

4. INFÂNCIA E JUVENTUDE

4.2

MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS

LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL

Resumo: O presente trabalho objetiva fornecer subsídios para a compreensão e discussão das medidas sócio-educativas e outros problemas críticos da legislação especial partir do enfoque do poder disciplinar, que se renova e aparece como fator limitante das potencialidades transformadoras do ECA.

Palavras-chave: ECA – Medidas sócio-educativas – Menoridade penal.

Um balanço das medidas sócio-educativas depois de mais de dez anos de vigência do ECA é tarefa que nos leva ao desencantamento e à desesperança, pois não é necessária a aplicação de qualquer saber específico para constatarmos que as coisas vão de mal a pior.

Basicamente sabemos que as medidas sócio-educativas são mal aplicadas e mal executadas, do que resulta o sentimento de inoperância do Estatuto, a partir do que afloram tendências revisionistas ou reformadoras num ou noutro sentido.

A promulgação do ECA veio acompanhada de um discurso modernizador e libertador que se estabeleceu em contraposição ao autoritário Código de Menores.

Esse discurso modernizador e libertador colocou-se assim entre o passado e o futuro, o dado e o por fazer. Por consequência, a experiência do ECA foi e vem sendo marcada pelas incertezas inerentes a esse contexto de construção, no qual pensamos saber o que não repetir a partir da experiência adquirida e aquilo que desejamos em termos ideais.

Não existem vida e sociedade sem experiência e utopia, mas é razoável supor que experiência não se confunde com certeza, e nem utopia com ilusão. O desencantamento e a desesperança são próprios daqueles que trocam experiência e utopia por certeza e ilusão, seja qual for o sentido em que isso possa ser compreendido: românticos e revolucionários a empunhar a bandeira estatutária de um lado, e de outro árcades e conservadores entrincheirados a aguardar o momento da restauração.

Enquanto a batalha final é aguardada, o barco afunda e as águas revoltas trazem todos, quase sem exceção, salvo os meninos e meninas aos quais em algum lugar e pouco antes de sua morte Darcy Ribeiro deu toda razão: eu também preferiria viver nas ruas, ou coisa semelhante disse ele.

Estar em situação de exclusão pode ser uma estratégia de sobrevivência, mas o que pretendemos destacar aqui é que as ruas têm um sentido de negação das estruturas em que se funda nossa sociedade. Quando não mais houver família, sociedade e estado, quando tudo tiver submergido nas águas revoltas de nossas certezas e ilusões, ainda então haverá um menino de rua; e então estaremos nós a reinventar um estatuto e um código penal qualquer, a reinventar a Família, a Sociedade e o Estado.

A principal e maior certeza a respeito do ECA é o seu caráter modernizador e libertador, ao que dedicamos agora a nossa atenção, especialmente em relação às medidas sócio-educativas, que não podem ser vistas em destacado do ato infracional.

O binômio ato infracional/medida sócio-educativa aparece no ECA como conquista liberal, em oposição à idéia de ato anti-social, compreensiva de desvio de conduta e conduta criminal tal qual escrito no Código de Menores. Assim todos proclamamos essa primeira certeza.

Entretanto e ao contrário, a experiência demonstra que as coisas não são bem assim. Até que ponto denominar ato infracional o que é crime tem algum caráter inovador é pergunta que devemos responder, bem como até que ponto essa construção lógico-jurídica repele a noção de ato anti-social.

As coisas são como são, ou como elas parecem ser? O Prof. Geraldo Ataliba costumava dizer que as coisas são como são, pouco importam os nomes dados a elas. A antiga TRU, Taxa Rodoviária Única, era um imposto mesmo, e não uma taxa como a lei denominava, pois a sua estrutura indicava isso. Não é difícil perceber que crime é crime, e que o crime denominado ato infracional não pode ser outra coisa senão crime mesmo.

O crime de um adolescente é um fato criminoso, portanto, ainda que sua compreensão possa se dar de maneira um pouco diferenciada a partir da noção de que seu autor é uma pessoa em desenvolvimento.

O fato criminoso praticado pelo adolescente se qualifica como ato infracional, e como tal haveria de apresentar um significante diferenciado por causa da condição de seu autor e em relação ao adulto.

A sociedade porém não percebe assim. Um importante destinatário da mensagem modernizadora e libertadora do ECA compreende o garoto maltrapilho e zureta como criminoso. Claro que a mídia constrói essa imagem. Óbvio que a polícia, o legislativo etc. criam tal realidade. Mas justamente porque se trata de uma realidade é que ato infracional é crime, e criminoso é o seu autor, conforme pensa a sociedade.

Nós, os operadores do direito, temos entretanto o saber acumulado que nos permite a certeza de que o problema não pode se resolver assim de maneira tão simplista, e portanto reafirmamos o caráter modernizador e libertador do ECA.

O argumento central são as medidas sócio-educativas, que, dados os seus princípios inspiradores, revelam um caráter não-penal, ou, noutras palavras, de índole promocional e educativa. Um tolo pode crer nisso, e para tanto haverá de

fazer de conta: não existem Febens, não há mortandade na execução de liberdade assistida e assim por diante.

Mas o operador do direito haverá de se questionar mais a fundo. Internação é privação de liberdade, liberdade assistida não é diferente de regime aberto ou de um livramento condicional, prestação de serviços à comunidade é isso mesmo, e assim por diante: todas as medidas sócio-educativas são penas.

Afirmar que a aplicação das medidas sócio-educativas tem caráter promocional em razão de seus objetivos pedagógicos e por força da doutrina da proteção integral pode parecer um argumento válido. Mas por acaso alguém, em sã consciência, ou algum país civilizado (o que obviamente exclui as nações que adotam pena de morte e etc.), alguma vez negou que um mínimo de caráter ressocializador deve existir na pena aplicada ao adulto, que, bom ou mau filho, à casa torna, isto é, retorna à sociedade?

O que nos parece primeiro importante destacar é que a certeza de uma legislação modernizadora e libertadora é falsa. Ontologicamente, nenhuma diferença há entre crime e ato infracional, como nenhuma diferença há entre pena e medida sócio-educativa.

Criou-se toda uma tecnologia legal, e engendrou-se todo um discurso teórico a respeito do ato infracional a fim de justificar-se a lei e seus mecanismos, mas de fato as coisas são elas próprias, e não o que nossa certeza afirma.

Isso não se limita ao binômio ato infracional/medida sócio-educativa em referência ao direito penal. É válido também para o exame da substituição do Código de Menores pelo ECA. Nesse particular, o que mais impressiona é a persistência da categoria “desvio de conduta”, ou mais amplamente “ato anti-social”.

O discurso corrente afirma que tais categorias desapareceram com a vigência do ECA, o que se confirma em primeira leitura do texto legal, pois nenhuma referência é feita ao ato anti-social, ao desvio de conduta. Mas na verdade isso não ocorreu, e sutilmente essas categorias estão a operar no interior do sistema como fatores condicionantes da interpretação e aplicação do direito.

Para a demonstração de tal afirmação, recorremos ao mecanismo legal da remissão e ao instrumento do parecer da equipe interprofissional previstos na lei.

A remissão, especialmente aquela ofertada pelo Ministério Público, se fundamenta no discurso legislativo e doutrinário a partir da idéia de que o procedimento judicial é em si negativo e deve ser evitado. Qualquer semelhança com as *Misérias do processo penal* de Cernelutti não é gratuita.

Por força dela, a remissão, uma medida sócio-educativa pode ser aplicada, salvo a privação de liberdade. A Súm. 108 do STJ, que confere ao Juiz o poder exclusivo de aplicação da medida, é irrelevante. O fato é que a remissão permite a imposição de uma medida sócio-educativa sem decisão judicial sobre a procedência da imputação de ato infracional.

O efeito mais imediato desse mecanismo previsto na lei não é o obstáculo às agruras do processo. Ao contrário, o que a remissão permite é evitar o princípio do devido processo legal e todas as suas consequências.

Se o comportamento imputado ao adolescente é realmente típico, se há realmente provas de que ele ocorreu ou se essas provas são lícitas, se presente ou não uma causa excludente da antijuridicidade como a legítima defesa, se há desvalor na conduta e tantas outras coisas como a defesa técnica e a ampla defesa, tudo isso se torna indiferente à possibilidade da remissão.

O que resta nesse contexto só pode ser o desvio de conduta, o ato anti-social, ou, segundo a terminologia do direito penal, a punição conforme critérios de culpabilidade do autor, sua personalidade, seus hábitos, sua posição social, sua família etc.

Ou alguém tem dúvida de que um adolescente usuário de entorpecentes, sem trabalho, morador de favela e inserido numa família desestruturada não receberá a remissão com liberdade assistida se cometer um ato infracional impossível à semelhança do crime impossível?

Parece sofisticado, mas na verdade não é. A remissão propicia a punição a despeito do princípio do devido processo legal, e sem negar a sua validade como valor democrático. Pela via da remissão os velhos conceitos repudiados pelas nossas certezas retornam à cena.

Se a remissão é algo com sabor de novo para alimentar velhas necessidades, o parecer da equipe interprofissional exigido pela lei é um velho tempero de todos nós conhecido.

Diz a lei que a equipe interprofissional goza de autonomia, emprestando-lhe um caráter de soberania técnica que concorre para a construção da decisão judicial. O óbvio a rigor não deveria ser dito, salvo se entendermos a autonomia como reação corporativa ao corporativismo preponderante do estamento forense.

Seja como for, e aqui qualquer semelhança com os nossos velhos e conhecidos laudos psiquiátricos não é gratuita, o que constatamos no cotidiano é a introdução de um mecanismo pomposo pelo qual o poder e o saber de outros ramos do conhecimento exercem ingerência no processo, de modo a modelar e justificar a punição demandada pela sociedade e desejada pelo direito.

Assistentes sociais e psicólogos invadem a privacidade do adolescente, rompem o véu da família nuclear, expõem as feridas da comunidade e descrevem o velho e conhecido elemento desestruturado e perigoso a exigir punição. Se vier a confissão, seja até por meio da mãe ou da avó do adolescente infrator, já não fará qualquer sentido jurídico a defesa técnica e a audiência de apresentação. O caráter confessional desses laudos, que também é muito apreciado nos exames periciais de execuções criminais, é evidente.

Se além da confissão se obtiver o arrependimento, ótimo, e já então talvez nem faça muito sentido outra solução que não a remissão. Do contrário, se à confissão seguir-se a demonstração de frieza ou indiferença perante ato infracional — como esses termos são apreciados! —, o garoto-problema, a família-problema e o ambiente-problema haverão de ser tratados; verdadeiramente punidos com a aplicação de uma medida sócio-educativa.

A função dos laudos interprofissionais é a satisfação da curiosidade estatal, que o devido processo legal impede, e a preservação da autoridade judiciária dos riscos inerentes a tal pesquisa.

Que pode haver de modernizador nisso tudo é a pergunta a ser respondida. O discurso da proteção integral é prisioneiro de velhas necessidades do sistema. O que parece moderno, e que além de parecer foi construído para sê-lo, não é.

Se é possível reconhecer o ato infracional e aplicar a medida sócio-educativa de acordo com os parâmetros garantistas que inspiram nosso ordenamento jurídico, ótimo; se isso não for possível, ou mesmo para que isso seja possível, é fácil diluir o devido processo legal e o garantismo no interior do próprio sistema, de modo a legitimar a aplicação da medida a qualquer preço: a remissão e os laudos interprofissionais se prestam a isso, embora não exclusivamente eles e a isso.

Não é difícil perceber que essa análise leva à negação de qualquer sentido modernizador no trato do ato infracional pelo ECA. A conhecida sociedade disciplinar de Foucault está por trás do ECA, como estava bem na frente do Código de Menores.

O termo legal *medida sócio-educativa* é em si disciplinar, ainda que não pareça pena. Mas pena e medida sócio-educativa têm o mesmo conteúdo repressivo e o mesma finalidade disciplinar.

Em época recente o controle da sexualidade infantil e adolescente permitiu a construção do modelo disciplinar – incluía-se nisso a Aids nos dias de hoje. A complexidade da sociedade moderna exige o controle de desejos de consumo e posse e de manifestações contestatórias como a droga, e mesmo de manifestações negatórias da sociedade e suas estruturas, como a indiferença perante o ato infracional, a tendência mórbida ou inconsciente de morte na aventura da drogadição e do crime, a pichação e, finalmente, a liberdade de morar nas ruas a que se referiu Darcy Ribeiro.

Gostaríamos nesse ponto de recorrer a um termo da literatura de Foucault que nos parece apropriado. Foucault se utiliza das políticas relacionadas à lepra e à peste para identificar duas formas de controle político que se sucederam, substituindo-se o modelo excludente do isolamento de leprosos pelo modelo inclusivo de controle da peste e consistente em medidas de saúde pública.

Segundo ele, essa substituição do modelo de exclusão pelo modelo de inclusão tem papel histórico relevantíssimo e consiste na “invenção das *tecnologias positivas de poder*”. A tecnologia positiva de poder não é excludente, marginalizante; ao contrário, é inclusiva, observa, fabrica e se reproduz a partir de seus próprios efeitos (2001:59-60).

Estamos aí com as medidas sócio-educativas e todo o discurso da proteção integral a defender a excepcionalidade e brevidade da privação da liberdade, bem como o caráter pedagógico das medidas.

Não sabemos se seria rigorosamente justo e correto dizer que a substituição do Código de Menores pelo ECA é um marco divisor entre as tecnologias negati-

vas e positivas de poder, mas nos parece absolutamente correto que é nesse contexto que deve ser situado o debate sobre o Estatuto.

No momento em que se discutem a elegibilidade e execução das medidas sócio-educativas, o pano de fundo é a tensão entre tecnologias negativas e positivas previstas no ECA, opondo-se, por exemplo, a internação à advertência.

Uma noção bastante corrente concebe o Estatuto como instrumento que restringiu os poderes ditatoriais do Juiz de Menores. A leitura do Código de Menores como instrumento legislativo autoritário fatalmente induz à caracterização do Juiz que o operava como autoritário, o que de fato era.

Admitido que o ECA restringe os poderes ditatoriais do Juiz de menores, três perguntas devem ser formuladas: a quem os poderes do Juiz foram entregues? Esses poderes estão sendo exercidos de modo não autoritário? E o Juiz de Infância, tornou-se menos autoritário?

A repartição de poderes deve ser compreendida a partir das regras legais relativas às competências dos operadores do ECA. *Grosso modo*, podemos afirmar que no sistema vigente encontram-se bem delimitadas as funções de polícia, de Ministério Público, de Juiz e de execução da pena em conformidade com as noções clássicas e formais do processo.

Além da novidade da remissão e da persistência do exame pericial já analisadas, o elemento novo trazido pelo ECA foi a declaração explícita das responsabilidades do Estado e da sociedade, que tem grande importância na execução das medidas sócio-educativas.

A responsabilidade estatal, de acordo com um princípio de descentralização, abrange todas as esferas de governo e deságua nos municípios. Repetir o óbvio é necessário: isso não vem funcionando e causa danos sensíveis na execução das medidas sócio-educativas.

O fundamental, porém, não é a constatação, mas a interpretação dos motivos pelos quais a responsabilidade estatal é nenhuma. Não fazer, omitir-se, é uma atitude política. Os juristas, tão afeitos à noção do crime comissivo por omissão, não têm dificuldades em compreender que essa atitude política do Poder Público é uma forma de exercício de poder.

Trata-se do poder em símbolo, legalmente competente para fazer e cuja deliberação pode ser executada a qualquer tempo, mas que se resguarda na força potencial dessa mesma competência e parece nada fazer.

Não é um poder que tudo pode e tudo controla, e conseqüentemente se mostra repressivo. É um poder que diz cuidar de todo mundo e não cuida de ninguém. É o poder da sociedade de risco, na qual cada pessoa está lançada à própria sorte e, se perdedora, há de prestar contas ao sistema disciplinar.

Na execução das medidas sócio-educativas, não fazer nada é deixar o infrator ajustar-se com o sistema disciplinar tal qual a lógica que o levou a tanto: por sua conta e risco. É o poder de reproduzir o saber e o poder ininterruptamente. E de multiplicar infratores.

Vejamos agora a sociedade. A tradição liberal concebe a sociedade em oposição ao Estado. A imagem do pacto social pode ser correta ao observador de outras realidades nas quais a idéia de representação e reserva de poderes, e conseqüentemente de responsabilidade individual e coletiva, existe.

Haverá isso no Brasil? A doutrina que fundamenta nossa teoria jurídica e política é sustentável? Onde estão a consciência da representação, a certeza da titularidade de direitos e da individualidade? Tais dúvidas certamente nos impedem de entender exatamente o que é a sociedade cuja responsabilidade clama o ECA. Serão responsáveis os membros individuais da sociedade, serão responsáveis as microcoletividades como as ONGs? Se são, o que fazem no trato do ato infracional e das medidas sócio-educativas?

Sabemos de alguns raros casos, mas pessoalmente nunca vimos uma igreja, um clube de serviços, uma empresa, uma ONG e o que mais for apresentar-se para assumir a execução de medidas sócio-educativas.

Que sociedade é essa, o que ela faz? Não fazer nada de novo é uma atitude política. E aqui a omissão é uma forma de exercício de poder consistente em pedir e legitimar a disciplina com a qual cada perdedor haverá de se entender por sua conta e risco.

Essa sociedade, esse estado, aquele instituto da remissão, aquele parecer interprofissional, são eles todos os que receberam por transferência da lei os poderes autoritários do Juiz de Menores.

O crime qualificado pela insídia é agravado. Não conhecemos formas mais autoritárias de poder do que aquelas que não se mostram como tal. Essa pode ser uma conclusão lamentável e não desejada, mas o fato é que a transferência de competências operada pelo ECA só resultou na mudança dos sujeitos e não reflete uma mudança da estrutura, que é disciplinar.

Nesse contexto, poderíamos esperar o que do Juiz da Infância e Juventude? Por certo não se tornou ele menos autoritário. Menos ditatorial, sim, pois dividiu seus poderes. Mas nem por isso mais democrático!

Se o sistema é disciplinar, se os mecanismos ditos alternativos, como a remissão, servem de burla ao devido processo legal, e se a execução de uma decisão judicial corresponde a um ato de sorte do infrator, que esperar do Juiz se não o exercício do poder disciplinar em seu grau mais exacerbado, que é a internação?

Mais uma vez retornamos ao mesmo ponto: é a disciplina que precisa ser problematizada e superada. Muito pouco resolve a discussão da elegibilidade das medidas sócio-educativas. Claro que delas não se pode descuidar, mas é preciso compreender que a rigor o problema da elegibilidade só existe em razão da previsão normativa de dois modelos antagônicos de tecnologia de poder, o negativo e o positivo, faces da mesma moeda.

Na perspectiva do sistema disciplinar tal qual por nós visto aqui, é mais importante discutir a execução das medidas sócio-educativas do que elas próprias. Assim, faz todo sentido a proposição do Conanda nas Diretrizes Nacionais para a

Política de Atenção Integral à Infância e à Adolescência, que em seu item 5.4 critica o desvio do foco da discussão do sistema de atendimento para a aplicação das medidas sócio-educativas.

Saber, porém, as possibilidades de extinção da internação nos moldes das Febens, garantir o devido processo legal e a menoridade penal, e efetivar a municipalização como traçado naquele plano, isso é outro e quase insolúvel problema no sistema disciplinar.

É importante destacar o problema da eficácia das medidas sócio-educativas, particularmente no que diz respeito àquelas cumpridas em meio aberto.

Tais medidas se caracterizam como tecnologias positivas, e portanto inclusivas, na medida em que se opõem à internação. Conforme observado em pesquisa do Núcleo de Pesquisas do IBCCrim (2000:60-61), a opção por tais medidas, quando ocorre, não se dá por adesão ao modelo de intervenção positiva, mas pela suspeita de ineficácia do modelo negativo. De outro lado, opta-se pelo modelo negativo em razão da suspeita de ineficácia do modelo de intervenção positiva.

Por óbvio que a referência disso tudo, e mais que referência, o modelo visto ainda como ideal, é o negativo, de confinamento, excludente.

Isso mostra certo descompasso entre a lei e seus operadores, isso indica a percepção do modelo negativo como mecanismo disciplinar. Mas é preciso analisar a eficácia das medidas de intervenção positiva.

Imaginemos o sucesso das estratégias do Conanda antes referidas e a mudança do perfil do estamento forense para deixá-los para trás e colocarmos o seguinte problema: devidamente executadas as medidas em meio aberto, qual o resultado máximo que delas poderíamos esperar?

A resposta vem fácil na medida em que, mantido o paradigma da sociedade disciplinar, o que poderíamos esperar de medidas sócio-educativas bem executadas seria tão-somente disciplina.

Galbraith escreveu que “o rompimento da lei e da ordem e o sofrimento humano associado devem ser vistos como um evento totalmente previsível nas nações pobres”, o que precisa mudar (1996:55). Não é preciso ser gênio para relacionar pobreza como violência. Basta ser sensato e compreender que a pobreza em si já é um sofrimento que atinge o ser humano em todas as suas dimensões. Qual o potencial das medidas sócio-educativas para erradicar a pobreza nesse sentido, e conseqüentemente a escalada de violência e o sofrimento a ela associado?

Salvo se pensarmos em alguma redenção moral do indivíduo como forma de atenuação do sofrimento do pobre, salvo se pensarmos no caráter confessional do ECA a que nos referimos, salvo se pensarmos nos milagres operados nas igrejas de esquina, enfim, salvo se enxergarmos no poder disciplinar inerente às medidas sócio-educativas (em meio aberto ou não) alguma virtude, a resposta à nossa indagação é obviamente negativa.

A virtude da disciplina, podemos ver na “necessária” mas insuficiente terapia da psicologia, da arte, do trabalho e da educação. Necessária em razão da lógica disciplinar, insuficiente por causa dela.

Uma interessante categoria da sociologia é particularmente importante, seja pelo que explica do problema, seja pelo seu alcance, pois vai além da pobreza visível e alcança toda uma gama de infratores que aparentemente não teriam tantas ou grandes razões de ordem econômica para infracionar. Trata-se da noção de marginalidade avançada que, segundo Wacquant (2001:186-187), se opõe à idéia de marginalidade tradicional. Esta é decorrente do atraso, isto é, da pobreza, emendamos, e aquela decorre das transformações desiguais e desarticuladas dos setores sociais mais avançados.

Se olharmos para o menino favelado que infraciona, facilmente identificaremos o marginalizado tradicional; se olharmos para o filho do operariado decadente, veremos a segunda categoria. Daí o interesse em razão da abrangência da idéia.

Superar a pobreza em todas as suas dimensões é retirar o adolescente da exclusão social. As medidas sócio-educativas em meio aberto, porque formas de intervenção positivas, naturalmente tenderiam ao alcance dessa finalidade. Mas não alcançam, todos sabemos.

O rendimento máximo a se esperar de uma medida em meio aberto é a gestão da pobreza tradicional ou da marginalidade avançada, e mais nada. É a essência e a limitação do poder disciplinar. É a ilusão de fazer crer o menino favelado que mais vale a pena ser engraxate do que soldadinho do tráfico de entorpecentes. É a ilusão de que o *Show do Milhão* é real e que ninguém da classe média-baixa precisa seqüestrar seu apresentador e a filha dele para progredir na vida.

Outro problema que pode ser analisado sob a perspectiva dos modelos negativos e positivos de intervenção é o do rebaixamento da idade penal.

A fim de evitar qualquer mal-entendido, consignamos nossa oposição a qualquer tentativa de rebaixamento da menoridade penal, o que é inconstitucional e inútil, e por consequência de pouca inteligência.

A proposta de redação do art. 228 da Constituição da República formulada pelo Deputado Alberto Fraga em seu substitutivo à Emenda 151-A retira do texto constitucional a menoridade penal, conferindo à lei poderes de fixação, e indica um sistema pelo qual um laudo técnico aferirá a capacidade de entendimento e determinação do agente.¹

Diz o Deputado Alberto Fraga a certa altura de seu parecer que “não desejamos com isto penalizar os menores, mas sim atribuir responsabilidades para aqueles que têm condições plenas de discernir o certo do errado, bem como prever e avaliar as consequências de suas ações”.

Em nossa interpretação, a proposta deixa clara a tentativa do estabelecimento da chamada política de transferência, pela qual o adolescente a que se imputa a

(1) A redação é a seguinte: “Art. 228. A maioridade penal será fixada nos termos da lei, devendo ser observados os aspectos psicossociais do agente, aferidos em laudo técnico emitido por junta de saúde, que dentre outros quesitos avaliará a capacidade de se autodeterminar e de discernimento do fato delituoso”.

prática de uma infração penal fica sujeito à jurisdição especial ou comum conforme o grau de seu desenvolvimento.

Com apoio em Zimring (1998:14), pensamos que a política de transferência tem o valor simbólico de resolver o conflito de consciência diante do fenômeno da delinquência juvenil grave mediante a negação da própria juventude, pois o que se propõe é dizer que o autor de determinada infração grave não é adolescente, muito embora tenha idade de adolescente.

Problema especialmente delicado e grave na política de transferência é a atribuição da verificação da responsabilidade penal do jovem, ao que o Deputado Fraga chama de “junta médica”. Trata-se de ressuscitar o velho problema da utilização do saber científico para a justificação e legitimação do direito penal, seja lá o que exatamente signifique uma “junta médica”.

Não é difícil perceber que a proposta em questão é um perigo à estabilidade jurídica e um retrocesso histórico. Mas o que parece importante destacar é que a rigor a discussão aberta pela proposição não traz nada de novo, pois se encontra nos estreitos limites das tensões entre os sistemas positivos e negativos de intervenção.

É óbvio que o sistema proposto é indesejado na medida em que tende à potencialização do sistema negativo de intervenção, na medida em que, como vimos sustentando, a rigor nenhuma diferença há entre a internação de um adolescente e a prisão de um adulto.

Uma consequência a destacar, e com isso encerramos esse tópico, é que discutir a proposta de Emenda 151-A em termos de conveniência e oportunidade é absolutamente inútil, estéril e perigoso.

O jogo conservador só há de se regozijar com a discussão política, cujas soluções possíveis só podem ser duas: passa a matéria no Legislativo, ou se fazem concessões no regime estatutário, como por exemplo a revisão do limite temporal de execução da medida de internação, estendendo-o.

Ninguém comprometido com o ECA aceita esse horizonte tenebroso de possibilidades que se colocam pelo fato de aceitar-se o jogo da discussão nos limites do sistema disciplinar. Assim, a melhor estratégia a nosso ver é o argumento jurídico puro e simplesmente, como defende o Prof. Dalmo Dallari: qualquer reforma do sistema legal relativo à menoridade penal, e antes mesmo, qualquer discussão legislativa a respeito, é inconstitucional. O compromisso com o ECA está a exigir de todos o esforço do argumento jurídico.

Último problema que diz respeito às medidas sócio-educativas e pode ser compreendido à luz da idéia do poder disciplinar e suas tensões, é o da divisão judiciária.

Normalmente o problema da divisão de competências no âmbito da administração da justiça especializada é visto sob a perspectiva territorial, como, por exemplo, a crítica que se faz em relação ao sistema praticado em São Paulo, onde o poder decisório se concentra em cerca de uma dezena de operadores do direito na região central da cidade.

Esse sistema é claramente inadequado em razão da centralização desmedida, e produz uma inadequada alocação de recursos insuficientes.

Um aspecto interessante a ser discutido é a forma de alocação dos recursos, cujo critério único existente parece ser a instituição de internamento como referência de todo o sistema.

Foi inicialmente a partir da organização espacial das unidades de internação, e mais recentemente em função da organização estrutural desse sistema, que criaram-se Varas especializadas nas infrações penais e, mais recentemente, um juízo exclusivo para a execução das medidas sócio-educativas.

Todo o sistema parece organizar-se em função das Febens, como se necessariamente tudo convergissem à internação, isto é, para a medida extrema de caráter negativo que é a privação da liberdade.

Existe porém uma outra perspectiva de análise que, além do foco territorial, nos parece importante. Ela diz respeito ao problema da especialização pela matéria.

Grandes centros urbanos, e a referência é novamente a cidade de São Paulo, apresentam um sistema cujo grau de especialização é razoavelmente elevado: há uma jurisdição para ato infracional, há outra para a execução das medidas sócio-educativas, e finalmente, o que deveria vir antes, uma jurisdição comum que por exclusão ocupa-se do restante do Estatuto.

Num mundo complexo a especialização parece sofisticada, pois pretende estabelecer ilhas de excelência em saberes cada vez mais específicos. O poder e o saber organizam-se em função de suas competências materiais, o que é mais eficaz para a construção e o exercício deles.

Entretanto, nos parece importante perguntar no que um sistema de alto grau de especificação de saberes e poderes pode contribuir para a efetivação da proteção integral, isto é, no que tudo isso pode ser útil para o adolescente.

Nos parecem contraditórias as idéias de proteção integral e especialização. A proteção integral exige a organização e a operacionalização do sistema em função da efetivação dos direitos fundamentais do adolescente. A especialização, por causa da divisão de saberes e poderes, fraciona o sistema e dificulta a compreensão global da pessoa adolescente-infrator como objetivo da proteção integral e como sujeito de direitos.

É (também) por causa do fracionamento que ainda falamos em categorias absolutamente impróprias como "carente" e "infrator", e é por causa disso que na especificidade de cada competência acabam por prevalecer objetivos diferentes da idéia de proteção integral: quem lembra que os objetivos mais amplos de uma adoção são idênticos aos de uma medida sócio-educativa?

A organização espacial e material pela qual o ECA é aplicado indica mais uma vez que o sistema encontra-se inserido numa constante tensão entre as políticas de intervenção positiva e negativa. Na medida em que o fenômeno infracional serve para especializar a jurisdição, e na medida em que a privação de liberdade

(Febens) funciona como critério de organização, é claro que o ato infracional e a internação são condicionantes preponderantes do processo decisório.

Esse elevado grau de especialização limita o sistema e compartimentaliza o ECA, cujo sentido deveria ser de globalidade e cujos parâmetros deveriam ser ditados pelas políticas de intervenção positivas.

Podemos aqui enxergar um importante desmembramento. A especialização, na medida em que desfavorece a compreensão global, e na medida em que limita os horizontes das decisões ao tomar o internamento como referência, concorre para o agravamento do já conturbado quadro de alocação de recursos e investimentos públicos no setor.

A razão para isso nos parece clara: a alocação dos recursos e realização de investimentos públicos, (também) por causa da necessidade do cumprimento de decisões judiciais pautadas pelos horizontes da internação, orientam-se para a satisfação de pressões elevadíssimas por segurança pública, quando a rigor a idéia de proteção integral dispensa isso e exige o atendimento às demandas por educação, saúde, lazer etc.

Uma jurisdição altamente especializada só cria demandas econômicas qualificáveis como de segurança pública, que nenhuma externalidade positiva tem; ao contrário, quanto menos especializada a jurisdição, mais provável que venha a gerar demandas econômicas de outra natureza, isto é, vinculadas aos objetivos da proteção integral e cujos efeitos são positivos. Ninguém reclama do dinheiro investido numa adoção ou numa escola, mas todo mundo reclama dos investimentos no sistema punitivo.

Sugerimos anteriormente que a perspectiva realmente inovadora do ECA deve ser encontrada além dos limites estreitos do poder disciplinar, assunto ao qual retornamos.

É oportuno lembrar que o poder disciplinar conferido pelo ECA ao dispor sobre as medidas sócio-educativas abrange tanto técnicas de intervenção negativa, como a internação, como técnicas positivas, como as medidas não privativas de liberdade.

O aparecimento das técnicas positivas não eliminou por óbvio a utilização de técnicas negativas de intervenção, o que gera as tensões a que vimos nos referindo. Deve ser notado que a coexistência de ambas as modalidades de técnicas ou intervenção permite uma modalidade de gestão que Foucault denomina de *contínua*, pois é possível o emprego seletivo das várias técnicas sem solução de continuidade.

É claro que o exercício ou gestão do poder disciplinar poderá potencializar e privilegiar uma ou outra modalidade de intervenção, o que podemos identificar no recurso maior ou menor à internação e às medidas em meio aberto.

No que diz respeito ao emprego das medidas em meio aberto, podemos também identificar uma tendência de potencialização da técnica de intervenção positiva na medida em que se verifique o maior emprego das medidas que qualitativamente mais se afastam do modelo excludente da internação.

Por exemplo, a maior utilização de prestação de serviços à comunidade em detrimento da liberdade assistida tende à maximização do modelo de intervenção positivo, pois claramente a disciplina sem sentido negativo tem menor peso na primeira medida que na segunda.

À medida que a gestão do sistema tende à maximização do modelo de intervenção positiva, menor é o grau de exercício do poder disciplinar do modelo negativo. Da mesma forma, o maior recurso às medidas qualitativamente desse tipo tende ao esvaziamento do modelo de organização de alto grau de especialização da jurisdição.

Fundamental, quanto mais o sistema tende para as técnicas de intervenção positiva de menor grau disciplinar, maiores são as possibilidades de alcance dos objetivos da proteção integral, dado que diminui-se o grau de exclusão e conseqüentemente facilita-se a promoção dos direitos fundamentais.

Mas, como repetidamente temos indicado, o sistema apresenta uma limitação clara a esse movimento de aproximação da idéia de proteção integral, pois a idéia de medida sócio-educativa, vista como necessária, implica sempre em disciplina.

A pergunta que se coloca então é a seguinte: essa limitação é insuperável? Na resposta a essa indagação encontramos o potencial verdadeiramente modernizador e libertador do ECA.

A rigor, e isso está expresso na lei, a aplicação de medida sócio-educativa não é impositiva, ao contrário da sanção denominada penal. Com efeito, o art. 112 do ECA diz que *poderão* ser aplicadas medidas em razão da prática de ato infracional, e não *deverão* ser aplicadas.

Essa disposição legal descaracteriza o binômio ato infracional/medida sócio-educativa, ou seja, permite ao Juiz o rompimento do caráter disciplinar de todo o sistema tal como praticado.

Essa renúncia, numa sociedade disciplinar, soa estranho e certamente gera sentimento de desproteção. De outro lado, ela permite alcançar em grau máximo as potencialidades de um sistema promocional e, conseqüentemente, o atingimento da proteção integral.

O sentimento de desproteção não é óbice à aplicação da idéia de renúncia às medidas sócio-educativas. Lamentavelmente a própria lei dá fundamento a essa idéia, na medida em que no art. 112 se refere à gravidade da infração como um dos fatores condicionantes da escolha das providências decorrentes do reconhecimento da prática de ato infracional.

O sentimento de medo é antes de tudo fruto do hiperdimensionamento da delinqüência juvenil, e especificamente da periculosidade que se atribui a ela. Como observado no Programa de Reinserção Social do Adolescente em conflito com a Lei do Ministério da Justiça,² menos de 20% dos atos infracionais registrados são contra a pessoa humana, assim entendidos não só o homicídio, mas também

(2) <<http://www.mj.gov.br/sedh/dca/reinsoc.htm>>.

o latrocínio e o estupro. De outro lado, para cada adolescente acusado da prática de um homicídio, outros quatro são vítimas desse tipo de crime.

Diante desse quadro, o hiperdimensionamento da delinquência juvenil é um equívoco perverso que inverte a realidade, pois é claro que a maior demanda do sistema é por proteção, e não por punição.

De qualquer forma, pode ser argüido, resta um número considerável de infrações praticadas por adolescentes que são graves e não podem simplesmente ser esquecidas ou escamoteadas. Porém, os índices de incidência e reincidência precisam ser rigorosamente verificados e interpretados à luz da idéia de que a adolescência é propícia a manifestações infracionais, não havendo que se temer o *cohort³ phenomenon*, ou seja, a natural tendência de achar e rechar que os infratores de hoje serão os criminosos de amanhã.

Também é necessário aferir até que ponto a sociedade pode absorver o impacto da infração penal sem recorrer ao sistema disciplinar. Se os riscos inerentes à prática de um ato negocial por um adolescente de 16 anos, ou a entrega de um carro para ele dirigir, são perfeitamente absorvidos sem o recurso ao sistema penal, não há sérias razões para outros riscos demandarem a proteção do sistema disciplinar e punitivo.

Assim, a não aplicação de medida sócio-educativa apesar do reconhecimento da prática do ato infracional é o marco divisor entre a disciplina e a promoção de direitos, de modo que nela podemos situar a possibilidade legal e necessária de ruptura dos parâmetros tradicionais de enfrentamento do problema do conflito com a lei.

Isso sim nos parece uma perspectiva modernizadora, e diante dela é possível superar a discussão sobre elegibilidade e execução das medidas sócio-educativas. Se possível é sugerir algo, futuros estudos devem considerar esse fator estatístico como indicativo fundamental.

Afirmamos linhas atrás que lamentavelmente o ECA, a despeito de permitir a dissociação do binômio ato infracional/medida sócio-educativa, contém no art. 112 um elemento limitador dessa possibilidade e que é a consideração da gravidade do ato infracional praticado.

Uma primeira observação é tão necessária quanto óbvia: não se trata da gravidade abstrata do ato infracional, que nivela todos os comportamentos, suas motivações e suas conseqüências a partir do preceito primário da norma penal. Trata-se, no mínimo, da gravidade concreta, aferida caso a caso.

A fim de atenuar o peso dessa limitação, sugerimos a construção de parâmetros de verificação da gravidade do ato infracional a partir da idéia da condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento.

Normalmente pensamos a idéia de condição peculiar em relação à medida sócio-educativa, como que uma cláusula de ajuste ou individualização da sanção.

(3) *Cohort*: subgrupo estatístico que apresenta um fator em comum como a idade.

Mas é perfeitamente possível pensar o ato infracional em si a partir dessa mesma idéia.

A condição peculiar do adolescente o diferencia do adulto, cujo padrão de normalidade é tomado como referência para a verificação e análise de todos os elementos do crime. A consciência, a vontade, a representação do resultado e assim por diante, tudo na análise do crime toma como referência o homem normal.

Em relação ao adolescente, os elementos do ato infracional devem ser compreendidos em função de sua condição peculiar, e não em função do parâmetro da "normalidade" da fase adulta. Assim, o resultado morte advindo de uma lesão corporal ou de uma subtração patrimonial pelo fato do emprego de excessiva força física ou mesmo uma arma, deve ser compreendido à luz da perspectiva de um adolescente em processo de desenvolvimento, e não de um adulto.

Noutras palavras, o operador do direito deve considerar a condição peculiar do adolescente também no processo de cognição do ato infracional, e para tanto há de considerar a posição de um adolescente, e não de um adulto.

Os resultados advindos desse proceder são radicalmente diferentes, e talvez seja nas infrações de natureza sexual mais fácil realizá-lo e entendê-lo, pois todos sabemos o que é o problema da sexualidade na adolescência. Mas a rigor é possível aplicar a idéia em todos os atos infracionais, por exemplo, na interpretação da torpeza ou futilidade de um homicídio.

Enfim, o diagnóstico de gravidade do ato infracional deve aflorar na medida da condição peculiar de seu ator, que é um adolescente, uma pessoa ainda não completamente desenvolvida. Esse enfoque apresenta a nítida vantagem de permitir a aferição da gravidade do ato infracional de modo concreto e relacionado com um adolescente, e não com um adulto. Consequentemente, atenua-se a limitação que o peso de um juízo de gravidade do ato infracional possa ter na imposição de uma medida sócio-educativa.

Também, repetimos, a condição peculiar é uma ferramenta importante na interpretação de outras categorias do direito penal como as discriminantes e a culpabilidade, que por equiparação da noção de ato infracional ao crime têm importância: os requisitos da legítima defesa, a coação física e moral, o conhecimento da lei, o erro, inexigibilidade de conduta diversa, e assim por diante.

O art. 112 do ECA se refere também à capacidade de o adolescente cumprir a medida sócio-educativa. Em nossa interpretação, a prescrição da lei não significa a indagação das condições objetivas de satisfação da sanção, como, por exemplo, a capacidade econômica para reparar o dano.

Por capacidade de cumprimento da medida sócio-educativa devemos entender a suportabilidade do poder disciplinar para o adolescente. No painel do *continuum* disciplinar das medidas sócio-educativas, o operador do direito deve aferir o limite da técnica e modalidade para o seu destinatário.

No momento da escolha da medida, e posteriormente no curso de sua execução, a sanção *x* ou *y* é suportável para aquele garoto, que é pessoa em desenvol-

vimento? Se o rigor da disciplina em abstrato coloca em risco a existência moral e material do adolescente, ou se as condições de cumprimento concorrem para isso, a capacidade de cumprimento está no limite e a medida deve ser atenuada. Atenuada obviamente para outra de conteúdo menos gravoso.

Permite-se assim o mover do sistema para a potencialização das medidas de conteúdo positivo. Trata-se de racionalidade que pode explicar positivamente a constatação já referida do estudo sobre medidas sócio-educativas de que muitas vezes as medidas de meio aberto são aplicadas por causa das condições de cumprimento da internação, e não por adesão ao modelo de intervenção positiva. Na essência, essa interpretação se encaixa no modelo construtivo de Zaffaroni para a administração da justiça criminal (1991:181).

A referência legal à capacidade de cumprimento da medida sócio-educativa permite a incursão em um problema agudo da administração da justiça da infância e juventude, e que diz respeito à drogadição.

O conteúdo disciplinar de qualquer medida sócio-educativa exige um mínimo de capacidade do adolescente em submeter-se e compreender a imposição e cumprimento da medida sócio-educativa.

Salvo a aceitação de um irracional modelo que, à imagem do pesadelo kafkiano, insere o ser humano num determinado processo cujas razões e finalidades não podem ser percebidas pelo sujeito, essa exigência é óbvia.

Não é por outra razão que a lei processual penal e também a Lei de Execução Penal prevêem a suspensão do processo em caso de superveniência de doença mental e a conversão da pena em medida de segurança.

A questão que podemos assim formular, e que vem ao encontro do que aflige os operadores do direito ao questionar o que fazer com aquela porção de meninos dependentes que são apresentados diariamente no fórum, é a seguinte: o dependente apresenta capacidade para cumprir uma medida sócio-educativa?

O grau de dependência e o comprometimento do adolescente são indicativos de que quanto mais elevados eles forem, menor será a capacidade do menino ou menina cumprir a medida sócio-educativa.

Não detemos o mínimo de saber especializado, e por tal razão não pretendemos incursionar no mecanismo desse processo, mas o fato é que a resposta ao projeto disciplinar é inversamente proporcional à crise causada pela dependência química. Quanto mais essa crise aproxima-se do estado crônico, menores são as possibilidades do adolescente em responder positivamente à medida sócio-educativa, pois a condição de sujeito de direitos, que pressupõe a consciência desse estado e a liberdade de agir em razão disso, tende a zero.

Uma imagem vale por mil palavras: quem nunca viu aquele garoto que roubou e é apresentado em estado deplorável perante a autoridade judiciária, sem a menor condição de entender sequer por que lá está e o que está acontecendo?

O que temos feito nessas situações é invariavelmente aplicar a medida sócio-educativa na certeza de seu descumprimento, inaugurando-se uma espiral que terá como resultado a internação ou a morte do adolescente.

A solução para o problema é complexa, mas a idéia de capacidade de cumprimento da medida permite a construção de um raciocínio pelo qual ela é condição, sem a qual não há falar em medida disciplinar.

Essa sugestão parece ter o mérito de deslocar o problema da drogadição para o âmbito da saúde pública, impedindo-se que a disciplina da medida sócio-educativa seja imposta sem o equacionamento preliminar da dependência.

Uma importante consequência disso é que os operadores do direito, por meio da decisão judicial, não estarão gerando demandas de investimentos públicos no setor de segurança inutilmente, mas sim criando a pressão necessária à discussão dos investimentos em saúde pública.

Tentamos nestas linhas esboçar uma compreensão fisiológica do ECA como instrumento do poder disciplinar, que obviamente tomamos no sentido penal. O ECA pretende o emprego das tecnologias positivas de intervenção, mas não ousou descartar as medidas de caráter negativo, como a internação.

No contexto do *continuum* disciplinar do ECA, que oscila de uma categoria singela como a advertência até a internação, visualizamos a disciplina como fator limitante de todo o sistema, e por consequência da proteção integral.

Dentre outras possibilidades, abordamos aqui o instituto da remissão e os pareceres interprofissionais como problemas numa concepção hermenêutica disciplinar.

Problemas como a elegibilidade e execução de medidas sócio-educativas e seus limites, a divisão judiciária, o papel dos agentes da proteção integral, do rebaixamento da idade penal e a discussão respectiva, podem ser vistos e compreendidos nas suas causas e consequências a partir da perspectiva disciplinar.

Por fim, assinalamos que a perspectiva realmente transformadora do Estatuto está na possibilidade de renúncia ao poder disciplinar, como autoriza o art. 112 ao autorizar a não aplicação de medida sócio-educativa.

Essa possibilidade ainda assim sofre importante limitação em razão da consideração da gravidade do ato infracional na elegibilidade, o que demanda uma interpretação à luz da idéia de condição peculiar de modo a atenuar tal limitação.

No limite do sistema, e noutro extremo, é necessário racionalizar o exercício do poder disciplinar, para o que apontamos a idéia da capacidade de cumprimento da medida sócio-educativa.

Resta, pois, para finalizar, indicar que as medidas de proteção previstas no art. 101 do ECA, despidas de qualquer viés disciplinar no sentido por nós empregado, se constituem no instrumental nuclear da proteção integral e devem ser consideradas como consequências da prática de ato infracional nos termos do inc. VII do seu art. 112, em substituição à conservadora categoria das medidas sócio-educativas.

Não são as medidas sócio-educativas, mas sim as protetivas, que têm a perspectiva de germinar e desenvolver as capacidades dos adolescentes como sujeitos de direitos substanciais, que lhes permita agir com liberdade.

Bibliografia

- FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. São Paulo : Martins Fontes, 2001.
- GALBRAITH, John Kenneth. *Sociedade justa*. Rio de Janeiro : Campus. 1996.
- . *The essencial Galbraith*. Boston : Houghton Mifflin Company, 2001.
- MACHADO, Antonio Luiz Ribeiro Machado. *Código de Menores comentado*. 2. ed. São Paulo : Saraiva. 1987.
- PIETROCOLLA, Luci Gati; SINHORETTO, Jacqueline; CASTRO, Rosa. “O Judiciário e a comunidade: prós e contras das medidas sócio-educativas em meio aberto”. *RBCCrim*, São Paulo, 2000.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo : Companhia das Letras, 2000.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro : Revan, 1991.
- ZIMRING, Franklim E. *American youth violence*. New York : Oxford University Press, 2000.
- WACQUANT, Lôic. *Os condenados da cidade*. Rio de Janeiro : Revan, 2001.