do paradigma etiológico, enquanto vetor orientativo da ciência jurídico-penal entendida, naturalisticamente, como teoria das causas da criminalidade, mas, também, um salto qualitativo. Até porque, apenas assim o momento crítico alcançaria maturidade na criminologia, transferindo, então, a partir da abordagem macrossociológica, o interesse cognitivo sobre o comportamento desviante para os mecanismos de controle social do dito comportamento e, em especial, ao processo de criminalização, transformando-se, desse modo, a criminologia numa crítica do direito penal.

⁶³⁹ BARATTA, Alessandro. Criminología y dogmática penal: pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. In: PUIG, Santiago Mir et alii. *Op. cit.* Conforme o Autor: “Frente à atividade da instância científica na política criminal levanta-se uma barreira sobretudo institucional que não se alterou nem sequer diante do desenvolvimento da sociedade capitalista avançada em uma direção tecnocrática. Apesar da ampla tarefa que se atribui à instância científica (ampla em relação com a que aparece na atividade judicial) na formação da vontade política do legislador no âmbito do Direito Penal, esta tarefa permanece em ambos os casos (atividade judicial e atividade legislativa) idêntica. Sua competência não consiste em tomar decisões, mas em prepará-las”.

ideológico das normas jurídicas, impedindo, senão, desnudando, pois, as funções declaradas ou não do sistema jurídico-penal que ensejam injustiças. O sistema geral, como se sabe, permite a manutenção do sistema social, ensejando, por isto mesmo, a manutenção das desigualdades sociais e dos processos de marginalização das classes menos favorecidas, ou seja, sobre aquele grupo de pessoas que se encontram mais suscetíveis sócio-economicamente aos processos de estigmatização.

Como afirma Cezar Roberto Bitencourt⁶⁴⁰, o fenômeno delitivo tem uma inevitável dimensão social, por essa razão é que a atitude e participação cidadã é decisiva, pois permitirá a conscientização dos processos variegados de estigmatização, quando, não, ensejará uma mudança radical, qual seja: a permanente luta pelos direitos humanos. Através de um processo discriminatório, o sistema penal, desintegra os socialmente frágeis, marginalizando-os, estigmatizando-os e, ao final, etiquetando-os, inviabilizando, desta maneira, uma possível concreção da solidariedade social, pois, na verdade, estabelece, sim, uma relação de exclusão. Assim, toda espécie de mecanismos de criminalização, tanto que se dê através de propostas de emenda à Constituição, quanto na elaboração legislativa ordinária para a criação de normas penais, deve considerar seriamente os problemas sociais que geram e mantêm o fenômeno delitivo.

A instrumentalidade normativa em que se constitui uma medida socioeducativa, precisamente, para assegurar legalmente todas as oportunidades e facilidades ao desenvolvimento de capacidades, potencialidades e realizações pessoais, ao que ultimamente se tem denominado na área da infância e da juventude de desenvolvimento da própria personalidade humana, no fundo, não deixa de ser uma de suas dimensões, por certo, não menos importante, mas, contudo, limita-se à mera externalidade que se subentende aquela medida legal de ingerência – intromissão – estatal.

Para além desta aparente dimensão externa de toda e qualquer medida socioeducativa, o que se encontra como sendo o próprio núcleo irreduzível que lhe caracteriza a qualidade específica de proteção – e já não é ou pode ser caracterizada

⁶⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *O objetivo ressocializador na visão da criminologia crítica*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Vol. 79, nº 662, p. 247-256, dez. de 1990. Conforme leciona o Autor “É necessário que a questão criminal seja submetida a uma discussão massiva no seio da sociedade e da classe obreira. Todos os segmentos sociais devem conscientizar-se de que a criminalidade é um problema de todos e que não será resolvido com o simples lema ‘Lei e Ordem’, que representa uma política criminal repressiva e defensora intransigente da ordem (geralmente injusta) estabelecida”.

por sua natureza sancionatória, como querem alguns – são, precisamente, as suas razões mais profundas pelas quais se originou e sustenta, quais sejam, os valores humanos, senão, fundamentais à constituição de toda e qualquer pessoa humana que não só crianças e adolescentes⁶⁴¹.

Contudo, não se pode olvidar que as medidas socioeducativas são destinadas justamente àquelas pessoas humanas que se encontram numa fase peculiar de suas vidas – a adolescência – cuja situação circunstancial é marcada pela temporalidade⁶⁴² e a pela condição particularmente especial de desenvolvimento da personalidade⁶⁴³.

Mas, que, no entanto, envolvido seja pessoal, seja socialmente, num evento que para além dos riscos e danos que possa oferecer aos bens e interesses tutelados e protegidos pela lei, também, importa na necessidade de uma percepção arguta e capacitada para a identificação da situação em que se encontra o adolescente autor de uma conduta conflitante com a lei e particularmente as suas dimensões enquanto pessoa humana – e não se fala aqui de mero “padrão de normalidade”, se é que isto existe, enfim...

⁶⁴¹ BRASIL, Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

⁶⁴² De acordo com Maria Luiza Furtado Kahl, “os modos dominantes de temporalização são fatores cruciais na produção de um tipo de subjetividade, avesso à emergência de Sujeito e de Desejo e incompatível, também, com o vir-a-ser democrático. Ora, falar de Sujeito e de Desejo é falar de Tempo, de uma temporalidade não-linear, irruptiva, incontrollável. É falar, portanto, de instante evanescente – quando, e somente quando, advêm Sujeito e Desejo”. in MORAIS, José Luis Bolzan de. *A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998, p. 121 e ss.

⁶⁴³ BRASIL, Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Art. 6º. Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

2.1. COMPROMISSO HUMANITÁRIO JURÍDICO-PROTETIVO

O Estatuto da Criança e do Adolescente constitui-se em instrumento legal suficiente para a garantia dos direitos dos adolescentes em conflito com a lei. Eis, pois, a luta por sua implementação, através mesmo da sua própria disseminação, divulgando-se as experiências exemplares da aplicação das medidas legais e adequadas (socioeducativas), então, previstas. É preciso dizer não à cultura da violência, da desinformação, da segregação e do preconceito. É preciso dizer não à banalização de toda forma de violência e exclusão. É preciso dizer não à diminuição da idade para a responsabilização penal, então, contida na proposta de emenda constitucional relativo ao art. 228 da Constituição da República de 1988, pois, constitui-se numa medida arbitrária, ineficaz e ineficiente⁶⁴⁴. É, preciso, pois, o compromisso e o

⁶⁴⁴ SABOIA, Gilberto Vergne e SILVA, Cláudio Augusto Vieira da. Um basta às propostas de rebaixamento da idade de responsabilidade penal. *in A razão da idade: mitos e verdades*. Tomo VII, Brasília: MJ/SEDH/DCA: CONANDA, 2001, p. 11-12 (Série Subsídios). Segundo os Autores “o embasamento técnico, legal e pedagógico é relevante para refutar o imaginário popular de um idealismo incosequente”, pois sabem que o embate se trava mesmo é no campo político, no qual as conquistas exigem estratégias, ações pertinentes e articulação de todos comprometidos na defesa dos direitos dos infantes em conflito com a lei.

compartilhamento de estratégias e ações positivas na defesa intransigente dos direitos e garantias da infância e da juventude brasileira.

E isto se tem percebido mais de perto no âmbito jurídico infanto-juvenil a partir da pretensão do estabelecimento de uma “dogmática jurídico-penal juvenil” cooptativa que pretende exercer arbitrariamente injunções hermenêuticas como forma de controle das resoluções legais que se possam oferecer as novas questões relacionadas à infância e à juventude. Exemplo disto é a pretensão de um direito penal juvenil, de perfil criminológico-minimalista, que, no fundo, não deixa de se encontrar sob o signo orientativo da própria dogmática jurídico-penal, pois, é precisamente em sua relação que se (re)significa conceitualmente como uma outra instância crítica.

Na verdade, ultimamente, na seara jurídica da infância e juventude o que se tem estabelecido como padrão de disputa para orientação interpretativa é precisamente um eixo conflitivo entre humanistas (proteção integral) de um lado e garantistas e minimalistas do outro, na busca de razões profundas para justificar a dimensão jurídica que se pretende referenciar: uns pelos direitos humanos, outros pela dogmática jurídico-penal, ainda, que, crítica para o reconhecimento de um direito penal juvenil específico. Desta forma, reservando-se das injunções sancionatórias (intromissão e ingerência estatal) – ainda, que, moduladas pelo prisma criminológico crítico –, para, assim, admitir as suas contribuições, mas, não, a substituição das razões profundas e fundamentadoras do campo destinado juridicamente à infância e à juventude, impõe-se em que pese a admitida e necessária transdisciplinaridade, o estabelecimento dos direitos humanos como o marco teórico-pragmático orientativo e informador das resoluções que se impõe às importantes questões estabelecidas e referentes aos direitos e interesses da criança e do adolescente.

A distinção basilar e que orienta a própria natureza jurídica das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente é precisamente o seu caráter educativo-pedagógico. Em face disto, torna-se imperiosa a construção de um sentido – significação sócio-jurídica – deste componente elementar e

constitutivo do que se possa entender tanto material quanto normativamente que seja o conteúdo e essência deste instituto jurídico denominado medida socioeducativa.

Assim, é preciso que se diga a partir das teorias do conhecimento que a aproximação de um sentido menos imperfeito do que seja medida socioeducativa pode muito bem ser alcançado através do erro. Isto é, fundamentalmente, torna-se necessário dizer o que não é uma medida socioeducativa. Bem por isso, considerando-se o caráter educativo-pedagógico, pode-se legitimamente afirmar que a medida socioeducativa não se constitui numa sanção, vale dizer, não possui caráter, essência ou mesmo conteúdo sancionatória, ainda, que, apenas declarativamente normativo, enquanto forma legal que busque uma maior vinculação dos operadores jurídicos e demais construtores sociais.

A medida socioeducativa é preliminarmente a estipulação de uma relação conceitual normativa – artigo 103, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁶⁴⁵ – estimativa e limitativa da intervenção estatal diferenciada, numa dimensão pragmática, que, utiliza-se da construção tipológica penal para assemelhar aquelas situações e circunstâncias que permitem e exigem a intervenção do Estado.

Assim, o ato infracional enquanto instituto jurídico previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente – enquanto novo código deontológico protetivo – desenvolve uma atividade instrumental e auxiliar à identificação das eventuais situações de risco pessoal e social em que possa se encontrar um adolescente. Isto quer dizer que, todo aquele adolescente que se encontra envolvido num evento tido como infracional, na verdade, já se encontra vitimizado pelas condições anteriores – risco pessoal – que o levaram a praticar uma conduta (ação ou omissão) conflitante com a lei – risco social. O que ressalta a natureza jurídica educativa-pedagógica das medidas socioeducativas é a confirmação normativa então insculpida no artigo 104, do Estatuto da Criança e do Adolescente, da própria determinação constitucional assecuratória fundamental – artigo 228⁶⁴⁶ –, segundo a qual, as pessoas com idade inferior a dezoito (18) anos – inimputáveis – não são responsabilizados penalmente, mas, sim, sujeitos às medidas legais previstas na Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

⁶⁴⁵ BRASIL, Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

⁶⁴⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

É importante que se diga que a inimputabilidade prevista tanto na Constituição da República de 1988, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, já não é aquela – imputabilidade penal – que histórica e culturalmente foi desenvolvida pelos estudos e pela própria evolução das categorias e institutos legais próprias da dogmática jurídico-penal⁶⁴⁷.

Bem por isso, não se pode admitir que a inimputabilidade penal prevista no artigo 27, do Código Penal brasileiro⁶⁴⁸, restou, então, elevado a texto constitucional enquanto um mero reforço normativo constitucional. Com efeito, a opção pela não responsabilização penal tanto da criança, quanto do adolescente, então, adotada pelo constituinte brasileiro de 1987-1988, operou-se por uma escolha política pela doutrina da proteção integral enquanto instância teórico-pragmática própria do direito da criança e do adolescente, originária da diretriz internacional dos direitos humanos – e, assim, não, diversamente, pela construção normativa oriunda de uma “política criminal”.

Em decorrência disto, entende-se que, com maior pertinência, torna-se imperativo para a aplicação e cumprimento de quaisquer uma das medidas socioeducativas previstas legalmente, que, seja estabelecida uma proposta socioeducativa que favoreça, através de diversas estratégias pedagógicas transdisciplinares, o desenvolvimento pessoal pelos valores humanos, a constituição consistente da dignidade da pessoa humana, através do respeito e a solidariedade afetiva pelo outro, proporcionando, assim, ao jovem, a adoção conscientemente de iniciativas práticas valorativamente humanitárias que lhe possibilitem maturidade significativa do próprio desenvolvimento – melhore a sua própria qualidade de vida⁶⁴⁹ e existência humana, ao que se tem denominado de dignidade.

⁶⁴⁷ BRASIL, Decreto-Lei Federal nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal brasileiro.

Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, 29 de março de 1984 (Lei Federal sob nº 7.209, de 11 de julho de 1984).

“Da imputabilidade penal... 23. Manteve o projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinqüente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinqüente adulto, expondo-o à contaminação carcerária”.

⁶⁴⁸ BRASIL, Decreto-Lei Federal nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal brasileiro.

Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

⁶⁴⁹ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Trajatórias jurídicas: desafios e expectativas*. Florianópolis: Habitus, 2002, p. 93 e ss.

Desta maneira, toda e qualquer medida legal que se estabeleça aos jovens, consoante mesmo restou determinado normativamente tanto pela Constituição da República de 1988, quanto pela Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e, também, sobretudo, material e fundamentalmente, pela doutrina da proteção integral, deve favorecer a maturidade pessoal (educação), a afetividade (valores humanos) e a própria humanidade (direitos humanos: respeito e responsabilidade) destas pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento de suas personalidades.

Aqui, por certo, não se trata especificamente de se fazer uma opção definitiva entre a realização da justiça, de cunho kelseniano⁶⁵⁰, apenas como resultado de uma qualquer lógica racional e instrumentalmente estabelecida por uma normatividade que se pretende por si só garantista pela imposição de formas ritualizadas tanto para o Estado-punitivo quanto para a pessoa-a-ser-punida.

A declaração constativa e crítica de que a medida socioeducativa possui uma aparência externa e que na realidade de muitos equipamentos se assemelham em muito a estabelecimentos que possuem caráter prisional, indubitavelmente, não pode levar a crer e construir uma teoria instrumental e pragmática que procure solucionar problemas de ordem operacional para o cumprimento das medidas socioeducativas.

A esta realidade construída ao longo dos anos cultural e historicamente por políticas públicas e governabilidades desprendidas de qualquer valor voltado para a pessoa humana, comprometeram muitas gerações e estabeleceram um revanchismo social de tal monta que, hoje, no imaginário coletivo – seja através da opinião pública, seja através do senso comum jurídico – é quase impossível dissolver (conscientizar) a percepção equivocada sobre a temática punitiva como solução para o problema de pequena parte das questões relativas aos jovens brasileiros – quais sejam, os adolescentes autores de ações conflitantes com a lei.

A mudança que se deseja especificamente na área da infância e da juventude então relacionada ao cumprimento – e não meramente execução – das medidas socioeducativas, perpassa pelo estabelecimento prévio de um marco teórico que transcenda a mera resolução pragmática dos desvios e dos sintomas da crise estabelecida no sistema de atendimento e de garantias dos jovens brasileiros, enquanto decorrência direta e imediata precisamente da falta de implementação e efetividade das leis e princípios de regência.

⁶⁵⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984 (Coleção Studium).

É preciso estabelecer doutrinária e jurisprudencialmente um marco teórico que transcenda às resoluções de cunho meramente pragmático, através de adoção de institutos jurídicos paralelos – fórmulas mágicas – e próprios do direito penal que foi absolutamente e definitivamente afastado da nova área jurídica do direito da criança e do adolescente, com a adoção da doutrina da proteção integral, enquanto diretriz internacional dos direitos humanos, e, o conseqüentemente direto sepultamento do Código de Menores⁶⁵¹.

Impõe-se, assim, a assunção publicamente através de políticas governamentais de um compromisso humanitário em prol dos direitos da criança e do adolescente que ultrapasse os âmbitos acadêmicos, procurando-se, dessa maneira, mobilizar a sociedade brasileira e os Poderes Públicos constituídos através da construção de uma cultura jurídico-protetiva que seja difundida por políticas públicas – inclusive, político-jurídica⁶⁵² protetiva – relacionadas aos direitos e valores humanos.

2.2. SISTEMA JURÍDICO-PROTETIVO VIGENTE

⁶⁵¹ BRASIL, Lei Federal sob nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Código de Menores.

⁶⁵² MELO, Oswaldo. *Fundamentos políticos do direito*. Porto Alegre: Safe; CPGD-UFSC, 1994.

Nada obstante, observa-se que a legislação brasileira incorporou as regras da proteção integral, em garantia, aos direitos inerentes às crianças e aos adolescentes independentemente de se encontrarem em conflito com a lei ou não – arts. 227 e 228 da Constituição da República de 1988. Até porque, necessitam muito mais de proteção, ante os diversificados processos de vitimização, de abandono e de violência, do que, propriamente, de medidas de caráter sancionatório. A mencionada figura legislativa preceitua que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em seu § 1º, determina-se que o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais, segundo os preceitos da aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; e da criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos. Ademais, prescreve que a lei, também, punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente, vedando, inclusive, pois, quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, uma vez que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, deverão ter os mesmos direitos e qualificações. Assim, no atendimento dos direitos da criança e do adolescente, contar-se-á não só com a atuação integrada dos diversos poderes públicos, mas, também, resta assegurada a participação da população, por meio de organizações representativas na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Em linha com tal determinação, observa-se que no § 3º restam estabelecidas algumas regras de valor sobre o que se constituiria o direito a proteção especial, vale dizer, 1) idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho,

observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II) garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III) garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola; IV) garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V) obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI) estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII) programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

O artigo 228, da nossa Carta Magna, dispõe que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, contudo, ressalva, que, permanecem sujeitos às normas da legislação especial, isto é, no ordenamento jurídico brasileiro, ao Estatuto da Criança e do Adolescente, vale dizer, o adolescente – pessoa entre doze e dezoito anos de idade, de acordo com o artigo 2º, do referido Estatuto – em conflito com a lei não se encontra imune de ser responsabilizada legalmente, contudo, isto apenas se dará de maneira adequada à sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento da personalidade. A ordem jurídica, enquanto ordem normativa, é antes de tudo uma ordem social que regula a conduta humana na medida em que ela está em relação com outras pessoas – segundo Hans Kelsen⁶⁵³.

Em vista disto, observa-se que a sua função é obter uma determinada conduta por parte daquele que a esta ordem está subordinado, impelindo-o a se omitir de praticar determinadas ações consideradas socialmente indesejadas, determinando-o, diversamente, que, realize outras ações que socialmente sejam consideradas úteis.

⁶⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p. 48 e ss. É bom que se frise, que, muito além de ser o autor considerado equivocadamente como um mero positivista, inclusive, por muita gente boa que leciona por aí, é, importante que se diga que Hans Kelsen é sobretudo um liberal, não no sentido conservador, mas, no sentido emancipatório e garantista da pessoa humana, precisamente, quando em relação com o Estado. E, neste sentido, adverte o autor que “gradualmente, porém, estabelece-se o princípio de que todo o emprego da força física é proibido quando não seja – e temos aqui uma limitação ao princípio – especialmente autorizado como reação, da competência da comunidade jurídica, contra uma situação de fato considerada socialmente perniciosa. Então é a ordem jurídica que, taxativamente, determina as condições sob as quais a coação física deverá ser aplicada e os indivíduos que a devem aplicar.”

Jeremy Bentham⁶⁵⁴ elege o prazer (imunidade da dor) e a dor como meios eficientes para que uma pessoa seja obrigada a pautar o seu comportamento, haja vista que tanto o prazer quanto a dor são capazes de emprestar a qualquer lei ou regra de conduta um força obrigatória, pelo que, podem ser denominados de sanções. A sanção, assim, segundo o próprio autor, significa o ato de ligar, ou seja, tudo que serve para ligar uma pessoa à observância de um modo de conduta. A sanção é então uma fonte de poderes obrigatórios ou motivos, isto é, de dores e prazeres que relacionados com um modo de conduta, atuam como motivos.

De acordo com Hans Kelsen⁶⁵⁵, esta função motivadora é exercida pelas representações das normas que prescrevem ou proíbem determinadas ações humanas, pelo que, pode-se afirmar que uma conduta oposta ao ordenamento jurídico, constitui-se mesmo no pressuposto de uma sanção, segundo o enunciado lógico: “se verificar uma determinada conduta, se deve seguir determinada sanção, ou seja, a conduta condicionante da sanção é proibida.”. Tem-se, assim, que, a sanção tem o caráter de um ato de coação. Dessa forma, assevera o autor que “uma ordena normativa que estatui ações de coerção como reação contra uma determinada conduta humana é uma ordem coercitiva. Mas, no entanto, ressalva, que, os atos de coerção podem ser estatuídos – e é este o caso da ordem jurídica, como veremos – não só como sanção, isto é, como reação contra uma determinada conduta humana, mas também como reação contra situações de fato socialmente indesejáveis que não representam conduta humana e, por isso, não podem ser consideradas proibidas.”.

Uma típica situação de fato socialmente indesejável que não representa uma conduta humana, é o ato infracional, haja vista que aqui, na dogmática jurídica brasileira, o significado de conduta humana é normativo e não causal, pois, os jovens se encontram alijados da sistemática jurídico-penal, por opção política, constituindo-se mesmo em direito individual a não responsabilização penal, pelo que, são inimputáveis – art. 228 da Constituição da República de 1988; art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente; e, art. 27 do Código Penal brasileiro – ou seja, não são

⁶⁵⁴ BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 13-15 (Coleção os Pensadores).

⁶⁵⁵ KELSEN, Hans. *Op. cit.*

passíveis de sofrerem aplicação de uma sanção penal, mas, sim, de um ato coercitivo contrário à conduta socialmente indesejada, ao que se denominou de medidas protetivas e socioeducativas cuja característica marcante é a tutela coercitiva dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, enquanto pessoas na peculiar condição de desenvolvimento de suas personalidades.

Por certo, constituem-se as medidas legais previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, em atos jurídicos mais eficazes do que outras formas de accertamento – como, por exemplo, a violência do castigo estatal representado pela pena privativa de liberdade – em virtude mesmo de sua adequabilidade àquela peculiar condição. Nesta quadra histórica, o ordenamento jurídico-legal brasileiro elegeu o Estatuto da Criança e do Adolescente como instrumento legislativo capaz para resolução das caras questões inerentes à infância e juventude, cuja característica principal é a regulação das relações sociais em que jovens participam, sem, contudo, operar-se o princípio retributivo⁶⁵⁶ (*Vergeltung*), vale dizer, a sanção (em sentido lato) não se configura mais no motivo que efetivamente determina uma conduta desejada. Pois, uma conduta pode ser agora eficaz – quando corresponde ao que determina objetivamente o Estatuto da Criança e Adolescente – sem ter em conta o receio da pena enquanto motivo da conduta socialmente desejada.

A conduta passa a ser efetivamente provocada por outros motivos que não o receio da pena, ou seja, cuidando-se de crianças e adolescentes, o expediente orientativo é norteado pelo princípio da proteção integral, então, constitucionalmente, estabelecido pelo ordenamento jurídico-legal brasileiro. Logo, verifica-se que sendo elevada ao âmbito constitucional a inimizabilidade penal às pessoas com idade inferior a dezoito anos, muito além de adotar-se a diretiva internacional da doutrina da proteção integral, outorgou-se, também, a qualidade jurídica de essencialidade (fundamentabilidade), construindo-se, assim, um direito individual e garantias

⁶⁵⁶ KELSEN, Hans. *Op. cit.* Segundo o autor, “O primitivo interpreta os acontecimentos naturais que imediatamente afetam os seus interesses segundo o princípio da retribuição: os que lhe são benéficos, interpreta-os como recompensa, e os que lhe são desfavoráveis como castigo, pela observância ou não observância, respectivamente, da ordem social estabelecida... das duas sanções correspondentes à idéia de retribuição, prêmio e castigo, a segunda desempenhe na realidade social um papel muito mais importante do que a primeira.”

fundamentais para a proteção daquelas pessoas que se encontram na peculiar condição de desenvolvimento de suas personalidades. Até porque, conferiu-se competência resolutória ao Estatuto da Criança e do Adolescente, vinculando a todos, haja vista mesmo que tais normas não são autônomas, pois a sua validade se encontra vinculada, justamente, pela observância da norma constitucional estatuidora dos direitos individuais e garantias fundamentais das crianças e adolescentes – arts. 227 e 228 da Constituição da República de 1988.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, enquanto sistema vigente de normas jurídicas aplicadas àquelas pessoas que possuem idade inferior a dezoito anos, constitui-se num código deontológico que institui não só diversos direitos individuais, mas, também, garantias, ao que é pertinente às crianças e aos adolescentes, possibilitando, com isto, o direito de exigir a implementação efetiva e adequada de medidas jurídicas e políticas necessárias a tal desiderato. Pois, é descrito em proposições específicas enunciando que, sob pressupostos determinados (princípio da proteção integral, especial e adequada), devem ser aplicados certos atos de coerção (medidas tutelares protetivas e socioeducativas, de cunho pedagógico) que não se caracterizem como uma reação sancionatória.

2.3. PROCESSOS DE EXPULSÃO SOCIAL

Toda e qualquer proposta de redução da idade de maioridade penal não se constitui em solução apta, oportuna, conveniente e aconselhável para a peculiar situação do adolescente em conflito com a lei. Pois, além de equívocos decorrentes de movimentos radicais de política criminal⁶⁵⁷, também, trabalham com um dado construído que não existe, qual seja: a criminalidade infanto-juvenil. Na verdade, o que existe são processos de criminalização, através dos quais crianças e adolescentes, todos

⁶⁵⁷ BULHÕES, Antônio Nabor Areias. Depoimento na audiência pública sobre a redução da maioridade penal de 18 para 16 anos, realizada em 10/11/1999. *in A razão da idade: mitos e verdades*. Tomo VII, Brasília: MJ/SEDH/DCA: CONANDA, 2001 (Série Subsídios), pp. 13-23. O exemplo oferecido pelo Autor, é o do movimento conhecido como a “corrente de Lei e Ordem (Law and Order), responsável pela difusão da crença errônea, arraigada na consciência de parcela do povo brasileiro, de que somente o Direito Penal fornece resposta adequada à prevenção e à solução dos desvios sociais”.

os dias, são cada vez mais destituídos de seus direitos fundamentais, isto é, inerente mesmo à sua própria condição de pessoa humana em desenvolvimento. E isto se dá mediante diversas e variegadas formas de violência.

O sistema penitenciário já caótico não suportaria a inserção de um número de pessoas ainda maior, pelo que, entraria em colapso, senão, pela falta de estrutura especial e adequada para a recepção de um grupo de pessoas que se encontra na peculiar circunstância de desenvolvimento da personalidade. Em análise, por mais que se tenha recrudescido a sanção penal jamais se conseguiu reduzir a criminalidade a índices razoáveis, sequer, a índices suportáveis, senão, apenas gerou sensação popular de impunidade, quando, não, descrença da própria Justiça. A pena privativa de liberdade invariavelmente se encontra falida, não (re) adapta ninguém, constituindo-se, na verdade, numa fábrica de reincidência, razões pelas quais, a atual tendência mundial é justamente pela sua dispensabilidade, senão, redução de sua aplicação ao máximo possível. De acordo com o que assevera Antônio Nabor Areias Bulhões⁶⁵⁸, a pena privativa de liberdade somente deveria ser imposta aos crimes mais graves e a delinqüentes de intensa periculosidade, sendo certo que, nos demais, casos, necessariamente, deveria ser substituída por medidas alternativas.

Até porque, por si só, o agravamento da sanção penal, senão, a própria pena privativa de liberdade, não reduzem os índices de criminalidade. Não fosse só, de acordo com o censo penitenciário de 1995, cerca de 150 mil pessoas se encontram presas, vale dizer, numa proporção de *um preso a cada trinta minutos*, e, considerando que já faltava antes mesmo da realização do referido censo cerca de *59 mil vagas*, atualmente, *o déficit já deve ter superado o índice de 20%*. Não fosse só, além do agravamento da superpopulação, também, observa-se que, no sistema penitenciário, a AIDS está proliferando entre os detentos com a rapidez de uma peste. A Aids já atinge de 10% a 20% dos presos – enquanto que na população homossexual o índice de infecção é de apenas 0,25% – contudo, o governo evita a divulgação de tais dados para não provocar rebeliões. (os números da Aids nos presídios não são computados nas estatísticas oficiais da doença).

⁶⁵⁸ BULHÕES, Antônio Nabor Areias. *Op. cit.* p. 15-6. Segundo o Autor, “seria preciso construir 145 novos presídios, a um custo de 1,7 bilhão de reais. (...) o sistema penitenciário do país exauriu-se”.

Os índices de violência não serão reduzidos com o encarceramento antecipado do jovem em conflito com a lei, em decorrência mesmo da redução da idade penal. O jovem tem direito individual fundamental a um tratamento diferenciado. O tratamento jurídico diferente é um direito das pessoas com idade inferior a dezoito anos, enquanto sujeitos de direito, vale dizer, pessoas detentoras de titularidade de direitos em perspectiva emancipatória⁶⁵⁹ – direitos fundamentais. Em vista disto, afigura-se inconstitucional qualquer pretensão abolicionista de direito individual fundamental (essencial) ao tratamento diferenciado, pois decorrentes mesmo das peculiares condições individuais e sociais, e, dos valores éticos implícitos na condição humana, que, na verdade, conferem tratamento legal diferente às crianças e aos adolescentes – seres humanos com características especiais⁶⁶⁰.

Logo, é fácil constatar que as pessoas com idade inferior a dezoito anos por possuírem subjetividade jurídica são detentoras de direitos fundamentais diferenciados, pois necessitam além dos direitos humanos reconhecidos a toda pessoa, também, um tratamento especialmente adequado. Com efeito, segundo Dalmo de Abreu Dallari, a proposta de redução da idade de responsabilidade penal é uma violência ética, pois, em se tratando de adolescente em conflito com a lei, tem-se que em sua grande maioria é egressa das camadas mais vulneráveis socialmente, não tiveram apoio afetivo, espiritual e material de um ambiente familiar propício ao regular desenvolvimento de sua personalidade. Desde o nascimento já sofreram toda sorte de violência (falta de habitação, alimentação, etc...), além da absoluta falta de perspectivas, vale dizer, de oportunidades efetivas de informação e formação pessoal. Bem por isso, a redução da idade penal não lhes causará qualquer outra circunstância, haja vista que se acostumou a sofrer violências desde o início da vida, a não ser estigmatiza-lo definitivamente como cliente preferencial dos processos de criminalização operados pelo sistema penal.

⁶⁵⁹ NOLETO, Mauro Almeida. *Subjetividade jurídica: a titularidade de direitos em perspectiva emancipatória*. Porto Alegre: Safe, 1998.

⁶⁶⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. A razão para manter a maioridade penal aos 18 anos. *in A razão da idade: mitos e verdades*. Tomo VII, Brasília: MJ/SEDH/DCA: CONANDA, 2001 (Série Subsídios), p. 24-29. O Autor observa que na Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, então, reiterada na Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela ONU, em 1989, e, assinada pelo Brasil, “a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais”. No mais, adverte-se que internacionalmente criança é considerada a pessoa que possui idade inferior a dezoito (18) anos.

Diversamente, acredita-se que a nova sistemática estatutária que se opera através da aplicação de medidas protetivas e socioeducativas, além é certo de garantir outros direitos inerentes à pessoa humana, é apta a preparar o jovem para o convívio pacífico e respeitoso – segundo Dallari, para quem – onde houver efetivo respeito pela dignidade e pelos direitos fundamentais da pessoa humana, com o reconhecimento de que todos os seres humanos são nascidos livres e iguais em dignidade e direitos, a reação da sociedade deverá ser a de exigir que se dê ao adolescente em conflito com a lei tratamento diferenciado e especial previsto no Estatuto Infante-Juvenil, garantindo, assim, a igualdade de direitos e dignidade da pessoa⁶⁶¹.

2.4. INIMPUTABILIDADE PENAL INFANTO-JUVENIL

Uma esfera da existência humana na qual não penetra qualquer comando ou proibição. Esta esfera de liberdade apenas pode ser juridicamente garantida quando a própria ordem jurídica proíba intrusões nela. As liberdades constitucionalmente garantidas têm uma especial importância política. Daí que a opção política pela adoção da diretiva internacional da doutrina da proteção integral como orientação jurídica (re) fundadora dos direitos individuais e garantias fundamentais da criança e do adolescente, não pode ser objeto de reforma constitucional, pois, encontra-se assegurada por preceito de direito constitucional – inciso IV, do § 4º, do artigo 60, da Constituição Federal de 1988 – que limita a competência do órgão legislativo, por forma a não lhe ser permitido editar normas que prescrevam ou proíbam às pessoas uma conduta de determinada espécie. No caso vertente, a supressão de direitos e garantias individuais próprios das crianças e dos adolescentes.

A natureza jurídica da inimputabilidade penal, das pessoas com idade inferior a dezoito anos, configura-se, assim, num direito individual, então, garantido, constitucionalmente, ante mesmo seu caráter de essencialidade decorrente da adoção do princípio da proteção integral. Logo, qualquer proposta de mudança da legislação visando a redução da idade de responsabilidade penal deverá estar de acordo com a dogmática jurídico-constitucional. O jovem tem direito individual fundamental a um tratamento diferenciado. Toda e qualquer proposta que objetive a diminuição da idade penal (redução da maioridade penal) deve ser rejeitada, por inadequação formal

⁶⁶¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.* p. 29. “Assim serão atacadas as causas da violência e a humanidade poderá ter esperança num futuro de paz.”

(cláusula pétrea) e material (direito e garantia individual), inclusive, iniciando-se mesmo a sua refutação pelo próprio juízo de admissibilidade. Não se resolve a grave questão da violência social (criminalidade, desigualdade, falta de opção, fome, miséria, desemprego, discriminação, exploração sexual) criando-se novas figuras delitivas, ou, mesmo agravando-se a reprimenda penal, e, muito menos se reduzindo a idade para a responsabilização penal, senão, com isto, aumenta-se, na verdade, a clientela que poderá então ser objeto de um mais amplo processo de criminalização.

Assim, toda e qualquer proposta que pretenda reduzir a idade penal, constitui-se, na verdade, numa medida simplista e estigmatizante, pois, os seus efeitos deletérios afetam de forma mais grave a auto-estima do adolescente em conflito com a lei. Conquanto, à resolução adequada destas questões se encontra afeta muito mais à exigência de implementação dos direitos e garantias, pela sociedade, em relação ao poder público, através da adoção de política públicas pertinentes e eficazes, do que propriamente uma resposta penal, até porque, o sistema penal não pode mais se constituir numa panacéia para solução de todas as questões sociais. Denomina-se de falácia politicista⁶⁶², a pressuposição de que “a força de um ‘bom poder’ seja suficiente para satisfazer as aspirações da sociedade – e, ainda mais, imaginar que possa existir tal ‘bom poder’”, pois, depende tanto da predisposição dos poderes públicos para atender ao princípio da centralidade da pessoa, bem como da dignidade a ela inerente, quanto da atitude da sociedade para a reivindicação de tais garantias, vale dizer, pela luta de seus direitos. Implicando isto na luta “pela construção de um complexo sistema de garantias que possa refrear o poder, neutralizando-o, instrumentalizando-o e, no limite, deslegitimando-o.”. Já a falácia garantista, constitui-se no “imaginar que baste ter-se um sistema normativo adequado e pleno de garantias para que os poderes públicos sejam contidos em sua tendência antigarantista e, mais ainda, promovam a satisfação das carências materiais da sociedade.”. Os objetivos do Estado de Direito não se esgotariam no plano normativo, sendo, necessário, pois, a contínua luta social para assegurar o cumprimento das atividades estatais à efetivação dos direitos fundamentais. Luigi Ferrajoli repudia tais falácias, acusando-as de expressões ideológicas⁶⁶³, porém, admite que nenhum sistema jurídico, por mais tecnicamente

⁶⁶² CADEMARTORI, Sérgio U. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 167 e ss.

⁶⁶³ CADEMARTORI, Sérgio U. *Op. cit.* Para o Autor “Se a primeira falácia é um vício ideológico habitualmente induzido pelos sistemas políticos autoritários, baseados na valorização apriorística do poder político e na

perfeito que possa ser, não pode por si só garantir nada, pois, não se pode sustentar qualquer garantia jurídica apenas por sua formação normativa, bem como, não subsiste qualquer direito fundamental sem a permanente luta por sua realização concreta.

Daí que se afigura mais apto, o modelo humanitário de legitimidade, tanto para avaliar o exercício regular do poder, segundo critérios postulados por valores superiores e externos ao Estado, assegurando, assim, a manutenção da tarefa do poder como estrutura posta à satisfação dos interesses da sociedade, quanto, para o julgamento da instância política. O Estatuto da Criança e do Adolescente não é meramente um catálogo de proposições garantistas⁶⁶⁴. Na verdade, constitui-se num instrumental que viabiliza a implementação dos direitos e garantias fundamentais – liberdades substanciais⁶⁶⁵ –, que se orientam pelo primado fundamental da dignidade da pessoa humana preceituado na Constituição da República de 1988. O princípio fundamental da dignidade de pessoa humana constitui-se em obstáculo constitucional que assegura o núcleo irredutível da cidadania infanto-juvenil. Ademais, observa-se que a doutrina da proteção integral buscou precisamente romper tanto de forma teórico-epistemológica quanto político-culturalmente, com toda e qualquer espécie de discriminação entre jovens que cometeram ou não comportamentos conflitantes com a lei.

O adolescente por se encontrar na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade possui e, por isso mesmo requer reconhecimento, de sua dimensão humanitária diferenciada, vale dizer, a proteção de suas liberdades substanciais é e deve ser muito mais ampla do que a sua condição de cidadão, emancipando-o, assim, das restrições impostas pelas inúmeras formas de violência social (estrutural). A subjetivação infanto-juvenil que perpassa pela dimensão jurídico-

desvalorização das garantias, a segunda falácia representa uma tentação recorrente induzida pela mesma estrutura garantista do estado de direito. Devo dizer que o primeiro vício é mais difundido no âmbito político, e o segundo, entre os juristas.”

⁶⁶⁴ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Op. cit.*

⁶⁶⁵ SEN, Amartya K. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. Segundo o Autor, “as liberdades individuais substantivas são determinantes fundamentais para a própria iniciativa individual e da eficácia social. Pois, ao se ter mais liberdades, as pessoas melhoram a capacidade de cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo. Ser agente – no sentido de ser autor social, e, não meramente ator ou partícipe social – significa dizer algo sobre alguém que age e ocasiona mudanças – interna, ou seja, pessoalmente, e, externa, socialmente – cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus próprios valores e objetivos. A preocupação é com desenvolvimento do papel da condição de agente do indivíduo como membro do público e como participante de ações sociais que interage direta ou indiretamente nas atividades individuais ou conjuntas na esfera política ou em outras esferas. E isto importa na influencia sobre numerosas questões fundamentais de política pública”.

legal deve se constituir num dos principais objetivos a ser alcançado pela primazia da doutrina da proteção integral.

A transformação epistemológica do paradigma repressivo-punitivista – atualmente simbólico-preventivo, sejam penalista, minimalista, juvenil ou não – deve possibilitar o reconhecimento do paradigma humanitário a partir da consolidação dos direitos humanos implementável pela transformação⁶⁶⁶ discursiva (fundamentação) e axiológica (valores humanos) realizada pela doutrina da proteção integral sistematizada nos artigos 227 e 228 da Constituição da República de 1988.

A interpretação deve ser um momento de descoberta e criação de um direito novo que contemple adequadamente as novas circunstâncias e contingências, quando, não, ser sempre um momento de (re)significação do direito existente, ou seja, o desvelamento de “algo” que poderia já existir sem significação jurídica ou que já estivesse na própria lei. Não fosse isto, que também permitisse a construção de uma resolução adequada que se orientasse pelas novas pautas/exigências sociais, inclusive, com significação ideologicamente diversa e delimitada pela concepção dominante do direito.

É precisamente esta nova nomeação – aqui, o novo Direito da Criança e do Adolescente – que dará sentido novo ao querer/desejo jurídico relativo às regras pertinentes à infância e à juventude brasileiras que importe, pois, na despenalização total do sistema jurídico socioeducativo fundado no Brasil a partir do advento da Constituição da República de 1988, e, na organização do Estatuto da Criança e do Adolescente⁶⁶⁷.

As proposições político-ideológicas podem ser demarcadas, *primeiro*: pr uma ampla divulgação destas informações para que se estabeleça a mera reflexão da grave situação em que se encontra ameaçados os direitos individuais e garantias fundamentais da criança e do adolescente, em face das diversas propostas de redução da idade penal. Com isto, objetiva-se o comprometimento com a causa desta luta, através do compartilhamento de parcerias com a sociedade civil organizada ou não.

Segundo: que seja a partir de então não mais meramente difundida a idéia de igualdade de opção, mas, sim, a efetiva oportunidade de chances paritárias à

⁶⁶⁶ GRAU, Eros. *La doppia destrutturazione del diritto: una teoria brasiliana sull'interpretazione*. Milano: Unicopli, 1996, p. 53.

⁶⁶⁷ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2005. É possível concluir dizendo que o “Estatuto da Criança e do Adolescente e as demais leis extravagantes acerca da infância e da juventude estabelecem, por orientação constitucional (arts. 227 e 228, da Constituição da República de 1988), um sistematizado conjunto de regras (enunciados) que estabelece uma rede integrada de subsistemas (subconjuntos de regras) de direitos e garantias, e, que, bem por isso, deve permanecer intacto sob pena de desintegração orgânica para o exercício das competências atribuídas, e, despotencialização funcional das possibilidades de realização/satisfação – eficácia jurídica e social (efetividade) – das necessidades mais mezinhas destas novas subjetividades – crianças e adolescentes – que se encontram, enquanto pessoas, numa peculiar e circunstancial fase de suas vidas, e, assim, também, às novas pautas/exigências sociais.”.

infância e à adolescência brasileiras, preferencialmente, através da educação, da informação e da formação da personalidade dos infantes e jovens brasileiros constituindo-se, assim, muito mais do que a humanização da pessoa, vale dizer, que se construção de verdadeiros cidadãos.

Terceiro: a infância e a juventude se constituem numa questão importante que depende de compromisso comunitário, todos têm responsabilidades, pois, trata-se de seres humanos que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade.

Quarto: a criança e o adolescente que cometerem comportamento considerados conflitantes com a lei têm direitos individuais fundamentais a tratamento diferenciado.

Quinto: a proposta de redução da idade de maioridade penal é uma violência ética⁶⁶⁸.

Desta maneira, é legitimamente possível destacar como principais impedimentos jurídicos, políticos e sociais à redução da idade de maioridade penal, dentre outras inúmeras motivações transdisciplinares as seguintes:

a) configura-se direito individual fundamental a inimputabilidade penal preceituada no art. 228, por se tratar de matéria constitucionalmente substancial, isto é, cláusula pétrea, nos termos do inc. IV, do § 4º, do art. 60, da Constituição da República de 1988;

b) por traduzir alinhamento político às diretrizes internacionais estabelecidas na Convenção sobre os Direitos da Criança⁶⁶⁹, adotada em Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989;

c) por ser absolutamente diferente a compreensão teórico-pragmática do que seja discernimento e ou consciência daquilo que se entende por maturidade, isto é, educação para autocontrole dos instintos e das pulsões pessoais, enquanto critério adotado para a fixação da idade de maioridade penal em 18 (dezoito) anos;

d) as propostas legislativas reducionistas não contemplam medidas legais, políticas e sociais de apoio à família e ao adolescente infrator, e, sequer, às vítimas de atos infracionais e seus respectivos núcleos familiares;

e) nas propostas legislativas de alteração da idade de maioridade penal não consideram com a mesma intensidade a estrutura social imensamente injusta. Não são apenas os filhos das famílias empobrecidas que praticam atos infracionais, no entanto, é medianamente constatável que são os que mais facilmente são demonializados (marginalizados) pelos meios de comunicação social e, assim, criminalizados pelos aparelhos repressivos do Estado⁶⁷⁰;

f) mudança cultural e ideológica por novos valores humanos, respeito e responsabilidade pelo outro;

g) a redução da idade de maioridade penal não diminuirá a violência social urbana;

h) a vítima indiscutivelmente não pode ser resgatada pelo Direito Penal, o qual caracteristicamente não tem o condão de agregar valor (direitos), quando,

⁶⁶⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*

⁶⁶⁹ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁶⁷⁰ ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado*. Trad. Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 7ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998 (Biblioteca de Ciências Sociais n° 25).

não, impõe-lhe dupla vitimização através mesmo do processamento de responsabilização do autor da violência;

i) a não responsabilização criminal não significa impunidade⁶⁷¹, pois os adolescentes são responsabilizados diferentemente através de medidas socioeducativas, de cunho pedagógico, disciplinar e preparatório para (con)vivência social responsável;

j) falta de programas de apoio institucional do Estado tanto à família e ao adolescente infrator, quanto à vítima e seu respectivo núcleo familiar, inclusive, devendo ser o Poder Público responsabilizado integralmente pela recuperação, tratamento, próteses, etc., que necessitar a vítima e ou seus dependentes, senão, prestando-lhes benefícios previdenciários privilegiados; e

k) reduzir a idade de maioridade penal é simplesmente legitimar a inação do Poder Público que nada fez no passado para evitar os altos índices de violência social urbana, e, agora, legitima sua desfunção através da adoção pura e simples de medidas legislativas repressivo-punitiva.

⁶⁷¹ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 167. Para quem, “é relevante salientar que os menores de dezoito anos estão fora do Direito Penal, mas não estão fora do Direito! Em se verificando alguma infração praticada por um menor, aplicar-se-á o que dispõe a Lei nº 8.069/90, que versa sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alcançado esse momento, impõe-se a delimitação das idéias mais importantes da reflexão sobre a (re)fundamentação epistêmica e transdisciplinar de uma propedêutica jurídico-protetiva que demarque as categorias elementares de uma necessária, rigorosa e crítica teoria de base do direito da criança e do adolescente. Contudo, não se tem qualquer pretensão de exaustão de tudo que aqui preliminar e introdutoriamente foi transcrito e ponderado ao longo desta exposição, mas, sim, diversamente, estabelecer algumas proposições gerais decorrentes mesmo do estudo e da pesquisa destinados ao núcleo irreduzível e principal desta Tese, qual seja: o desenvolvimento de marcos teóricos e constatações pragmáticas acerca da doutrina da proteção integral, especial e de absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente.

O direito da criança e do adolescente constitui-se numa das inovações mais relevantes das modernas vertentes dos direitos humanos por tudo aquilo que permite, pressupõe e implica para estas novas subjetividades – crianças e adolescentes –, tendo-se em conta, principalmente, a circunstância de que se encontram na condição humana peculiar de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, que, bem por isso, reclama respeito às suas liberdades públicas e substanciais para formação de suas personalidades, consoante as responsabilidades e os valores inerentes a dignidade da pessoa humana.

No ordenamento jurídico brasileiro foram reconhecidos direitos (proteção integral) e prerrogativas (absoluta prioridade) às crianças e aos adolescentes com o intuito precípua de que fossem asseguradas as condições minimamente exigíveis de dignidade humana que permitissem ao conjunto da população infantil e juvenil o pleno desenvolvimento e exercício de suas cidadanias cuja garantia reside precisamente no atendimento dos seus direitos individuais fundamentais, como, por exemplo, à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, e, dos difusos e coletivos, como, por exemplo, culturais, econômicos, ambientais, sociais, através da articulação de –“responsabilidade por” – ações governamentais e não-governamentais que constituam e implementem políticas públicas de cunho social para atendimento daqueles direitos.

Conquanto, afigura-se também essencial a constituição e reconhecimento teórico-pragmático de um conhecimento específico que possa orientar e sustentar as opções políticas adotadas legislativamente para garantir o acesso e o exercício dos mencionados direitos e prerrogativas infante-juvenis que foram conquistados e inscritos na Constituição da República de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, isto é, nos documentos legais que constituem, por assim dizer, as “Leis de Regência”, as quais reorganizaram estrutural e funcionalmente o direito da criança e do adolescente, quando, não, conferem medidas legais para salvaguarda da cidadania e efetividade dos interesses e direitos afetos à infância e à juventude⁶⁷².

Enfim, é preciso também inscrever ainda que, de forma liminar, uma introdutória teoria jurídica protetiva de viés transdisciplinar do direito da criança e do adolescente, isto é, uma propedêutica jurídico-protetiva que estabeleça as suas interfaces com outros segmentos do conhecimento humano tornando, assim, não só plausível a discursividade jurídica fundante da expressão legal do que se deve compreender por “proteção integral”, inclusive, com isto, oferecendo justificação àquelas normatividades que regulamentam a matéria, mas, também (re)definir as estruturas das novas políticas de atendimento, vale dizer, das novas políticas de emancipação da personalidade humana das pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento: crianças e adolescente.

Eis o compromisso democrático de respeito e responsabilidade pelo outro, pois, em comunicação, exige-se transação comunicativa, uma vez que “não se comunica”, por assim dizer, mas, participa-se dela: a comunicação.

As possibilidades do que apenas se afigura momentaneamente como “impossível” devem ser inscritas, por isso mesmo, de forma discursiva oral e vernacular (escrita⁶⁷³), a partir da reestruturação das políticas de atendimento –

⁶⁷² LABANCA, Luís Edmundo. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 5 e ss. Justificativa (...)

“Neste elenco de inovações, merece especial destaque a proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos, regulamentando ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento, ou à oferta irregular, de serviços públicos nas áreas de educação, saúde, assistência social, proteção especial, profissionalização, proteção no trabalho e atendimento humano e verdadeiramente sócio-educativo aos adolescentes privados de liberdades por autoria de atos infracionais graves. Definem-se ainda as ações cíveis cabíveis na defesa desses e de outros interesses e direitos individuais, difusos e coletivos.” (...) Sala das Sessões, 30 de junho de 1989 – Senador Ronan Tito.

⁶⁷³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flavio Paulo Meurer. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002 (Pensamento Humano).

“políticas de emancipação”⁶⁷⁴ – que se afastem das medidas conservadoras e da pulsão de morte de um intelectualismo vazio, procurando, assim, “dar lugar a um pensamento” de composição cujo viés transdisciplinar impõe a permanência da continuidade das lutas civilizatórias e humanitárias por novas conquistas democráticas que possibilitem a melhoria do mundo da vida vivida individual e comunitariamente. Porém, sem verdades absolutas!

A proposição talvez original desta Tese se situe no marco político comunicacional, pois objetiva participar comunicativamente na esfera pública universitária pautando temática ainda marginal no universo acadêmico-jurídico que, por vezes, permanece absolutamente afastado do cotidiano do mundo da vida vivida pela população infanto-juvenil. A comunicação que se realiza na esfera pública universitária ainda que um tanto quanto retórica e discursivamente engajada nas lutas civilizatórias e humanitárias permanece produzindo efeitos metafóricos. Porém, todo e qualquer fenômeno de comunicação – oral e escrito – deve ser unificado por sua “importância pragmática”⁶⁷⁵, isto é, deve ser avaliado a partir não só de suas origens referenciais, mas, também, dos efeitos que projeta individual e comunitariamente nas relações intersubjetivas.

A delimitação valorativa humanitária da presente proposta teórica, isto é, a formulação de uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar do direito da criança e do adolescente, funcionalmente, também deve buscar o quanto possível a identificação, análise rigorosa e reflexão crítica sobre ambigüidades significativas geradas comunicacionalmente pelos lugares ideológicos ocupados pelo discurso oral e escrito.

As posturas ideológicas assumidas através do fenômeno comunicativo influenciam decisivamente na assunção de significados, por vezes, de forma absoluta, impedindo deliberadamente a profusão de idéias e opções que a variabilidade de “uma infinidade de valores possíveis cujo significado não é absoluto”⁶⁷⁶ possa

⁶⁷⁴ BADIOU, Alain. *Ética: um ensaio sobre a consciência do mal*. Trad. Antônio Transito e Ari Roitman. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.

⁶⁷⁵ JACKSON, Don D; BEAVEN, Janet Helmick; e WATZLAWICK, Paul. *Pragmática da comunicação humana*. 14^a. São Paulo: Cultrix, 2004, p. 64 e ss.

⁶⁷⁶ JACKSON, Don D; BEAVEN, Janet Helmick; e WATZLAWICK, Paul. *Op. cit.*

democraticamente ensejar. Mais do que isto, a “possibilidade do impossível”⁶⁷⁷ aqui não é só um princípio para uma construção valorativa de sentidos, mas, incessantemente, a “impossibilidade de não comunicar” impondo, sim, que “todas as situações de duas-ou-mais-pessoas sejam interpessoais, comunicativas”⁶⁷⁸.

A comunicação, assim, exige muito mais do que uma simples opinião interessada-desinteressadamente pelo arbítrio de uma verdade estabelecida *a priori*, de forma absoluta, sobre determinado sentido que, por sua vez, é sustentado discursivamente por irracionalidades projetadas funcionalmente pelo racionalismo contemporâneo⁶⁷⁹. Exemplo disto é o direito penal juvenil que pretende se apropriar indevida e incoerentemente da dimensão jurídico-legal destinada à proteção dos direitos da criança e do adolescente, haja vista que sequer mantém coerência com a sua proposição discursiva (opinativa) acerca de sua intervenção mínima, pois, pelo que se vê, pretende também expandir a sua dogmática jurídico-penal para a resolução das questões afetas aos interesses, direitos individuais, coletivos e difusos, bem como às garantias fundamentais da infância e da juventude.

A tematização pública das questões afetas à criança e ao adolescente demanda hodiernamente atenção prioritária especial na elaboração e execução orçamentária que cuide da destinação e utilização dos recursos públicos que, antes do mais, devem ser destacadamente glosados para os programas e projetos sociais de atendimento das necessidades vitais básicas próprias da infância e da juventude, através da consolidação de políticas sociais básicas, supletivas, preventivas e

⁶⁷⁷ BADIOU, Alain. *Op. cit.* Segundo o Autor, “para manter o requisito do interesse-desinteressado é preciso ter encontrado, uma vez na vida, a palavra de um Mestre. E de repente, a ética de uma verdade é totalmente o contrário de uma ‘ética da comunicação’. É uma ética do *real*, se continua sendo verdade, como sugere Lacan, que todo acesso ao real é da ordem do encontro. E a consistência, que é o conteúdo da máxima ética ‘Continuar!’, só chega a conservar esse real por um fio. (...) O não-esquecimento consiste em pensar e praticar o ordenamento de meu ser-múltiplo pelo Imortal que ele detém, e que o trespassamento de um encontro compôs como sujeito. (...) ‘Ama aquilo em que jamais irás crer duas vezes’. Pelo que a ética de uma verdade se opõe absolutamente à opinião – e à ética simplesmente, que não passa de um esquema de opinião. Pois a máxima da opinião é: ‘Não ama senão aquilo em que crês desde sempre’.”

⁶⁷⁸ JACKSON, Don D; BEAVEN, Janet Helmick; e WATZLAWICK, Paul. *Op. cit.*

⁶⁷⁹ SAINT-SERNIN, Bertrand. *A razão no século XX*. Trad. Mário Pontes. Brasília: UnB; Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

promocionais. O caráter protetivo desse novo direito encontra escopo no respeito à dignidade da pessoa humana – art. 227 combinado com o inc. III, do art. 1º, ambos da Constituição da República de 1988 – atribuindo, assim, responsabilidade concorrente entre o respectivo núcleo familiar, a comunidade humana em que vive e os diversos níveis de governo (poderes públicos), com base na teoria do melhor e superior interesse da criança e do adolescente – e, não diversamente na teoria da vontade e ou representação⁶⁸⁰.

O aperfeiçoamento do direito da criança e do adolescente perpassa, assim, não só pelo seu âmbito pragmático, isto é, na implementação das “Leis de Regência” – Constituição da República de 1988 e Estatuto da Criança e do Adolescente – tão exigida socialmente a ponto de se questionar a validade formal e material respectivamente daquelas figuras legislativas, mas, principalmente, pelo seu marco teórico-jurídico que se caracteriza por sua tessitura aberta às importantes contribuições advindas do desenvolvimento cognitivo dos demais campos do conhecimento. É preciso ter em conta que as “Leis de Regência”, no fundo, são pontos de partida essenciais para as profundas mutações sociais, políticas, jurídicas e ideológicas acerca de tudo aquilo que for indispensável ao pleno desenvolvimento da personalidade humana infanto-juvenil. E isto se opera por “etapas que envolvem além da mudança dos panoramas legais nos estados e municípios, um efetivo e amplo reordenamento das instituições envolvidas na área, culminando com a melhoria e humanização das formas de atenção direta, o que atingirá cada um dos destinatários dos direitos aqui regulamentados.”⁶⁸¹.

Eis, aqui, a missão que se propôs cumprir, qual seja: cuidar do estabelecimento inicial da discussão e reflexão do panorama legal, jurídico, social, político, psicanalítico, psicológico, filosófico, epistemológico, racional, semiológico, lingüístico, teórico-cognitivo e pragmático dentre tantos outros aportes que se referem aos direitos afetos à população infanto-juvenil. Esses aspectos inovadores em relação ao discurso e prática jurídico-legal requerem, por isso mesmo, uma esfera comunicacional para que se possam operar as trocas, enfim, as interfaces que

⁶⁸⁰ MACCORMICK, Neil. *Derecho legal y socialdemocracia: ensayos sobre filosofía jurídica y política*. Trad. Maria Lola González Soler. Madrid: Tecnos, 1990.

⁶⁸¹ LABANCA, Luís Edmundo. *Op. cit.*

demarquem propedeuticamente a superação paradigmática das teorias anteriores que sustentavam a legitimação racionalmente justificada das ingerências impertinentes dos poderes públicos legalmente constituídos.

Uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar do direito da criança e do adolescente deve ser enquanto teoria orientada pela “doutrina da proteção integral” essencialmente discurso oral e escrito que se comunica participativa e paritariamente nas esferas públicas e democráticas da linguagem política e social, motivo pelo qual, constitui-se também pela palavra, e, assim, enquanto palavra “é o termo do desenvolvimento, o coroamento da ação”, segundo Lev Semenovich Vygotsky⁶⁸², pois “cada palavra é um microcosmo da consciência humana.”.

Esse conceitografado subsistema legal (direito especial) descrito, assim, por uma propedêutica jurídico-protetiva de viés transdisciplinar a que se constitui pelo domínio teórico-pragmático da proteção integral infanto-juvenil, por certo, (re)funda-se epistêmico e multidisciplinarmente a partir dos valores humanos destinados à criança e ao adolescente enquanto pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade. Em decorrência disto, procurou-se formular marcos teóricos e pragmáticos que possibilitassem o asseguramento daqueles declarados direitos humanos infanto-juvenil, através da consignação jurídica de “outros” pontos de vista.

A propedêutica jurídico-protetiva enquanto marco teórico-pragmático deverá estimular a todo instante interpretativo a memória dos valores humanos e das liberdades substanciais concernentes à infância e à juventude. Para tal desiderato, afigura-se imprescindível a consubstancialização tanto teórica, quanto pragmática dos direitos humanos destinados especificamente à criança e ao adolescente, no Brasil, constitucionalizados como fundamentais segundo a doutrina da proteção integral. Com efeito, essa propedêutica jurídico-protetiva no marco de uma teoria jurídica orientada pela doutrina da proteção integral funcionará como filtro das contribuições transdisciplinares para construção de normatividades emancipatórias, isto é, que

⁶⁸² VYGOTSKY, Lev Semenovich. *Pensamento e linguagem*. Lisboa: Antídoto, 1979, p. 200. (Coleção Universidade, 6).

possibilitem a melhoria da qualidade de vida individual e coletiva⁶⁸³ da população infanto-juvenil.

Não é menos certo dizer que uma tal propedêutica jurídico-protetiva requer para além da construção e reconhecimento significativo, também, o estabelecimento de institutos jurídico-legais próprios e de categorizações que para o mais servem à operacionalidade instrumental dos direitos individuais e garantias fundamentais destacados ao cuidado especial das crianças e adolescentes. Ademais, os institutos e categorias elementares de um tal direito deverão propiciar conexões funcionais entre os diversos institutos jurídicos, elementares e categoriais de outras áreas do conhecimento estabelecendo, assim, uma conceitografia própria e específica que distingue, por assim dizer, epistemologicamente o direito da criança e do adolescente, mas, contudo, sem impedir a interface teórica e pragmática com os demais saberes.

Por uma propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar do direito da criança e do adolescente, portanto, quer se dizer uma introdução teórico-jurídica acerca da proteção integral absolutamente prioritária, humanitária e especial dos direitos fundamentais daquelas subjetividades enquanto pessoas que se encontram na condição peculiar de desenvolvimento, comprometendo-se, assim, dialeticamente com a prática emancipatória da infância e da juventude.

Entretanto, não se pretende aqui fazer uma exaltação ao conhecimento em detrimento ou mesmo minimização da razão, conforme advertência de Bertrand Saint-Sernin⁶⁸⁴, isto é, substituir a legitimação interna das idéias e atitudes pessoais por uma certificação externa de suas representações e seus feitos, ou seja, atribuir veracidade (validade) a um pensamento “se restabelecer fielmente uma realidade.”.

De outro lado, não se apega ao racionalismo iluminista que se fixa na “produção humana das idéias”, mas, sim, pretende-se superar a evidência que caracterizou a razão nos últimos séculos, qual seja: a de que “cada um dos pensamentos, cada um dos nossos atos traz um certificado de origem, uma assinatura; vemos a realidade pelos olhos de algumas dezenas de homens.”. Não que se pretenda

⁶⁸³ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Trajatórias jurídicas: desafios e expectativas*. Florianópolis: Habitus, 2002, p. 93 e ss. RAMIDOFF, Mário Luiz. *Mediação orientada*. Direito e Sociedade. Curitiba: Revista do Ministério Público do Estado do Paraná. Vol. 3, nº 2, jul./dez. 2004, p. 59-89.

⁶⁸⁴ SAINT-SERNIN, Bertrand. *Op. cit.*

ou mesmo se entenda que isto foi superado, mas, é fundamental se colocar em movimento diante do controle social que subliminar e ideologicamente se opera através da formação racional (razoabilidade, proporcionalidade, etc.) tanto do senso comum jurídico, quanto da opinião pública formatada pela eleição arbitrária das temáticas por “algumas pessoas”.

A cientificidade que se opera nos âmbitos do conhecimento, também, tem imposto a minimização da realidade – realidade cínica, de Jean Baudrillard⁶⁸⁵ – que, por vezes, são utilizadas politicamente através de certificações teóricas que reconstroem diversamente o mundo da vida vivida a partir de perspectivas ideologicamente interessadas no velamento e interdição do real. Uma teoria marcadamente crítica que se comprometa com a melhoria da qualidade da vida individual e social desses novos cidadãos (pragmática), enquanto condição humana minimamente digna que possibilitem a construção de projetos de vida responsáveis. Como já se pontuou anteriormente, a proposta desta Tese é a de servir de preparação investigativa do estudo, pesquisa e extensão dos direitos afetos à infância e juventude para a formulação e desenvolvimento de um ensino jurídico-protetivo e humanitário cada vez mais complexo e contextualizado comunitariamente.

Uma tal propedêutica jurídico-protetiva, assim, também funcionará como um sistema de interpretação que tentará compreender e explicar as propriedades centrais do subsistema legal destinado à garantia dos direitos da infância e da juventude, tanto quanto seus traços significativos que demandarão a reconstituição transformacional⁶⁸⁶ do próprio sistema semântico-jurídico em prol dos direitos humanos afetos àquelas novas subjetividades cidadãs.

Entretanto, como já se disse, outra pretensão não se tem do que servir este estudo preliminar de ponto de partida para uma pesquisa cada vez mais complexa para a construção e discussão responsável das temáticas pertinentes aos direitos mais comezinhos da personalidade humana infanto-juvenil a partir “dos registros fundamentais do imaginário, do simbólico e do real decorrentes das novas proposições

⁶⁸⁵ BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas: o fim do social e o surgimento das massas*. Trad. Suely Bastos. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 64 e ss. O social, segundo o Autor, “existe para garantir o consumo inútil da sobre afim de que os indivíduos se dediquem à gestão útil de suas vidas.”

⁶⁸⁶ CHOMSKY, Noam. *Linguagem e mente: pensamentos atuais sobre antigos problemas*. Trad. Lúcia Lobato. Brasília: UnB, 1998

e pautas públicas que são permanentemente estabelecidas para a (re)significação e respeito dessas novas e emergentes subjetividades – crianças e adolescentes.⁶⁸⁷

Enfim, é o que marcou e “marca essa minha mutação cultural”⁶⁸⁸ que tanto apagou lugares comuns e próprios a dogmáticas jurídicas, quanto reascendeu lugares novos para além do técnico, do jurídico, do exato, do correto, do justo e do injusto. Finalmente, como pretendia encerro esta fase de minha trajetória acadêmica sem perder de vista as transformações pelas quais passei e convincentemente agora me submeto, pois, com isto, renovei e agora confirmo os compromissos democráticos, humanitários, e, particularmente, diante de toda e qualquer espécie de conhecimento ou mesmo de críticas, o ideal da postura intelectual: a humildade.

⁶⁸⁷ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2005.

⁶⁸⁸ MELMAN, Charles. *O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço*. Entrevistas por Jean-Pierr Lebrun. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003.

REFERÊNCIAS

- ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado*. Trad. Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 7ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998 (Biblioteca de Ciências Sociais nº 25).
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Vol 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002 (Homenagem a Alessandro Baratta).
- APEL, Karl-Otto. *Como escapar do blábláblá*. O filósofo alemão Karl-Otto Apel expõe seus argumentos contra o relativismo filosófico atual. Folha de São Paulo, domingo, 26 de setembro de 1999.
- APEL, Karl-Otto. *Estudos de moral moderna*. Trad. Benno Dischinger. Petrópolis: Vozes, 1994.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- ARISTÓTELES. *Metafísica; Ética a Nicômaco; Poética*. (II) Trad. Vincenzo Cocco et al. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Os Pensadores).
- ARISTÓTELES. *Organon*. Trad. Pinharanda Gomes. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Os Pensadores).
- ARNS, Flávio. *Polêmica desnecessária*. Jornal Gazeta do Povo. Caderno Paraná. Seção Opinião. Curitiba, 6 de fevereiro de 2007.
- ATHAYDE, Celso; SOARES, Luiz Eduardo; e BILL, MV. *Cabeça de porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003.

AUDARD, Catherine. *Political liberalism de John Rawls*. Archives de philosophie du droit, London School of Economics, Londres, Tome 38, p. 299 a 308, Sirey, 1993.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Safe, 1989.

AZEVEDO, Fabrício. *Internação definitiva de incapaz só é possível com recomendação médica*. Notícias STJ, Brasília, 12.09.2006 – 7h. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 13 nov. 2006.

BACHELARD, Gaston. *O ar e os sonhos: ensaio sobre a imaginação do movimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

BADIOU, Alain. *Ética: um ensaio sobre a consciência do mal*. Trad. Antônio Transito e Ari Roitman. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e política penal alternativa*. Revista de Direito Penal, nº 23, jul./dez. de 1976, Rio de Janeiro: Forense: Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, 1978.

BARROS, Luiz F. *Os normalpatas, não matei Jesus e outros textos*. Rio de Janeiro: Imago, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas: o fim do social e o surgimento das massas*. Trad. Suely Bastos. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BAZÍLIO, Luiz Cavalieri. *Crianças e adolescentes: produção de conhecimento em um programa de pós-graduação*. Rio de Janeiro: Ravil, 2004.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

BISA, Leonardo. *Juventude interrompida à bala*. Jornal Correio Braziliense, Caderno Cidades, Brasília, 08 de novembro de 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *O objetivo ressocializador na visão da criminologia crítica*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Vol. 79, nº 662, p. 247-256, dez. de 1990.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. Vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Contribucion a la teoria del derecho*. Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Valencia: Fernando Torres, 1980.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília: UnB, 1999.

BOMBASSARO, Luiz Carlos. *As fronteiras da epistemologia: como se produz o conhecimento*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

BORGES, Sherrine Njaine. *Metamorfoses do corpo: uma pedagogia freudiana*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL, Conselho Federal de Psicologia e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. *Direitos Humanos: uma amostra das unidades de internação de adolescentes em conflito com a lei*. Brasília, maio de 2006.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL, Decreto-lei Federal nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal brasileiro.

BRASIL, Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville – Autos sob nº 038.04.003149-4 – Juiz Alexandre Morais da Rosa – j. em 14.06.2004.

BRASIL, Lei Federal nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Código de Menores.

BRASIL, Lei Federal nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal. Diário do Congresso (Seção II), Brasília, de 29 de março de 1984.

BRASIL, Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

BRASIL, Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil brasileiro.

BRASIL, Lei Federal nº 10.216, de 06 de abril de 2001.

BRASIL, Ministério da Justiça. *A razão da idade: mitos e verdades*. Tomo VII, Brasília: MJ/SEDH/DCA: CONANDA, 2001 (Série Subsídios).

BRASIL, Partido dos Trabalhadores. *Carta aberta*. Rio de Janeiro: Núcleo Maria Amélia Buarque de Hollanda, 2006.

BRASIL, PESQUISA CIRANDA/Rede ANDI. Cobertura de deficiência não reflete a realidade. Revista *A criança e o adolescente na mídia Paraná*. Curitiba, Ano III, número III, , p. 52-55, jan./dez. 2002.

BRASIL, STJ – Resp. 493.811/SP (2002/01696619-5) – Segunda Turma – Rel. Min. Eliana Calmon – por maioria – j. em 11.11.2003 – DJ 15.03.2004, p. 236.

BRONOWSKI, Jacob. *As origens do conhecimento e da imaginação*. 2ª ed. Brasília: UnB, 1997.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALCIOLARI, Silvia. *Ex-presos políticos e a memória social da tortura no Paraná*. Curitiba: Assembléia Legislativa do Paraná, 2006.

CAMPOS, German J. Bidart. *Filosofia Del derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1969.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1982.

CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antonio Cardinalli. Campinas: Conan, 1995.

CENCI, Angelo Vitório. *A transformação apeliária da ética de Kant*. Passo Fundo: EDIUPF, 1999.

CHALMERS, Alan F. *O que é ciência afinal?* Trad. Raul Fiker. São Paulo: Brasiliense, 1993.

CHOMSKY, Noam. *Linguagem e mente: pensamentos atuais sobre antigos problemas*. Trad. Lúcia Lobato. Brasília: UnB, 1998.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Acadêmica; Curitiba: Scientia et Labor, 1988.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. Curitiba: L. F. Coelho, 1987.

COHN, Gabriel. *Crítica e resignação: Max Weber e a teoria social*. São Paulo: Martins Fontes, 2003 (Tópicos).

COSSIO, Carlos. *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Arayú, 1954.

COSTA, Álvaro Mayrink. *Criminologia*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Segurança pública e o direito das vítimas*. Separata da Revista da Ordem dos Advogados Portugueses, Lisboa, Ano 65, III, p. 863 a 877, dezembro de 2005.

COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade: ou como a lei penal retroage em prejuízo do acusado; a lei escrita não é a única fonte do direito penal; existe analogia “in malam partem”; as palavras da lei penal são vagas e ambíguas*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

D'AMARAL, Márcio Tavares. *O homem sem fundamentos: sobre linguagem, sujeito e tempo*. Rio de Janeiro: UFRJ; Tempo Brasileiro, 1995.

DAVID, Pedro R. *Sociología criminal juvenil*. 5ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1979.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara e OLIVEIRA, Thales Cezar. *Estatuto da criança e do adolescente*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DESCARTES, René. *Discurso do método: para bem conduzir a própria razão e procurar a verdade nas ciências*. Trad. de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior, 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Os Pensadores).

DIMENSTEIN, Gilberto. *O cidadão de papel: a infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil*. 16ª ed. São Paulo: Ática, 1999.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito: definição e conceitos básicos; norma jurídica; fontes, interpretação e ramos do direito; sujeito de direito e fatos jurídicos; relações entre direito, justiça, moral e política; direito e linguagem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DOLTO, Françoise. *Tudo é linguagem*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Trad. René Ernani Gertz. Brasília: UnB, 1986 (Cadernos da UnB).

ERICEIRA, João Batista. *Como decidem os juízes no Estado do Maranhão*. São Luís: EDUFMA, 1994.

FALBO, Ricardo Nery. *Natureza do conhecimento jurídico: generalidade e especificidade no direito da criança e do adolescente*. Porto Alegre: Safe, 2002.

FABRIZ, Dauri Cesar. *A estética do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 20ª ed., Petrópolis: Vozes, 1999.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996 (Coleção Leitura).

FREIRE, Paulo. *Educação e atualidade brasileira*. São Paulo: Cortez: Instituto Paulo Freire, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flavio Paulo Meurer. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002 (Pensamento Humano).

GOMIDE, Paula. *Menor infrator: a caminho de um novo tempo*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2005.

GRAU, Eros. *La doppia destrutturazione del diritto: una teoria brasiliana sull'interpretazione*. Milano: Unicopli, 1996.

GRIMAL, Pierre. *Os erros da liberdade*. Campinas: Papyrus, 1990.

GROPPALI, Alessandro. *Introdução ao estudo do direito*. Trad. Manuel de Alarcão. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1978.

GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

HERMANN, Leda. *Violência doméstica: a dor que a lei esqueceu*. Comentários à lei nº 9.099/95. Campinas: Cel-Lex, 2000.

HIRECHE, Gamil Föppel el. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1986 (Coleção Documentos Brasileiros, vol. 1).

HUME, David. *Investigação acerca do entendimento humano*. São Paulo: Abril Cultural, 1992 (Os Pensadores).

JACKSON, Don D; BEAVEN, Janet Helmick; e WATZLAWICK, Paul. *Pragmática da comunicação humana*. 14ª. São Paulo: Cultrix, 2004.

JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JAPIASSU, Hilton. *Questões epistemológicas*. Rio de Janeiro: Imago, 1981 (Série Logoteca).

JECUPÉ, Kaka Werá. *Todas as vezes que dissemos adeus*. (Oré awé roiru'a ma). 2ª ed. São Paulo: Triom, 2002.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger, 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991 (Os Pensadores; 7).

KEHZ, Maria Rita. *Sobre ética e psicanálise*. São Paulo: Companhia da Letra, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984 (Coleção Studium).

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KONDER, Leandro. *Hegel: a razão quase enlouquecida*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

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

LABANCA, Luís Edmundo. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

LACAN, Jacques. *O seminário, livro 11: os quatro conceitos fundamentais da psicanálise*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

LACAN, Jacques. *Os complexos familiares*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002 (Campo Freudiano no Brasil).

LAPLANCHE, Jean. *Vocabulário de psicanálise*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

LUHMANN, Niklas e DE GEORDI, Raffaele. *Teoria de la sociedad*. Trad. Miguel Romero Pérez y Villalobos. Guadalajara (México): Universidad de Guadalajara; Universidad Iberoamericana; Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993 (Colección Labirinto de Cristal).

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Círculo do Livro, 1990 (Coleção Primeiros Passos – volume 16).

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Cívitas, 1995 (Cuadernos Cívitas).

MACCORMICK, Neil. *Derecho legal y socialdemocracia: ensayos sobre filosofía jurídica y política*. Trad. Maria Lola González Soler. Madrid: Tecnos, 1990.

MACPHERSON, Crawford Brough. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios*. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MANERO, Juan Ruiz e ATIENZA, Manuel. *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta, 2000.

MARÇURA, Jurandir Norberto; CURY, Munir e PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho et alii. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

MARTON, Scarlet. *Nietzsche: das forças cósmicas aos valores humanos*. São Paulo: Brasiliense, 1990.

MAY, Rollo. *O homem à procura de si mesmo*. 20ª ed., Petrópolis: Vozes, 1994.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- MELMAN, Charles. *O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço*. Entrevistas por Jean-Pierri Lebrun. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003.
- MELO, Oswaldo. *Fundamentos políticos do direito*. Porto Alegre: Safe; CPGD-UFSC, 1994.
- MELLO, Sérgio Vieira de. Entrevista. Revista Veja, São Paulo, edição sob nº 1763, ano 35, nº 31, p. 11-15, 07 ago. 2002.
- MENA, Fernanda. *Infância: mãe lidera violação de direito infantil*. Jornal Folha de São Paulo, Cotidiano, 22 de junho de 2005.
- MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. São Paulo: Martins Fontes, 1996 (Coleção Tópicos).
- MESTIERI, João. *Teoria elementar do direito criminal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990.
- MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Trad. Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991.
- MIRANDA, Pontes de. *O problema fundamental do conhecimento*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999.
- MOORE JR, Barrington; MARCUSE, Herbert; e WOLFF, Robert Paul. *Crítica da tolerância pura*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.
- MORAIS, José Luís Bolzan de. *A idéia de direito social: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: UFMG/FAFICH, 1999, apresentação.
- MORENO, Arley M. *Wittgenstein: os labirintos da linguagem; ensaio introdutório*. São Paulo: Moderna; Campinas: Unicamp, 2000 (Coleção Logos).

MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1988.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem e Violência: elementos de uma teoria constitucional*, I. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Safe, 1995.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral: um escrito polêmico*. Trad. Paulo Cezar Souza. São Paulo: Brasiliense, 1987.

NIETZSCHE, Friedrich. *Fragmentos finais*. Trad. Flávio R. Kothe. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002.

NOLETO, Mauro Almeida. *Subjetividade jurídica: a titularidade de direitos em perspectiva emancipatória*. Porto Alegre: Safe, 1998.

NORTE, Sérgio Augusto Queiroz. *Bakunin: sangue, suor e barricadas*. Campinas: Papyrus, 1988.

NUNES, Brasilmar Ferreira. *Sociedade e infância no Brasil*. Brasília: UnB, 2003.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso. *Razão e afetividade: o pensamento de Lucien Lévy-Brühl*. 2ª ed. Brasília: UnB; Paralelo 15, 2002.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. *Humanismo hoje*. Porto Alegre: Associação Humanista do Estado do Rio Grande do Sul, 2000.

ORTEGA Jr., Rubens Robles. *Mudança no ensino fundamental*. Jornal Gazeta do Povo. Caderno Paraná. Seção Opinião. Curitiba, 1º de fevereiro de 2007.

PAIVA, Luís Henrique. *Weber e Popper: filosofia das ciências sociais*. São Paulo: Unimep, 1997.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *A voz do povo*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 12, nº 139, p. 16, jun. de 2004.

PALOMBA, Federico. *El sistema del nuevo proceso penal del menor*. Trad. Silvana Sciarini. Buenos Aires: Eudeba, 2004.

PAULA, Paulo Afonso Garrido. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PEIRCE, Charles Sanders. *Escritos coligidos: gramática especulativa*. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *MST, eficiência e justiça*. Brasília: Revista Jurídica Consulex, Ano IX, nº 198, p. 13, 15 de abril de 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERELMAN, Chaïn e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chäim. *Lógica jurídica: nova retórica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro: Maanaim, 2007.

PIERANGELI, José Henrique e ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PEIRCE, Charles Sanders e FREGE, Johann Gottlob. *Escritos coligidos*. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

POLITZER, Georges. *Princípios elementares de filosofia*. Trad. Silvio Donizete Chagas. 2ª ed. São Paulo: Centauro, 2001.

POPPER, Karl. *O racionalismo crítico na política*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. 2ª ed. Brasília: UnB, 1994.

POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. Brasília: UnB, 1978.

PRATES, Flávio Cruz. *Adolescente infrator: a prestação de serviços à comunidade*. Curitiba: Juruá, 2002.

PUIG, Santiago Mir et alii. *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

RAMIDOFF, Mário Luiz. Ministério Público substancial: por uma atuação cidadã, ética e independente. In CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 14º, Livro de Teses: *O Ministério Público e a cidadania plena*. Recife, Vol. 3, p. 11-16, 2001.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Trajetórias jurídicas: desafios e expectativas*. Florianópolis: Habitus, 2002.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *A redução da idade penal: do estigma à subjetividade*. 2002. 216 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Direito Penal Juvenil: quem garante os jovens desta “bondade punitiva”?* Revista da ESMESC, Florianópolis, Ano 9, Vol. 15, p. 151 a 169, jun. de 2003.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Comportamento humano: Berê e os psicodiagnósticos*. Jornal Estado do Paraná. Caderno Direito e Justiça, 14 de junho de 2003.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Pragmática transcendental*. Jornal O Estado do Paraná, Curitiba, 23 maio 2004. Direito e Justiça, p. 01.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Espetáculo público da barbárie: plano “b”!* Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal. Porto Alegre, Ano II, nº 7, p. 38 a 53, ago./set. de 2005.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas*. Curitiba: Juruá, 2005.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *O cuidado com a saúde mental infanto-juvenil*. Jornal Gazeta do Povo. Caderno Opinião. Segunda-feira, 15 de dezembro de 2006.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lei de Diretrizes Sócio-Educativas: Processo ou Procedimento?*

http://www.abmp.org.br/sites/ramidoff/publicacoes/Portal_ABMP_Publicacao_494.doc – acesso em 9 de maio de 2007.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Processualidade Ambiental*.

<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2745> – acesso em 9 de maio de 2007.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A inconstitucionalidade do direito penal do terror*. Curitiba: Juruá, 1991.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: UnB, 1981 (Coleção Pensamento Político, 50).

RESWEBER, Jean-Paul. *A filosofia da linguagem (La Philosophie du Langage)*. Trad. Yvone Toledo e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix: Universidade de São Paulo, 1982.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Elinor Eschholz. *Alfabetização aos 6 anos*. Jornal Gazeta do Povo. Caderno Paraná. Seção Opinião. Curitiba, 8 de fevereiro de 2007.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização; jurisdicionalização; consensualismo e prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Florianópolis: Habitus, 2002.

ROSA, Alexandre Morais da. *Direito infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror*. Florianópolis: Habitus, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SÁ, Alvino Augusto de. *Algumas questões polêmicas relativas à psicologia da violência*. Revista *Ultima Ratio*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, Ano I, nº 0, p. 257 a 270, 1º sem. 2006.

SABADELL, Ana Lúcia. *Tormenta juris permissione: tortura e processo penal na Península Ibérica (séculos XVI – XVIII)*. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2006 (Coleção Pensamento Criminológico, nº 13).

SAINT-SERNIN, Bertrand. *A razão no século XX*. Trad. Mário Pontes. Brasília: UnB; Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

SÁNCHEZ, Mauricio Martínez. *La abolición del sistema penal: inconvenientes en latinoamérica*. Bogotá: Temis, 1990.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 3ª ed. Curitiba: Fórum, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Mariza Veloso Motta e MADEIRA, Maria Angélica. *Leituras brasileiras: itinerários no pensamento social e na literatura*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

SARAIVA, João Batista da Costa. *Direito penal juvenil, adolescente e ato infracional, garantias processuais e medidas socioeducativas*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARAIVA, João Batista da Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral; uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARAIVA, João Batista da Costa. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Crítica da filosofia kantiana*. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).

SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996 (Colección de Estudios nº 7).

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SHEPHERD, Michael. *Sherlock Holmes e o caso do Dr. Freud*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1987.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa (Qu'est-ce que le tiers état?)*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral, MENDEZ, Emílio Garcia e CURY, Munir (Coords). *Estatuto da criança e do adolescente: comentários jurídicos e sociais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Elisa Maria Corrêa. *O ECA e o ato infracional: 15 anos de falta de boa vontade*. Revista Del Rey Jurídica, Belo Horizonte: Del Rey, ano 8, nº 16, p. 78-79, 1º sem. de 2006.

SIQUEIRA, Liborni (coord.). *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os direitos da criança e os direitos humanos*. Porto Alegre: Safe, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

- SURGIK, Aloísio. *Gens gothorum: as raízes bárbaras do legalismo dogmático*. 2ª ed. Curitiba: Livro é Cultura, 2004.
- TAILLE, Yves de La. *Limites: três dimensões educacionais*. 3ª ed. São Paulo: Ática, 2002.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- THIS, Bernard. *O pai: o ato de nascimento*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1987.
- TORRES, Jesus García e JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Cívitas, 1986 (Cuadernos Cívitas).
- TOYNBEE, Arnold Joseph. *Toynbee sobre Toynbee: colóquio entre Arnold J. Toynbee e G. R. Urban*. Brasília: UnB, 1981.
- VALLE, Bortolo. *Wittgenstein: a forma do silêncio e a forma da palavra*. Curitiba: Champagnat, 2003 (Coleção Filosofia, 2).
- VELHO, Gilberto. *Subjetividade e sociedade: uma experiência de geração*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986 (Antropologia Social).
- VERONESE, Josiane Rose Petry. *Entre violentados e violentadores?* São Paulo: Cidade Nova, 1998.
- VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito da criança e do adolescente*. Florianópolis: OAB/SC, 2006.
- VERONESE, Josiane Rose Petry e SILVA, Moacyr Motta da. *A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Ltr, 1998.
- VERONESE, Josiane Rose Petry; SOUZA, Marli Palma e MIOTO, Regina Célia Tamasso (orgs.). *Infância e adolescência, o conflito com a lei: algumas discussões*. Florianópolis: Boiteux, 2001.
- VERONESE, Josiane Rose Petry e PETRY, João Felipe Correa. *Adoção internacional e mercosul: aspectos jurídicos e sociais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudência (Topik und Jurisprudenz)*. Trad. Luís Díez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1986.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

VOLPI, Mário (org.). *Adolescentes privados de liberdade: a normativa nacional e internacional e reflexões acerca da responsabilidade penal*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1998.

VOLPI, Mário. *Sem liberdade, sem direitos: a privação de liberdade na percepção do adolescente*. São Paulo: Cortez, 2001.

VYGOTSKY, Lev Semenovich. *Pensamento e linguagem*. Lisboa: Antídoto, 1979 (Coleção Universidade, 6).

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei*. Temas para uma reformulação. Vol. I, Porto Alegre: Safe, 1994.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Safe, 1995.

WARAT, Luiz Alberto e CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *Ensino e saber jurídico*. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977.

WELZEL, Hans. *Estudios de derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2003.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1993.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Idéias e instituições na modernidade jurídica*. Revista Seqüência, Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis: CPGD-UFSC, Ano 16, nº 30, p. 17-23, jun. 1995.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. V. 1. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2007 (Coleção Pensamento Criminológico, nº 14).

ZAGREBELSKI, Gustavo. *Manuale di diritto costituzionale: il sistema delle fonti del diritto*. Vol. I, Torino: UTET, 2000.

ZAZZO, René. *Onde está a psicologia da criança?* Trad. Nícia Adan Bonatti, Campinas: Papirus, 1989.