



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
Instituto de Ciências Jurídicas
Programa de Pós-Graduação em Direito
Curso de Mestrado em Direito

ANA CELINA BENTES HAMOY

A NOVA ARTE DE JULGAR: análise dos discursos dos julgadores do Tribunal de Justiça do Pará na aplicação da medida socioeducativa de internação.

Orientador: Prof. Dr. Jean-Françoise Deluchey

Belém-Pa.

2015



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
Instituto de Ciências Jurídicas
Programa de Pós-Graduação em Direito
Curso de Mestrado em Direito

ANA CELINA BENTES HAMOY

A NOVA ARTE DE JULGAR: análise dos discursos dos julgadores do Tribunal de Justiça do Pará na aplicação da medida socioeducativa de internação.

Orientador: Prof. Dr. Jean-François Deluchey

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará para a obtenção do título de mestre.

Área de Concentração: Direito Humanos

Linha de Pesquisa: Intervenção Penal, Segurança Pública e Direitos Humanos.

Belém-Pa.

2015

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

Bentes Hamoy, Ana Celina, 1964-

A nova arte de julgar: análise dos discursos dos julgadores do tribunal de justiça do pará na aplicação da medida socioeducativa de internação. / Ana Celina Bentes Hamoy. - 2015.

Orientador: Jean François Yves Deluchey. Dissertação
(Mestrado) - Universidade

Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídica, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2015.

1. Juizes - Pará. 2. Pará. Tribunal de Justiça. 3. Delinquência juvenil. 4. Assistência à menores. 5. Educação - Aspectos sociais. I. Título.

CDD CDDir: 4.ed.. ed. 341.412098115

A NOVA ARTE DE JULGAR: Análise dos discursos dos julgadores do Tribunal de Justiça do Pará na aplicação da medida socioeducativa de internação.

Ana Celina Bentes Hamoy

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará para a obtenção do título de mestre.

Área de Concentração: Direito Humanos

Linha de Pesquisa: Intervenção Penal, Segurança Pública e Direitos Humanos.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Jean-François Deluchey

Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

Prof. Dr. Raimundo Wilson Gama Raiol

Dedicatória,

Dedico ao meu amado pai, que Deus não lhe permitiu assistir a conclusão deste trabalho, mas que com toda certeza está vibrando, esteja onde estiver, pois foi quem primeiro me chamou atenção para os caminhos do direito e quem dedicou sua vida, mesmo sendo um homem muito simples, para que todos os seus filhos sempre tivessem acesso a bons livros e pensassem em uma vida de solidariedade dentro desta sociedade tão desigual..

Agradeço:

Ao Jaime, por entender as ausências, por ter sido meu parceiro em tudo, pelo café da madrugada e, principalmente, pelo amor que dedicou, sem cobranças e com muito incentivo;

A Giselle, Larissa e David, por entenderem as ausências e sempre estarem dedicando carinho e beijos inesperados;

Ao Prof. Jean-François Deluchey pela dedicada orientação, sempre tão disposto a ajudar na caminhada de uma difícil, mas necessária ruptura;

À Minha mãe querida que sempre apostou no meu esforço na caminhada nos estudos;

Aos meus companheiros do Centro de Defesa, pela liberação para os estudos e pela parceria nas discussões;

Aos professores do mestrado, em especial Prof. Ana Claudia e Prof. Marcus Alan pelo incentivo na caminhada nos rumos da criminologia crítica;

Aos mais maravilhosos colegas que tive neste mestrado: Fernando, Denise e Verena, nem sei como seria sem vocês;

À Suzany, parceira, amiga, colaboradora, enfim, aquela que ajudou nos debates, na correção e na crítica. Amiga, você foi muito importante!

Aos meus queridos amigos do Movimento de Defesa dos Direitos Humanos, espero que compreendam este texto como um grande incentivo ao debate;

Em nome da Nádia e da Angelina, agradeço aos queridos amigos do “Refúgio”, bar que serviu para conversas e relaxamento necessário diante da loucura destes dois anos;

E, finalmente, não poderia faltar, aos servidores do Tribunal de Justiça do Estado que ajudaram nos momentos de dúvidas na coleta de dados.

RESUMO

Este estudo analisa o discurso dos julgadores do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, em relação à aplicação de medida socioeducativa de internação, com o objetivo de entender como a prática de governo pode ou não interferir nas ações da justiça. Como referencial, adota os estudos de Michael Foucault, em “O Nascimento da Biopolítica” (2008) e suas lições sobre o racismo de estado, bem como a partir dos estudos do mesmo autor no livro “Em Defesa da Sociedade” (2010), aliados às contribuições de Deleuze (2003), sobre o entendimento de que o verdadeiro direito não está na lei, mas na jurisprudência. Para a construção dos resultados, foi elaborado um modelo de análise, seguindo o método dialético. Como objeto da pesquisa, foram selecionadas setenta e três decisões judiciais de segunda instância, produzidas entre 2005 e 2014, que aplicam medida de privação de liberdade aos adolescentes acusados da prática de ato infracional. No presente estudo, investiga-se qual a finalidade da medida socioeducativa de internação e como os discursos oficiais, legitimadores do direito penal, fazem interface com a medida que promove o encarceramento dos adolescentes pobres. Neste contexto, buscou-se o suporte teórico da criminologia crítica, principalmente das reflexões de Alessandro Baratta, Loic Wacquant, Raúl Zaffaroni e Juarez Cirino dos Santos, o que ajudou a refletir o dispositivo penal que promove o encarceramento dos adolescentes, entendendo estes como classe *perigosa*. Diante destas questões, o presente trabalho está composto de três capítulos. O primeiro dedica-se à reflexão conceitual sobre a nova arte de governar e as racionalidades orientadoras do direito público, seguindo os ensinamentos de Foucault, com destaque para as racionalidades jurídico-dedutiva e radical utilitarista. Bem como para o estudo sobre a teoria do capital humano que está ancorada no neoliberalismo americano. No segundo capítulo, analisa-se o discurso oficial legitimador da pena e seu reflexo sobre as medidas socioeducativas diante do paradoxo da socioeducação e da punição, buscando refletir para que serve a medida de internação, diante da nova arte de governar. No terceiro capítulo, apresenta-se a análise da pesquisa empírica sobre o discurso dos julgadores e discute-se qual racionalidade adotam na aplicação da medida de internação.

Palavras Chaves: Medida socioeducativa. Internação. Neoliberalismo. Adolescente Infrator. Excepcionalidade.

ABSTRACT

This study analyzes the speech of the judges of the State of Pará Court of Justice, on the enforcement of the socio-educational measure of detention, in order to understand how the practice of government may or may not interfere with justice actions. As a theoretical background, it assumes the studies of Michael Foucault in "The Birth of Biolytic" (2008) and its lessons about the state racism, as well as from the same author studies in the book "In Defense of Society" (2010), coupled with the contributions of Delouse (2003), on the understanding that the true law is not the law, but jurisprudence. For the construction of the results, the study makes a model of analysis, following the dialectical method. As the research object, the study selected seventy-three judgments of second instance, produced between 2005 and 2014, that applies deprivation of liberty to adolescents accused of committing offenses. The present study investigates what the purpose of socio-educational measures of detention and as the official speeches, legitimizing criminal law, interface with the measure that promotes imprisonment of poor adolescents. In this context, it uses the theoretical support of critical criminology, mainly the contributions of Alessandro Barata, Loic Wacquant, Raúl Zaffaroni and Juarez Cirino dos Santos, which helps to reflect the penal device that promotes the imprisonment of adolescents, understanding these as dangerous class. Faced with these questions, this paper is composed of three chapters. The first is dedicated to conceptual reflection about the new art of governing and guiding rationales of public law, following Foucault's teachings, especially the legal and deductive and radical utilitarian rationales, as well as the study of the theory of capital human that is anchored in the American neoliberalism. The second chapter analyzes the official discourse legitimizing punishment and its reflection on the educational measures, regarding the paradox of socio-educational and punishment, seeking to reflect what the purpose of the detention measure, in the face of the new art of governing. The third chapter presents the analysis of empirical research on the discourse of judges and discusses which rationality is adopted in the application of detention measure.

Key words: socio-educational measure. Detention. Neoliberalism. Offender adolescent. Exceptionality.

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1- Decisões por ano

GRÁFICO 2- Mobilizou a Lei 8069/90 (ECA)?

GRÁFICO 3- Mobilizou a Constituição da República?

GRÁFICO 4- Argumentou e decidiu de acordo com os dispositivos normativos mobilizados?

GRÁFICO 5- Decisões onde houve julgamento de mérito, quantas podem ser consideradas radicais utilitaristas?

GRÁFICO 6- Decisões de Mérito com base na ausência de estrutura familiar do adolescente.

GRÁFICO 7- Decisões de Mérito com base na falta de acúmulo de capital humano por deficiência no ensino formal, profissional e trabalho.

GRÁFICO 8- Mobilizou o princípio da excepcionalidade?

GRÁFICO 9- Quando mobilizou a excepcionalidade, justificou o que para aplicar a medida?

LISTA DE ABREVIATURAS

CNJ- Conselho Nacional de Justiça

CNMP- Conselho Nacional do Ministério Público

SINASE- Sistema Nacional de Atendimento socioeducativo

ECA- Estatuto da Criança e do Adolescente

SDH- Secretaria de Direitos Humanos

ANCED- Associação Nacional dos Centros de Defesa

TJPA - Tribunal de Justiça do Estado do Pará

MP - Ministério Público

TJ - Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO.....	12
2- LIMITES JURÍDICOS PARA O EXERCÍCIO DO PODER PÚBLICO. DE ACORDO COM AS REFLEXÕES DE MICHEL FOUCAULT.....	18
2.1- A governamentalidade neoliberal.....	18
2.2- A racionalidade jurídico-dedutiva ou revolucionária.....	22
2.3- A racionalidade radical-utilitarista.....	27
2.4- A teoria do Capital Humano.....	31
3. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO: PARA QUE SERVE?.....	46
3.1. O sistema de responsabilização do adolescente acusado de ato infracional.....	46
3.2. Medida socioeducativa de internação: punição, educação ou proteção ...	56
3.2.1. O discurso oficial legitimador das penas.....	56
3.2.2- As teorias justificadoras da pena.....	64
3.3. Medida socioeducativa de internação e o debate sobre sua natureza.....	70
4- OS JULGADOS SOBRE A APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARÁ.....	77
4.1- A construção do modelo de análise.....	77
4.2- O discurso dos magistrados na justificação da aplicação da medida socioeducativa de internação.....	81
4.2.1- O discurso nos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Pará: racionalidade jurídica dedutiva ou radical utilitarista?.....	85
4.2.2- A excepcionalidade da aplicação da medida de internação: como abordam os julgadores?.....	104
5- CONCLUSÃO.....	113
REFERÊNCIAS.....	122
ANEXOS.....	131

1- INTRODUÇÃO

Pensar e refletir sobre o direito da criança e do adolescente no Brasil exige esforço para deslocar a mera visão de que esses direitos já estão todos descritos em uma lei a espera de sua exigibilidade, para perceber que o verdadeiro direito pode não estar descrito na norma, mas nos discursos na justiça, ou melhor, nas práticas e nos discursos que a legitimam e naturalizam.

Na atualidade, há uma produção de discursos que buscam localizar essas práticas dentro de uma racionalidade meramente jurídica, que aponta a lei como o lócus de afirmação, nada mais necessitando para que esses meninos e meninas, principalmente aqueles que se encontram em uma situação de exclusão econômica e social, possam acessar e, em consequência, ter uma vida com direitos garantidos.

A aplicação das medidas socioeducativas¹ aos adolescentes acusados da prática de um ato infracional tem sido um dos temas que ganhou grande relevância na sociedade brasileira, principalmente porque é marcado por uma dicotomia que percebe essas medidas ora como protetivas, ora como responsabilizadoras e, não raramente, como causadoras da violência urbana, já que, de acordo com o discurso dos que exigem mais agravamento da responsabilidade penal dos adolescentes, estes tem punição muito branda².

Segundo a Lei 8.069/90 (art.112) o cerceamento de liberdade dos adolescentes deve sempre ser aplicado seguindo orientação de que o paradigma normativo é o da *não privação de liberdade*, daí prever que esta é exceção.

Segundo dados da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República no último levantamento sobre o Sistema Socioeducativo (2012. p.17)³, estavam restritos de liberdade 20.023 adolescentes no Brasil, sendo que, destes, 1.918 estavam em semiliberdade, dados estes que representam

¹ As medidas socioeducativas são aquelas que podem ser aplicadas aos adolescentes quando praticam ato infracional e após o devido processo legal o juiz, de acordo com o que foi apurado, lhe aplica a medida mais adequada ao fato, conforme prevê a Lei 8069/90, que pode ser consultada em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm, artigos 110 a 112.

² Neste sentido pode ser visto a justificativa na proposta de emenda constitucional 171 que propõe a alteração na idade de responsabilização penal, e que pode ser consultado em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493>

³ O documento pode ser obtido : <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinaseLevantamento2011.pdf> . Consultado em : 20.12.2014

um aumento, em 10 anos, em mais de 100% .(ob.cit. p.14) no cerceamento de liberdade de adolescentes.

A simples leitura desses dados já estimula refletir como isto pode ocorrer diante de uma norma que informa que o não encarceramento é a regra. Esta questão, para ser melhor compreendida, precisa ser estudada não a partir do que dispõe, ou não, uma lei, mas sim buscando analisar como os dispositivos de criminalização e repressão penal se comportam na sociedade que, pode-se dizer, segue uma racionalidade que privilegia as relações de mercado.

A privação da liberdade dos adolescentes empobrecidos da sociedade, mais do que uma simples violação ao seu direito à liberdade, não pode deixar de ser vista como a imposição de forte poder punitivo que hoje impera dentro da sociedade, como ação legitimada pelo discurso de defesa social e de proteção do adolescente, o que se pretende aprofundar neste estudo.

Muitos desafios se apresentaram na formatação desta pesquisa, pois sair de uma mera percepção de que o adolescente é um sujeito de direito e, portanto, deve ser tratado de outra forma, como entendia inicialmente a pesquisadora, levou a graves contradições e até mesmo a querer encontrar respostas na positivação de normas para a solução dos problemas de exclusão social.

A realização desta pesquisa exigiu um processo de aprofundamento de estudos sobre a necessidade de ruptura da pesquisadora. Pois, pela militância na defesa dos direitos humanos de crianças e adolescentes, entendia que o direito, a lei, a afirmação de uma norma, por enunciar um direito, o “dever ser”, seria o suficiente para que esses meninos e meninas pudessem reivindicar uma nova realidade de vida.

Tudo melhor se conduziu na pesquisa quando, ao ler o filósofo Deleuze, encontrou a seguinte afirmação (1992. p.209):

O que me interessa não é a lei nem as leis (uma é noção vazia, as outras são noções complacentes) nem mesmo o direito ou os direitos e sim, a jurisprudência. É a jurisprudência que é verdadeiramente criadora de direito: Ela não deveria ser confiada a juízes.

As afirmações do filósofo francês provocam reflexão sobre o papel da lei e a localização do direito, fazendo despontar um aguçado interesse em entender por que o direito estaria localizado na jurisprudência e não nas leis. O que o mestre francês fez foi chamar atenção para o discurso jurídico proferido nas decisões judiciais, pois, estes sim, já apontavam onde se encontra a verdade do direito.

Foi com esse desafio que se conseguiu compreender que se deveria partir não da análise dicotômica entre lei e realidade, e, sim, da jurisprudência, pois esta daria a indicação de que racionalidade orienta a proclamação dos direitos de crianças e adolescentes. Isto contribuiu para o rompimento com uma análise tradicional que se vinculava a lei como a definidora de paradigmas e, que, portanto, tudo estaria perfeito e acabado.

Partindo desse raciocínio, e tendo sido definido como corte metodológico a aplicação da medida de internação aos adolescentes acusados da prática de um ato infracional, realizou-se pesquisa da análise de discurso dos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

A medida de internação foi escolhida por ser aquela que é considerada mais grave, já que cerceia o direito de ir e vir dos adolescentes, afastando do convívio familiar e comunitário, assim como, de acordo com a orientação legislativa, a sua aplicação deverá ser orientada pelos princípios⁴ da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de desenvolvimento.

O que leva a pesquisadora a ser instigada à realização dessa pesquisa é justamente o desafio de querer compreender como o controle punitivo dos adolescentes pode ser conformado com esses princípios que hoje orientam a aplicação da medida de internação. Fala-se em *princípio*, justamente, porque é desta forma que são descritos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), no artigo 121. Diante disto e, se a privação de liberdade é uma exceção, como se explica o avanço nos indicadores de privação de liberdade, como já dito e exposto anteriormente? Esta inquietação aguçou o desenvolvimento desta pesquisa e fez com que a pesquisadora, partindo da análise da produção dos discursos dos julgadores do Tribunal de Justiça, procurasse elementos que respondessem a seguinte pergunta de pesquisa:

⁴ Estas afirmações provém do que determina o artigo 121 da lei 8069/90, que pode ser conferida no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.

“A partir de qual racionalidade os julgadores do Tribunal de Justiça do Pará fundamentam suas decisões de internação de adolescentes acusados da prática de ato infracional, considerando que essa medida socioeducativa tem caráter excepcional?”

Partindo do problema de pesquisa e de que, apesar do direito ditar que a medida socioeducativa de internação deve ser excepcional, há um considerável aumento na aplicação dessa medida, conforme indicadores apontados acima, foram formuladas as seguintes hipóteses de pesquisa:

a) A racionalidade que os julgadores do Tribunal de Justiça do Estado do Pará utilizam para aplicar a medida socioeducativa de internação é utilitarista e não leva em consideração o caráter excepcional da medida;

b) A justificativa para o encarceramento dos adolescentes se atém a uma lógica neoliberal radical utilitarista, como diz Michel Foucault, que substitui o estado de bem estar social pelo penal;

c) A medida socioeducativa de internação não tem nada de educação, mas sim segue a lógica neoliberal: ou o indivíduo é útil ou descartado.

A pesquisa analisou decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará de aplicação da internação aos adolescentes acusados da prática de um ato infracional, tendo como espaço temporal, na coleta das decisões, os anos de 2005 a 2014. Foi escolhido esse espaço temporal, por opção metodológica, pois o termo inicial de 2005 busca distanciar do paradigma que orientava o tratamento dado pelo Código de Menores⁵, que vigorou até 1988, crendo que, com isso, antigas práticas pudessem interferir o menos possível na condução argumentativa dos julgadores. Como termo final, foi escolhido o ano de 2014 para que pudesse perfazer o espaço temporal de 10 anos, assim como, também para verificar se a proclamada lei do SINASE- Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo-, promulgada em 2012 (Lei 12.594), foi utilizada para justificar ou não a aplicação de uma medida socioeducativa. A metodologia da pesquisa será melhor detalhada no terceiro capítulo desta pesquisa.

⁵ Lei 6.687/97 que tinha como paradigma jurídico a doutrina da situação irregular que descrevia em seu artigo 2º as situações em que uma criança ou adolescente era considerado em situação irregular. A lei pode ser consultada no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm.

A pesquisa é composta de 3 capítulos, organizados da seguinte maneira:

No primeiro capítulo serão desenvolvidos os aspectos conceituais que darão suporte aos fundamentos desta pesquisa. Foi escolhido como referencial as argumentações trazidas por Michel Foucault em o Nascimento da Biopolítica (2008) e em Defesa da sociedade (2010), onde delinea os argumentos que formatam uma “nova arte de governar”, que tem como ponto de ancoragem o mercado e também o entendimento sobre o biopoder como o poder de “fazer viver e deixar morrer”, de acordo com o que determina o racismo de Estado e a teoria do capital humano;

No segundo capítulo serão desenvolvidas considerações sobre a medida socioeducativa de internação, procurando analisar para que serve esta medida, onde se localiza sua função e como pode ser contextualizada. Serão analisados os diversos discursos que legitimam o direito penal, procurando discutir as diversas teorias da pena, com aporte nas reflexões trazidas por Santos (2012), buscando complementar o aporte teórico com as reflexões trazidas pela criminologia crítica de Alessandro Baratta (2013), Zaffaroni (2007 e 2011), e as considerações sociológicas trazidas pelos estudos de Loic Wacquant (2001 e 2003), com suas análises sobre o encarceramento em massa.

No terceiro capítulo será realizada a análise dos resultados dos argumentos produzidos a partir dos dados coletados na pesquisa empírica, procurando responder à pergunta da pesquisa e a confirmação ou não das hipóteses levantadas. Nesse capítulo será melhor detalhada a metodologia que subsidiou o desenvolvimento da pesquisa, assim como formatadas as tabelas que orientaram toda a análise produzida.

Como suporte de dados primários coletados, serão utilizados os relatórios do Conselho Nacional de Justiça sobre o Panorama das Medidas Socioeducativas (2012) e o do Conselho Nacional do Ministério Público (2013) sobre o mesmo tema, como dados secundários que darão suporte na análise realizada na pesquisa empírica.

Esta pesquisa propõe-se, principalmente, a descortinar o processo de encarceramento que hoje aflora em nossa sociedade, tendo os jovens pobres como um dos grupos selecionados nesse processo, no qual o direito penal é o

instrumento que determina quem são os criminosos, como também aquele que seleciona os bens que devem ser protegidos (Barata. 2013), sendo que a medida socioeducativa de internação é um dos principais instrumentos que serve a este processo de seleção.

Conhecer a construção dos argumentos produzidos na justiça da infância ajuda a entender como funciona a lógica do direito da criança e faz com que se possa perceber a norma/direito não a partir do que descreve a letra da lei, mas a partir do discurso produzido na jurisprudência. Estes foram os desafios que a pesquisadora selecionou para enfrentar, mas cujos resultados pretendem compreender como a lógica do direito é construída de acordo com a racionalidade utilizada pelo discurso dos juízes. É o que se verá na descrição dos resultados desta pesquisa.

2- LIMITES JURÍDICOS PARA O EXERCÍCIO DO PODER PÚBLICO DE ACORDO COM AS REFLEXÕES DE MICHEL FOUCAULT.

2.1- A governamentalidade neoliberal

Partir das reflexões de Michel Foucault (2008), sobre a nova arte de governar, ajudou para que esta pesquisa fosse conduzida dentro de um referencial que deu aporte teórico para o esforço acadêmico de buscar entender como uma prática de governo interfere no andamento e na aplicação do direito, dependendo da racionalidade jurídica adotada por essa prática. Entretanto, fez-se necessário compreender como Foucault chegou a esta proposição no processo de análise de transposição de uma governamentalidade liberal clássica para uma governamentalidade neoliberal.

Em seu processo, o filósofo francês descreveu o que se pode considerar arte de governar como sendo o exercício da soberania política, a melhor forma de governar o melhor possível, uma racionalização do exercício da soberania política, a maneira pensada de governar, estabelecendo suas regras, fazendo com que o “dever ser” do Estado venha a ser concretizado em um “ser” (Foucault, 2008, p.4-6). Ou seja, a arte de governar é uma racionalidade que irá orientar as regras para a forma de governar um estado, fazendo com que este funcione seguindo essas regras e dirigindo à sociedade para obedecê-las.

O neoliberalismo, então, seria uma nova arte de governar, cuja principal característica se localiza em um governo onde se governa o mínimo possível, principalmente no campo econômico, limitando o intervencionismo estatal ao estritamente necessário para o benefício do mercado livre, para que a concorrência possa lhe ditar as regras de sucesso. Essa nova razão de Estado, segundo o que nos ensina o mestre francês, passou a ser pensada, formulada, em meados do século XVIII como uma época de “governo frugal”, pois a principal crítica feita ao liberalismo está localizada no sentido de que este se apresenta com um excesso de governo, como uma maneira de governar demais.

A nova arte de governar vem ditar a regra da não regulamentação das relações no mercado, fazendo deste um lugar de verdade, ou veridicção⁶. Ou seja, a verdade seria formada pelo próprio mercado, que, orientado pela livre concorrência, formularia o preço das coisas, sem que com isso tivesse qualquer interferência estatal. Tudo passaria a ser orientado pela forma de governamentalidade que garantisse um mercado livre e o que passa a ser importante nessa nova prática de governar é o que é importante para o fortalecimento do mercado, porque, segundo o governo neoliberal, tendo um mercado livre e forte se terá um Estado forte e garantidor da satisfação das necessidades básicas de cada indivíduo. Neste sentido, bem afirmou DELUCHEY (2014, p.21):

A partir de finales del siglo XVIII, el mercado pasa progressivamente a ser um lugar de veridicción de las prácticas gubernamentales. El mercado obedecería a mecanismos “naturales” que a partir de lá relación “natural” entre oferta y demanda, deberían establecer el precio normal o natural, sin que importasse el hecho de que fuese justo ou injusto.

Ora, o que confirma o pesquisador Deluchey é, principalmente, que para a governamentalidade neoliberal pouco importa a formação do preço justo, pois este passa a ser formado pela ampla liberdade que orienta o mercado, mudando assim a perspectiva deste da antiga razão de Estado, de ser este um lugar de justiça distributiva, com regulamentação, com garantia de proteção ao comprador, para se tornar o lugar de veridicção e de livre concorrência, segundo as lições de Foucault (2008). O Estado não irá mais regular o mercado, mas este ditará as regras para o governo.

Esta arte de governar passou a ditar formas e maneiras de pensar o Estado. Há reação de alguns pensadores que, principalmente, destacam esta nova arte de governar como causadora de “desastres” sociais e políticos, que colocam em risco as estruturas coletivas capazes de resistir a essa ideia de mercado puro, podendo impor novas formas de regulação que não venham causar maiores impactos sociais na forma de pensar coletivo. Neste sentido afirma BOURDIEU (1998, p. 137)

O Movimento, que se tornou possível pela política de desregulamentação financeira, em direção à utopia neoliberal de um

⁶ Termo utilizado por Foucault para definir o mercado como lugar de formação da verdade, a verdade dos preços, isto feito sem qualquer interferência do Estado, mas baseado unicamente produção da livre concorrência. (FOUCAULT, 2008. p.45).

mercado puro e perfeito se realiza através da ação transformadora e, devemos dizer, *destruidora* de todas as medidas políticas (das quais a mais recente é o AMI, Acordo Multilateral sobre Investimento, destinado a proteger contra os Estados nacionais as empresas estrangeiras e seus investimentos) colocando *em risco todas as estruturas coletivas* capazes de resistirem à lógica do mercado puro: *noção* cujo espaço de manobra não para de diminuir; *grupos de trabalho*, como, por exemplo a individualização dos salários e das carreiras, em função das competências individuais e a resultante atomização dos trabalhadores; *coletivos de defesa* dos direitos dos trabalhadores, sindicatos, associações, cooperativas; até *família*, que, através da constituição de mercado por classe de idade, perde uma parte de seu controle sobre o consumo.

Pode-se acrescentar à afirmação de Bourdieu que essa nova “tática” produz um discurso unificador do debate sobre as “boas” possibilidades de um mercado livre, que impõe certa visão hegemônica onde aqueles que, de alguma forma, não se adequam ou não servem a esta nova arte de governar passam a ser vistos como desnecessários a ela, como se poderá ver mais adiante. Ou seja, a governamentalidade neoliberal produz não só uma gama de indivíduos meritariamente satisfeitos por fazerem parte dessa atual razão de estado, como também promove o afastamento daqueles que não contribuem ou não têm valor para essa verdade produzida pelo mercado. Portanto, nem uma razão reside em que o Estado se preocupe com eles.

Nessa linha de argumentação, o bom governo (enquanto aquele que produz resultados), não é mais o que possui uma política consolidada, ou o que está sempre pronto a intervir na economia de forma a garantir o preço justo, mas, sim, é aquele que garante o melhor desenvolvimento e a maior segurança às trocas mercadológicas. O governo passa a ser medido pelo sucesso da economia, passa a ser exitoso quando as leis da concorrência, que impuseram o “bom preço”, fazem as regras de consumo estar sempre adequadas ao melhor lucro, gerando com isso bons compradores e fortes empresas, não importando o preço justo, mas sim o preço adequado, ou produzido de forma “natural”, segundo as leis também “naturais” da economia política.

Nesse raciocínio, pode-se perguntar o que representariam adolescentes pobres das periferias das grandes cidades dentro de uma proposta da governamentalidade neoliberal? Apesar de o tema ser tratado bem mais a frente na pesquisa, cabe aqui uma observação, no sentido de que estes não podem ser objeto de grandes preocupações para o governo, pois não são

geradores de empecilhos ou criadores de entrevas para o bom funcionamento do mercado. São contingentes de mera preocupação para a estabilização de questões sociais que deverão ser resolvidas no âmbito do Poder Judiciário, assim se inferindo dentro do pensamento hegemônico neoliberal.

Não se quer dizer com isso que esse contingente de pessoas na sociedade seria minoria, mas sim, que não causam movimento desestabilizador no mercado que exija qualquer postura diferenciada do governo, ou, como afirma DELEUZE (1992. p.215):

As minorias e as maiorias não se distinguem pelo número. Uma minoria pode ser mais numerosa que uma maioria. O que define a maioria é um modelo ao qual precisa estar conforme, por exemplo, o europeu médio adulto habitante das cidades(...).

Ora, raciocinar assim leva a compreender que o adolescente pobre não faz parte da “maioria” defendida pela nova arte de governar, mas que, no discurso hegemônico neoliberal, seria aquele que não trabalha, tem baixa escolaridade, morador de locais definidos como periféricos, que não pode ser um consumidor e muito menos um empreendedor nessa lógica de mercado. Parafraseando Deleuze, seria uma minoria que faz parte da sociedade, mas que é um inadaptado para a lógica de uma sociedade de mercado.

Esse paradigma da ilimitada liberdade de mercado é que vai ditar o que deve e o que não deve o Estado fazer, ou seja, o Estado deliberador de direitos torna-se o Estado garantidor do funcionamento do mercado como lugar de verificação e de formação do “bom preço” ou do “preço natural”. Se no estado de polícia o direito é que determinava a limitação do poder de governar, já que no discurso dos juristas à época nenhuma prática governamental poderia questionar a existência de direitos fundamentais que determinavam o limite da ação do soberano, na arte de governar neoliberal há uma imposição de limitação na intervenção do Estado, ou seja, um governo mínimo com liberdade de mercado, sendo que a regulação deste, como já afirmado anteriormente, é a concorrência.

Diante das duas formas de administrar o estado, Foucault (2008. p.54-55) aponta que duas racionalidades jurídicas são mobilizadas: A racionalidade jurídico-dedutiva e aquela que irá despontar com o governo neoliberal, ou seja, a racionalidade radical-utilitarista ou indutiva-residual. A

seguir serão traçadas conceituações de cada uma delas, pois são fundamentais para o desenvolvimento desta pesquisa e, ainda, será a partir da conceituação teórica destas racionalidades que o modelo de análise das decisões foi construído.

2.2 - A racionalidade jurídico-dedutiva ou revolucionária

A racionalidade jurídico-dedutiva é uma forma de limitação jurídica ao exercício do poder político. Esta via de limitação parte justamente do direito natural, do direito clássico, onde este é que irá definir, elaborar, limitar o governo.

Nesta racionalidade, a definição do direito das pessoas como aquele que não pode, de forma alguma, ser desconsiderado na condução do governo, é que irá nortear toda a intervenção do Estado. Quanto a esta via, afirma Foucault (ibidem, p.54):

Consiste também em definir os direitos cuja cessão se aceitou e, ao contrário, os direitos para os quais nenhuma cessão foi acordada e que permanecem, por conseguinte, em qualquer condição e sob todos os governos possíveis, ou em todo regime político, direitos imprescritíveis. Enfim, a partir daí, uma vez assim definidos a divisão dos direitos, a esfera de soberania e os limites do direito da soberania, pode-se então deduzir, mas somente deduzir, o que podemos chamar de fronteiras de competência do governo, mas no âmbito estabelecido pela armadura que constitui a própria soberania.

Nesse sentido, o que nos ensina o filósofo francês é que os limites de governar são ditados pelo direito. O poder deliberativo define quais são direitos que não podem ser atingidos pelo governo, ou seja, eles limitam a soberania e, portanto, a gestão desta. Há direitos que são ditos como imprescritíveis, que não podem sofrer a interferência do Estado, sendo estes que limitam a ação estatal e também estabelecem a forma de intervenção que deverá o Estado fazer de forma a garantir que esses direitos não venham sofrer qualquer interferência. O direito é o limitador do poder estatal, da soberania, da forma de intervenção do governo.

Levando esta racionalidade para o tema da pesquisa, pode-se dizer que o direito limita⁷ o poder de intervenção do Estado, de cercear a liberdade dos adolescentes, quando estabelece regras próprias para que estes possam ter limitações no seu direito de ir e vir. Primeiro, determina que é necessária a existência de um procedimento judicial que passe pelo crivo da ampla defesa e do contraditório, respeite o princípio de que o cerceamento de liberdade é excepcional, e não regra, e conclua, em sentença judicial fundamentada, a aplicação de uma medida de internação.

A racionalidade dedutiva parte da busca de adequação de um caso concreto ao direito firmado, ou seja, a lei em abstrato vai, por subsunção, atuar em um fato ao qual ela se adequa. Neste sentido, afirma FIGUEIREDO (2013, s/d) que o “método dedutivo é aquele atrelado ao sistema do direito escrito, de tradição romana(...). Sua grande preocupação é o ideal de segurança jurídica, pelo que visa positivamente, normas escritas, e aprofundamento dos direitos materiais”.

Com base na racionalidade jurídico-dedutiva, o direito regula o espaço de atuação do Estado, limitando seu poder de ação e autorizando-o a intervir sempre no sentido de garantir que esses direitos sejam protegidos, por fazerem parte da reserva que todos os indivíduos, como titulares, permitem ao governo fazer essa intervenção. Foucault (2008, p.55) afirma que esse procedimento é uma retomada pelos revolucionários da base instituidora do direito natural, o que ele chama de “retroativo ou retroacionário”.

Na racionalidade jurídico-dedutiva, compreende-se que as limitações aos direitos serão definidas por procedimentos históricos ou formais que determinarão quais são esses direitos, ou mesmo quais direitos foram cedidos e quais não podem sofrer interferência, ou seja, os direitos é que vão impor os limites à soberania. Será que esta racionalidade pode conviver com uma governamentalidade neoliberal? Foucault aponta que outra é a racionalidade que vigora na nova arte de governar, pois não tem como privilegiar o mercado como lugar de verificação, tendo este como limitador das ações do Estado sem que se “flexibilize” ou mesmo “desconsidere”, sempre

⁷ A lei 8069/90 em seu artigo 110 determina que nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal, e mais no artigo 121, ainda, dispõe que a internação (privação de liberdade é medida excepcional). Conferir em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.

que necessário, os direitos sociais ou individuais que venham de encontro às relações de livre mercado. Não há compatibilidade entre o neoliberalismo e o estado de direito cuja soberania do governo é limitada pelos direitos individuais e coletivos, de outra forma não se pode inferir.

Os desafios desta pesquisa foram justamente identificar como os julgadores, no caso os desembargadores do Tribunal de Justiça do Pará, diante desta nova arte de governar, como afirma o filósofo francês, ante todo o discurso hegemônico de proteção aos adolescentes que vigora no direito brasileiro, as medidas socioeducativas como proteção e da legitimação do direito penal ou rede de poder punitivo (punitivismo)⁸, utilizam ou não a racionalidade jurídico dedutiva nas decisões que julgam os acusados de ato infracional.

Apesar de em capítulo próprio se refletir sobre os resultados da pesquisa, destaca-se aqui uma decisão que bem exemplifica os desafios de análise que se impuseram nesta pesquisa. Em recurso de apelação em que o Ministério Público argumenta que o juiz errou ao aplicar medida de prestação de serviço à comunidade, pois, como se trata de um ato infracional de homicídio, caberia ao juiz aplicar medida de internação e não medida em meio aberto e argumentou que, por se tratar de homicídio, não caberia outra medida senão a internação. Diante deste pedido, argumenta o desembargador, para dar provimento ao recurso e reformar a sentença de primeira instância, determinando a aplicação da internação (Acórdão 76574- TJ-Pa⁹). Assim o julgador argumenta

É cediço que o princípio fundamental que rege o Estatuto da Criança e do adolescente é assegurar a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos fundamentais, cabendo considerar, ao analisar o ato de um adolescente em conflito com a lei de que crianças e adolescente ostentam a condição de pessoa em condições peculiar de desenvolvimento. Assim sobre o prisma da recuperação do adolescente, ***há que se observar as atitudes do menor principalmente a sua conduta conforme ensinamento do mestre Cahali: “Se o objetivo da lei é a proteção é a proteção da criança e do adolescente com aplicação da medida socioeducativa tendentes a permitir a sua remissão dos autos e de procedimento irregular que possa impedir seu desenvolvimento e integração na sociedade, o que deve ser analisado é sua conduta sob o aspecto da sua adequação social***

⁸ Termo utilizado por Salo de Carvalho e Mariana de Assis Brasil Weigert para definir o movimento punitivo que hoje impera no Brasil, do qual também faz parte todo o processo de encarceramento de adolescentes. 2014 p.94.

⁹ O inteiro teor do cordão pode ser obtido em <http://wsconsultas.tjpa.jus.br/consultaprocessual/>

e da sua conformação com os hábitos e costumes tradicionalmente aceitos. Em outras palavras, não se exige que o menor tenha praticado um crime para, só então, aplicar-lhe que uma medida socioeducativa. Se assim for, a medida perderá esse caráter de proteção social e educativa, para transmutar-se em verdadeira pena (Grifei)(TJSP-C.Esp. 24.020-0 Rel. Yussef Cahali- j.23/03/95)".Grifo da pesquisadora.

E continua o Douto Julgador argumentando seu voto pela internação

Embora considerando o caráter excepcional da medida socioeducativa de internação, entendo que assiste razão ao Ministério Público ao propor a reforma da sentença a fim de seja aplicada medida mais severa objetivando a sua reeducação(grifei), inculcando-lhe valores de cidadania para viabilizar a sua reinserção na sociedade.

Como entender esta argumentação? Trata-se de proteção ou de punição? Que racionalidade utiliza o julgador? Ao ler o inteiro teor do acordão se apreende ainda que se tratava do primeiro ato infracional do respectivo adolescente, que o juiz em primeira instância, após o devido processo legal, aplicou a medida de prestação de serviço à comunidade por entender que esta era a mais adequada, além de considerar a excepcionalidade da privação de liberdade. A mesma argumentação utiliza o julgador em 2ª instância, porém para aplicar a medida de internação. Os dois utilizaram para fundamentar suas decisões artigos da Lei 8.069/90, sendo que o argumento do controle como proteção prevaleceu na decisão final.

As práticas de controle na justiça da infância sempre estão acobertadas por um discurso de proteção, impondo aos adolescentes o controle rígido do Estado, de uma arte de governar que julga de acordo com a *utilidade* da medida, porém com disfarce de uma racionalidade jurídico-dedutiva, como se verá no decorrer desta pesquisa. A naturalização da privação da liberdade, como objeto de proteção, faz com que dificilmente um adolescente pobre, que praticou um ato infracional equiparado a homicídio, por exemplo, tenha outra medida que não seja a internação.

Como se pode ver, o julgador argumenta, inclusive, que, em nome da proteção, um adolescente poderia receber a aplicação de uma medida socioeducativa, mesmo quando este não tenha praticado um ato infracional. Ora, isto se trata de uma ilegalidade. Segundo os artigos 112 e 110¹⁰ do

¹⁰ Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:...

Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal

Estatuto da Criança e do Adolescente, a medida socioeducativa será aplicada quando da prática de um ato infracional e só pode haver privação da liberdade com o devido processo legal. Porém, para o Desembargador, em nome da proteção se poderá *flexibilizar* essa norma. Neste sentido, nos ensina Nascimento (2014, p.26) que essa premissa de proteção com base no discurso do “melhor interesse da criança” acaba por justificar que a racionalidade da punição seja sempre aquela a prevalecer, sem que com isso ocorra qualquer tipo de constrangimento por quem quer que seja. A medida de privação da liberdade acaba por ser útil em uma governamentalidade onde os adolescentes pobres são submetidos ao rígido controle do Estado, porém sem que isto seja percebido como uma forma de punição, pois esse controle é percebido como positividade, evitando revoltas, “permitindo estados de bem estar que levam à aceitação das estratégias de poder e assujeitamento,” (ibidem, p32). Como bem afirma a professora Nascimento, são estratégias de biopoder, entendido este como o poder não mais sobre uma pessoa, mas sobre o homem- espécie, de assegurar sobre ele não uma disciplina, mas uma regulamentação (Foucault, 2010, p.207).

Diante do discurso de proteção e segurança, tudo cabe e tudo pode, fazendo com que o controle da vida desses meninos e meninas seja estratégia de regulação da nova arte de governar, que judicializa a vida em nome do apaziguamento da insegurança social e prevalência de um Estado que pune para proteger. Porém, não se pode afirmar, de acordo com a teoria defendida por Foucault, que esse magistrado atuou no julgamento citado, motivado, simplesmente, pela racionalidade jurídica dedutiva. Suas motivações e fundamentos acabam por descortinar, mesmo sem que ele perceba, que sua motivação segue outros fundamentos. Neste sentido se pode emprestar a reflexão de Delucy (2015, p.75):

... a liberdade não é o ponto de partida nem o fim procurado pelo neoliberalismo, ela é o recurso ficcional que permite impor como urgência a instauração dos dispositivos de segurança. Assim, pode-se dizer que a liberdade serve de referencial legitimador da imposição de dispositivos de segurança. Por sua vez, a categoria “perigo” serve para limitar as expressões da liberdade que se opõem, de uma maneira ou outra, aos interesses do mercado. Sem parecer atentar diretamente às “liberdades”, faz-se valer da existência de um “perigo” para, numa estratégia tipicamente militar, eliminar ou neutralizar o elemento perturbador ou desafiador da ordem socioeconômica vigente.

Ou seja, cercear a liberdade de um adolescente tido como *perigoso* é apenas um recurso que pode ser mobilizado para que estes, considerados inadaptados, possam ser neutralizados pelas táticas neoliberais de governar.

2.3- A racionalidade radical-utilitarista

Se na racionalidade jurídico-dedutiva o direito dita os limites da ação do governo, na radical utilitarista, Foucault, aponta para o deslocamento do centro de gravidade do direito público, com os limites sendo determinados pelo mercado. Ou seja, a razão governamental aponta para como não governar demais de forma a deixar que a liberdade de mercado, baseada na livre concorrência, construa Estado forte, que provê as necessidades dos cidadãos e oportunidades a todos para que cresçam com boas condições econômicas, operando os mecanismos dispostos nas relações de mercado, que são regidas pela manipulação de interesses. Esta via, também chamada por Foucault de via indutiva e residual (2008, p-54-55), tida como a atual via orientadora do direito público, irá partir da “própria prática governamental”. Afirma o filósofo francês que a limitação da ação governamental será definida pela utilidade que esta ação terá para o êxito do mercado, colocando para os governos as perguntas: é útil? A partir do que se torna útil? A partir do que se torna nocivo? Essa questão não é a questão revolucionária: quais são meus direitos originais e como posso fazê-los valer em face de um soberano” (p.55-56), ou melhor, a utilidade é que irá definir a intervenção ou não do governo. O utilitarismo ao qual se reporta Foucault é o radical inglês, que tem como uma de suas maiores expressões Jeremy Bentham.

Bentham (1979, p. 13-14) parte da análise que as ações dos indivíduos são direcionadas por dois sentimentos, prazer e dor, e é a partir dessa análise que defende o seu princípio de utilidade sendo a medida e a proporção da maior felicidade para o maior número de pessoas. Mulgan (2012, p .19 .), ao comentar este princípio utilitarista, esclarece

.Quando Bentham usa a frase “a maior felicidade do maior número”, no entanto, ele invariavelmente quer dizer tanto (a) que os interesses dos muitos impotentes devem ter precedência sobre o interesse dos poucos poderosos, ou (b) se um determinado benefício não puder ser provido a todos, então ele deve ser provido a tantas pessoas quantas seja possível.

Isto nos leva a refletir sobre os impactos deste princípio de utilidade junto ao tema desta pesquisa. Diante da nova arte de governar, que dá as diretrizes ao direito público atual, sendo o sucesso do mercado o escopo das ações de governo, como se colocaria a importância da garantia de direitos daqueles que, pode-se dizer, não geram o mínimo de satisfação para a ideia que hoje é colocada de um Estado forte porque tem um mercado próspero?

Essa questão talvez pudesse ser demonstrada respondendo às interrogações que Foucault nos colocou, ou seja, é útil para o governo se preocupar com assistência a um grupo de indivíduos (aqui se referindo aos adolescentes que praticaram um ato infracional), ou simplesmente se deixa que o Estado/juiz promova a segregação, traduzindo isso em satisfação para o “maior número de pessoas”?

Essa questão se pode verificar nas evidências colhidas em decisões judiciais, perceptíveis em argumentações que não só chamam atenção para a forma utilitarista como argumentou o magistrado, como também pela forma como procurou flexibilizar regras, para mobilizar a racionalidade que favoreça os seus argumentos de “o melhor para o maior número de pessoas”. Assim se pode ver no acórdão 97285/TJ-Pa¹¹ que julgou agravo de instrumento, onde o defensor procurou atacar decisão que recebeu recurso de apelação somente no efeito devolutivo, determinando de imediato a internação do adolescente mesmo sem o trânsito em julgado da sentença.

...O Juízo a quo acertadamente não concedeu o efeito suspensivo, levando em consideração os antecedentes dos infratores que não lhe recomendam aguardar o julgamento do apelo em liberdade, não podendo ser olvidado que os adolescentes se encontram em situação de risco, assim como a sociedade, ficaria a mercê de mais assaltantes. Dessa forma há perigo de dano irreparável ou de difícil reparação à sociedade (grifei) e aos próprios menores que necessitam refletir sobre a conduta perpetrada.

Nada mais evidente que a opção do julgador em ser orientado pelo princípio utilitarista da “maior felicidade, para o maior número de pessoas”, justificando, de acordo com seus argumentos, a negação de uma garantia ao adolescente de só vir a ser privado de sua liberdade com o trânsito em julgado

¹¹ O acórdão pode ser consultado em www.tjpa.jus.br

da sentença¹². O mais útil, diante da racionalidade em debate, será proteger a sociedade de um novo possível desvio do adolescente.

É preciso perceber que o utilitarismo, como descrito por Foucault, aparece como uma tecnologia de governo, assim como era o direito público na razão do estado liberal. Afirma o mestre francês que, na via revolucionária, a lei é concebida como expressão da vontade coletiva, nos termos da expressão do contrato social; já na via radical utilitarista, a lei é uma espécie de acordo entre o poder público e o indivíduo, sendo a liberdade concebida como independência dos governados em relação aos governantes, ou seja, nesta via, o marco da liberdade está justamente na independência dos governantes e não nos direitos do homem. Mulgan (2012, p.23-25), ao comentar o utilitarismo clássico com base nas ideias de Bentham, ressalta que este fez forte ataque aos direitos naturais por serem o que ele chamou de “entidades fabulosas”, ou “absurdos sobre pernas de pau”, que pretendem prevalecer sobre tudo, inclusive sobre as leis e costumes de um país, isto para demonstrar a defesa de seu princípio utilitarista, como também defender que o maior interesse dos indivíduos é a segurança e que esta é que legitima o direito penal.

O magistrado, no acordão citado, argumentou principalmente deslocando para a utilidade do cerceamento da liberdade do então infrator (o adolescente), ressaltando o perigo iminente que a não internação do adolescente poderia causar à sociedade, demonstrando toda a sua coerência com Bentham quando este discorre sobre os fins da pena, pois nesse sentido afirma o jurista inglês (2002, p.23)

Quando acontece um ato nocivo, um delito, dois pensamentos se deve oferecer ao espírito do legislador ou do magistrado: o modo de prevenir o crime para que não tome a acontecer, e o meio de reparar ,quando for possível, o mal que tem causado.

Diante das lições utilitaristas trazidas por Bentham, o magistrado não poderia dar outra decisão a não ser garantir a retirada do desviante do meio social, evitando que o perigo que aflora com ato praticado e com a possibilidade de nova prática, fosse de imediato evitado. Assim pensa e age um juiz utilitarista, que tem no direito repressivo da privação de liberdade sua base de confirmação da racionalidade a qual se alia.

¹² Nesse sentido pode ser conferido artigo 5º LVII da Constituição da República Federativa do Brasil, em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html

Não raramente o discurso da proteção no direito da infância serve para legitimar as intervenções de caráter meramente utilitarista e legitimadoras de toda uma prática governamental de apartação dos jovens pobres dentro da sociedade neoliberal, ou parafraseando Nascimento (2014, p33), em “nome da proteção, além de governar, tutelar, é preciso Punir...”.

Loic Wacquant (2001), em estudos realizados sobre o encarceramento como uma das práticas da governamentalidade neoliberal americana, já apontou que a prática do encarceramento dos jovens pobres, e principalmente negros, já ganha hoje proporções mundiais. Sempre com a prevalência do discurso de que há necessidade de que os adolescentes tenham maior responsabilidade e que a violência urbana, na sua grande maioria, estaria sobre a responsabilidade desses meninos e meninas, segundo a forma americana de gestão da miséria, baseada na conhecida política de “tolerância zero”, acaba por promover a criminalização dos pobres e a substituição do estado caritativo pelo estado penal (Wacquant, 2003).

Com base nos ensinamentos de Foucault, pode-se dizer que dois são os pontos de ancoragem da nova arte de governar marcada pela racionalidade radical utilitarista: o mercado, como lugar de verificação, e o utilitarismo, como lugar de elaboração do poder público, ou seja, de limitação do governo, já que este só deve atuar quando útil, com a clareza de que tanto a troca (mercado) como a utilidade (que orienta o poder público) são movidos pelo interesse, este sim critério da utilidade e o norteador do mercado. Esse interesse não é o interesse do Estado, mas sim um jogo entre interesses individuais e coletivos. Na nova razão de Estado, o governo, parafraseando Foucault (ibidem.p.61), “manipula interesses” e só deve intervir baseado nestes. E sobre estes será exercido o governo, pois o Estado não é um provedor de serviços, mas deverá agir como uma empresa, disponibilizando-os como produtos, seguindo a utilidade dos interesses, como aponta a racionalidade utilitarista.

Diante desse paradigma, ditado pelo jogo de interesses, é que se pode calcular qual o interesse do Estado da nova razão governamental para com os adolescentes pobres? O que é útil fazer? Essas questões já vêm sendo debatidas por alguns teóricos como Loic Wacquant (2001) e Vera Malaguti Batista (2003), especialmente o brilhante estudo da conceituada pesquisadora

brasileira que, ao realizar estudo sobre a criminalização de jovens pobres no Rio de Janeiro, não só demonstrou epistemologicamente como opera o Estado no processo de criminalização secundária da pobreza (agências que operacionalizam o sistema para o encarceramento) para os que devem fazer parte da população carcerária, como também descortinou todo o dito sistema de proteção dos juizados da infância, apontando este como fazendo parte do processo de controle punitivo dos adolescentes pobres.

Todo esse processo de seleção que é operado junto aos adolescentes pobres, como apontando por Batista (ibidem), pode indicar, de acordo com o pensamento neoliberal, falta de acúmulo de capital humano. Para melhor entendimento dessa teoria e continuando nas reflexões colidas nos ensinamentos de Foucault, se irá a seguir descrever as suas principais características.

2.4 - A Teoria do Capital Humano

Em continuação à análise de como se comporta a governamentalidade neoliberal, vale ressaltar que Foucault, para melhor tecer considerações sobre essa nova razão de Estado, faz reflexões apontando que a prática neoliberal contemporânea se apresenta a partir de dois pontos de ancoragem: a prática alemã e a americana. A primeira tem por base a República de Weimar, a crise de 29 e a reconstrução do pós-guerra com as graves consequências do nazismo. O outro ponto de ancoragem é a prática americana, o neoliberalismo como reação as regras do New Deal (medidas econômicas tomadas pelo então Governo Roosevelt, que buscavam enfrentar as consequências da crise de 1929, marcadas pelo forte controle de preço, além de investimentos na área social), política acrítica do governo de Rossevelt contrária ao intervencionismo federal e aos programas de assistência social dos governos de Harry Truman e John Kennedy.

Ao destacar-se a prática alemã, chama atenção que esta parte do referencial seria chamada Weberianismo, ou seja, o que Max Weber procurou chamar de racionalidade irracional da sociedade capitalista, com duas vertentes nas escolas alemãs: aquela que procurou encontrar caminhos para uma nova racionalidade social, que pudesse fazer frear o abuso econômico

(Escola Marxiana); e a outra, que buscava justamente encontrar caminhos que impusessem limites à irracionalidade social econômica, propondo o fortalecimento de uma nova racionalidade de cunho meramente econômico (Escola de Friburgo, chamados de ordoliberalais), que teve como a marca do mercado a livre concorrência. Sua ancoragem não está no direito e, sim, na liberdade dos preços sem intervenção estatal.

O outro modelo descrito pelo filósofo francês, o modelo americano, conhecido como anarconeoliberalismo, possui três fundamentos que o marcam na sua definição enquanto governamentalidade. Primeiro, o liberalismo é tido como elemento fundador e legitimador do Estado Americano; segundo, o liberalismo sempre esteve ligado a todos os temas e debates políticos e econômicos e; terceiro, o debate liberal passou ser visto como possibilidade de ameaça por ser percebido como introdutor de elementos que passam a ser vistos pela direita como possibilitador de uma postura socialista, e pela esquerda como um elemento alimentador de um Estado imperialista e militar. Em resumo, diz Foucault (ibidem, p.301) “O liberalismo nos Estados Unidos é toda uma maneira de ser e de pensar”. Porém, o que interessa nesta pesquisa e que serve de base a sua análise é compreender elementos que caracterizam o neoliberalismo americano e que podem ser percebidos na postura de juízes ao decidir sobre o controle da vida (biopoder) daqueles que são assujeitados às suas decisões.

Um dos destaques na nova arte de governar americana é caracterizado pela teoria do capital humano. Esta teoria adentra em campos que são de perfis não econômicos e passa a atribuir a esses campos aspectos fortes que marcam a economia. Para isso, os neoliberais americanos afirmam que, sempre, na economia, a produção teve por bases: a terra, o capital e o trabalho, sendo que o trabalho, de acordo com essa análise, nunca teve a abordagem de importância que deveria ter. Quase sempre foi visto apenas na análise quantitativo temporal. Neste sentido é que Foucault destaca a abordagem dos neoliberais que, ao se referirem a David Ricardo¹³, fazem sua crítica a este, destacando que, com a sua teoria do trabalho como valor, ou

¹³ O inglês David Ricardo é considerado um dos grandes economistas mundiais que tem como uma de suas principais obras *Princípios da Economia Política e tributação* (1817) onde debate sobre o valor do trabalho no seu aspecto quantitativa, ou seja, avalia a quantidade de trabalho necessária para a produção de um bem.

seja, sobre o tempo que seria necessário de trabalho para a produção de um bem, fez apenas uma análise quantitativa, porém não analisou o fator trabalho enquanto comportamento humano, ou seja, as condições necessárias que levariam um indivíduo a obter um trabalho e a realizar um bom trabalho. É aí que os neoliberais passam a discutir e a introduzir o tema do trabalho na análise econômica contemporânea, perquirindo e adentrando em caminhos não tipicamente econômicos. Porém, ressalta Foucault, esqueceriam por completo Marx e, se fizessem sua análise, diriam que o intelectual e revolucionário alemão, ao analisar o trabalho, relaciona este com a venda da força de trabalho que o operário vende, pois a lógica do capitalismo só busca no trabalho a força e o tempo. Ou seja, os neoliberais diriam que Marx se deteve apenas a uma análise abstrata do trabalho.

Diante disso, é fácil constatar que, para os neoliberais americanos, ao analisarem a variante trabalho, não o fizeram relacionando com a produção, porém dando importância à ação humana, colocando o indivíduo como sujeito da ação econômica, tendo no trabalho o aspecto do comportamento humano que vai lhe assegurar uma renda que lhe garantirá condições para a vida em sociedade. Logo, se há um bom empenho do indivíduo em qualificar o seu trabalho, haverá a resposta de uma boa renda futura. Neste sentido, afirma Foucault (*ibidem*, p . 307).

O problema fundamental, essencial em todo caso primeiro, que se colocará a partir do momento em que se pretenderá fazer análise do trabalho em termos econômicos será saber como quem trabalha utiliza os recursos de que dispõe. Ou seja, será necessário para introduzir o trabalho no campo de análise econômico, situar-se do ponto de vista de quem trabalha; será preciso estudar o trabalho como conduta econômica, como conduta econômica praticada, aplicada, racionalizada, calculada por quem trabalha.

Ora, para os neoliberais, a relação que o indivíduo tem com o trabalho, com o investimento feito com a sua renda (salário), vai determinar a qualidade de seu futuro na sociedade. A relação do comportamento humano no campo econômico do trabalho e o que cada trabalhador faz com a renda que recebe serão determinantes para o sucesso da sua vida econômica. Entende-se que a renda, no caso, o salário, é o fruto de um capital. Daí, desta relação entre renda e capital, é que surge a ideia da teoria do capital humano.

O capital humano seria, então, o conjunto de acúmulos, de fatores físicos e psicológicos que levariam o trabalhador a obter uma determinada

renda. Para os neoliberais americanos, o trabalho é uma máquina, mas também é uma renda, que será determinada pela qualidade do capital. Ou seja, tendo uma boa competência como capital, terá assegurada uma renda futura.

A máquina/competência, como descrita na teoria do capital humano, não está colocada no sentido da crítica ao capitalismo, de transformar o trabalhador em uma máquina de produção alienada, mas sim no sentido que, por possuir boas habilidades, ter boa competência, produzirá boas rendas, ou fluxos de rendas. Dessa forma, é o capital-competência que irá determinar o nível de renda ao qual o trabalhador terá acesso, transformando-o em empresa de si mesmo. Se o trabalhador acumulou bons produtos, possui bom capital humano, é uma boa empresa de si mesmo, em consequência possui bom fluxo de renda.

Diante da teoria do capital humano ocorre o nascimento de uma nova categoria do *homo economicus*, pois, se na sua forma clássica ele era o parceiro da troca (comprador ou vendedor), no neoliberalismo, diante das proposições do capital humano, o *homo economicus* é o empresário de si mesmo, aquele que produz a sua própria satisfação. Ele é o responsável pelo seu processo de sucesso ou insucesso, como bem afirma Batista (2010, p. 357)

O individualismo moderno deste modelo de ser humano está inserido no mercado econômico como um competidor, como um jogador. Para ele é somente o seu interesse o que importa e para este modelo de organização social também é somente isto o que importa. O *homo economicus* é o maior responsável por seu fracasso ou por suas glórias, ele é o maior responsável por si mesmo, ele é o investidor e empresário de si, ele está sozinho e com todos ao mesmo tempo.

Conduzindo esta reflexão para o campo desta pesquisa, pode-se dizer que as famílias pobres, cujos filhos se encontram em exclusão social, assim estão porque não foram capazes de acumular capital humano que lhes pudesse resultar em uma renda que viesse proporcionar condições de consumo que lhes possibilitassem boas condições de vida na sociedade. Ou seja, não conseguiram ser o verdadeiro *homo economicus* descrito pela razão neoliberal de governar, não conseguiram ser bons empresários de si mesmos. Para a concepção dos defensores desta nova arte de governar, não há necessidade de justificativas éticas ou filosóficas para esta lógica de gestão da sociedade, porque o neoliberalismo se apresenta como a única alternativa. Não

há outra saída senão o funcionamento do estado regido pela prática neoliberal, assim justificam os neoliberais, como bem leciona Marques Neto (2010).

É essa lógica que impulsiona, na atual sociedade de controle, grandes contingentes de adolescentes pobres às prisões. Há a produção de um imaginário social que carrega um sentido de que determinados grupos de crianças e adolescentes são potencialmente futuros criminosos, nesse sentido pode ser vista a reflexão de Arantes e Vaz (2012, p. 77):

Filhos de adolescentes, filhos de pais solteiros, moradores de bairros pobres, crianças com pouco rendimento escolar, com baixa inteligência, que conhecem pessoas que usam drogas ou que estão presas, que estudam em escolas de determinados bairros, que foram vítimas de abuso sexual ou do chamado bullying, crianças e adolescentes hiperativos- todas são consideradas prováveis delinquentes futuros, ensejando programas e intervenções diversas visando reduzir o risco que aportam.

Esse discurso “produtor” de delinquentes funciona dentro da lógica da teoria do capital humano, pois são contingentes tidos como incapazes de acumular capital, de gerar um bom salário ou uma boa mais valia. Seriam empresas sem gestão eficiente que, por conseguinte, por possuírem uma máquina que não funciona adequadamente, pois incompetente, os levaria a situações de busca de sobrevivência, que irão de encontro às legitimidades defendidas pela nova arte de governar.

Nas inferências feitas por Foucault (ibidem, p. 312) sobre a teoria do capital humano, este seria composto de elementos inatos e de outros elementos adquiridos. Os elementos chamados inatos poderiam ser hereditários, ou simplesmente inatos. Neste sentido, reflete o filósofo francês que a teoria do capital humano poderia demonstrar que, dependendo de determinado capital genético, se pode entender determinado risco que um indivíduo possua para o seu sucesso no campo econômico. Também significa que o homem pode ser “transcrito” em valor e, portanto, que possam existir seres humanos valendo muito e outros valendo pouco ou nada. Essa articulação de pensamento leva a inferências de cálculos no sentido de que, aquele que possui uma determinada economia familiar ou equipamento genético, para que seus descendentes também o tenham igual ou até mesmo melhor, terá que ter união com alguém que tenha pelo menos igual capital genético, o que produzirá filhos com bom equipamento. Em resumo, o que está em jogo é a produção de uma boa máquina/competência e, para que isso

ocorra, há necessidade de investimentos, como bom trabalho que gere boa renda, leve a uma colocação social privilegiada e possibilite relações conjugais com bons níveis de acúmulo de capital humano.

Em continuação, o acúmulo de um bom capital humano, ou seja, o capital humano adquirido, formado, exigiria bons investimentos no processo educacional em um sentido bem amplo. Vai desde o investimento de tempo e cuidados que as mães dedicam no contato diário com os filhos, traduzindo isto em crianças muito mais adaptáveis ao meio social, pois pais com bom capital/econômico traduziriam aos filhos maior capital cultural, até mesmo a frequência a uma boa escola. Diante da ideia de que o indivíduo é empresário de si mesmo, ele precisa fazer investimentos para que possa acumular bom capital, ao mesmo tempo em que dedicar tempo à educação dos filhos, fazer investimento para que os descendentes tenham acesso a uma boa escola, assim como não negligenciar com a renda/salário, trará um bom acúmulo de capital às gerações futuras.

Essa lógica produzida pelos neoliberais se traduz no deslocamento do sujeito de direitos para o sujeito econômico, como bem destaca Rodrigues (2014 p.48) ao refletir sobre esta lógica:

À medida que determinados valores econômicos migram da economia para outros domínios, disseminando-se socialmente, ganham forte poder normativo, instituem processos e políticas de subjetivação que vêm transformando sujeitos de direitos em indivíduos empresas. Toda uma lógica neoliberal de produção de sujeitos empreendedores, empresários de si mesmo.

Esse paradigma que afronta muitas famílias na governamentalidade neoliberal, impõe diretrizes de formação para a criação desse modelo de *homo economicus* e, de certa maneira, é construído, pode-se dizer, a partir do poder simbólico (Bourdieu, 2012) que adquiriu o discurso neoliberal, transformando as palavras e os escritos produzidos em legítimas “leis” de funcionamento da lógica econômica, sem as quais o insucesso marcaria o desenvolvimento em uma sociedade.

A teoria do capital humano é resultado de todo o processo de generalização da economia de mercado que os americanos passaram a impor a todo o campo social, indicando que a construção do capital humano de uma criança perpassa pela atitude que uma mãe terá para com o seu filho, como já dito anteriormente, e que, na verdade, esse acúmulo gerará o salário ao qual a

criança fará jus ao se tornar um adulto, obtendo como consequência para a mãe, como resultado de seu investimento, a satisfação de ver seu filho merecedor de sucesso no âmbito da sociedade de mercado.

Essa abordagem sobre a construção do capital humano tem sido disseminada nos discursos produzidos no âmbito do judiciário, nos juizados da infância e juventude, pois se pode constatar em justificativas dadas por juízes para aplicação de uma medida socioeducativa de cerceamento da liberdade, atribuindo no seu caráter julgador fundamentos na ausência de acúmulo de capital humano. Esta questão está sendo analisada na presente pesquisa e preliminarmente se pode destacar uma decisão, apenas como forma exemplificativa das afirmações preliminares aqui tecidas. Neste sentido, se pode destacar no acórdão do Tribunal de Justiça do Pará número 80560 um trecho da argumentação do julgador, onde estas questões podem ser visibilizadas.

O relatório de acompanhamento institucional (fls68/70) **informa que a família não consegue impor limites ao mesmo**, (grifo da pesquisadora) pois o Apelante fica na maior parte do tempo em situação de vulnerabilidade, inclusive na companhia de pessoas inidôneas, **além de estar sem profissionalização, sendo que a família do menor precisa de acompanhamento intensivo psicossocial concomitantemente com o adolescente, assim como necessita ser inserida em programa de geração de renda devido à precária condição financeira atual** (Grifo da pesquisadora).

E continua o julgador, em outra parte de sua decisão, argumentando pela necessidade de internação do adolescente.

Sabe-se que as medidas previstas no ECA têm natureza pedagógica objetivando sempre a reeducação e ressocialização do infrator. Neste diapasão, compete ao juiz apreciar a gravidade do ato, o grau de reprovação da conduta e aspectos pessoais do adolescente, tais como seu comportamento social, antecedentes e personalidade. **Desta feita, a medida socioeducativa objetiva, precipuamente, reintegrar o menor infrator ao convívio social, dando-lhe direções e os limites aceitos pelos seus pares**, (Grifo da pesquisadora).

Na argumentação, fica evidente que o douto julgador foi pautado pelo discurso de promoção da seleção que comporta vertentes neoliberais, separando o contingente de características do infrator de sua capacidade de estar ou não em sociedade. O que fica bem evidente é que a sua incapacidade de acumular capital humano, principalmente como integrante de uma família que, segundo dados do julgado, não poderia lhe impor limites, muito menos lhe

proporcionar condições de favorecimento a obtenção de uma renda, são elementos que potencializam a sua possibilidade de ser selecionado pelo controle punitivo.

Neste aspecto, se pode constatar que a prática decisória produzida pelo julgador construiu um domínio sobre a vida desses jovens, demonstrando como funciona o biopoder (poder não mais sobre o corpo e, sim, sobre a espécie, sobre a população). Este, com seu poder de regulamentação, diferente do poder absoluto do soberano que podia fazer morrer, irá consistir em fazer viver e em deixar morrer (FOUCAULT, 2010, p.207), visando controlar a vida com dispositivos de segurança e promovendo a redução de riscos na sociedade, dentro da lógica do punitivismo que foi descrito por Wacquant (2003) como a lógica de punir os pobres, tendo as mulheres e as crianças primeiro, os negros sempre.

Também é factível que a produção de uma carga ideológica negativa, tanto pelo juiz como por aqueles que produzem os relatórios sociais que compõem os processos infracionais, traz valoração moral das famílias, atribuindo a estas a incompetência pelo não acúmulo de capital humano e até mesmo por terem, seus filhos, atitudes que não correspondem ao que é dito como aceitável na sociedade de controle que hoje impera. Baratta (2003, p.19), neste sentido, já afirmava que essa carga ideológica presente no dia a dia dos tribunais demonstra como a história de avaliação da família pobre, que não se enquadra no modelo burguês, perdura na história brasileira e ultrapassa as mudanças de paradigmas de que muito se fala diante de uma ordem democrática nova.

No debate sobre a teoria do capital humano, o tema da insegurança social (Castel, 2005) não ganha relevância segundo a lógica neoliberal, pois, se hoje as famílias devem funcionar no modelo empresa de si mesmas, estas devem ter a capacidade de sempre se organizar e promover todos os mecanismos necessários de sobrevivência para que possam gerar a renda capaz de garantir condições de ter ganhos que lhes suportem as necessidades físicas e sociais, atribuindo a elas (famílias, indivíduos) a responsabilidade pelo presente e futuro que possam ter. Neste sentido, bem adverte Castel (ibidem, p.80):

O indivíduo tem necessidade de proteção precisamente porque, como indivíduo, ele não dispõe por si mesmo, dos recursos necessários para garantir sua independência. Portanto, onerá-lo com a responsabilidade principal do processo que deve assegurar-lhe esta independência, é na maioria das vezes impor-lhe um negócio de otário.

Ora, não se pode exigir que todas as famílias tenham o sentimento empreendedor tão propagado pela nova arte de governar, pois, para além de todo o processo de seleção e discriminação ao qual as famílias de jovens pobres são sujeitas, como bem comprovou Batista (2003), o Estado não pode se eximir de promover ações que gerem iguais oportunidade de proteção. Mas isso não pôde ser visto dentro da dicotomia abordada nos julgados já citados, ou seja, o modelo proteção/punição vem mobilizando o aparato do Estado para impor um modelo de tratamento que investe no indivíduo como um ser a espera de “domação”, que irá superar suas dificuldades com a devida interferência em suas vidas, alterando suas representações e gerando “motivações de *sair delas* como se fossem os principais responsáveis pela situação em que se encontram” (Castel, *ibidem*, p.78).

O difícil, no entanto, é promover qualquer debate que altere esse processo de reconhecimento do paradigma neoliberal. O discurso neoliberal é uno e cheio de matizes que levam a impor uma legitimidade que, na verdade, não o tem, como já dito por Marques Neto, já citado nesta pesquisa. Dessa forma, diante de um discurso de um juiz que diz promover o cerceamento da liberdade para o bem, mesmo que com justificativas que levam a uma comprovação do processo discriminatório ao qual as famílias pobres acabam por serem submetidas, dificilmente ganhará maior relevância nas salas dos tribunais, pois a vertente neoliberal irá imperar dentro da disseminação do discurso do risco, tão propagado pelos operadores do sistema penal e por vertentes do Estado que lideram o discurso disseminador da nova prática neoliberal. Neste sentido, também se pode constatar no relatório do Banco Mundial sobre os jovens em situação de risco no Brasil (2006, p.104), ao se pronunciarem os relatores.

A prevenção desses comportamentos aumentaria o bem-estar das pessoas, em termos de melhor status de saúde, maiores ganhos potenciais e um maior potencial para desfrutar a vida. Além disso, também elimina custos sociais, liberando recursos públicos para serem gastos em outras iniciativas e aumentando o crescimento na medida em que as pessoas teriam maior capital humano, e assim, maior capacidade produtiva. Isso sugere que recursos públicos

gastos no desenvolvimento dos jovens são uma parte necessária da estratégia de investimentos para o desenvolvimento econômico e social.

Como se pode ver, esse discurso promove uma mobilização que acaba por indicar que se deve implantar formas de evitar que o risco se propague na sociedade, pois evitar riscos futuros impõe economia de gastos públicos. Diante dessas afirmações, os julgadores estariam tão somente promovendo a prevenção de futuros atos criminosos e, para justificar esse tipo de prevenção, produzem análises que se configuram em uma verdadeira avaliação moral da família e do infrator. Ao propagar que a família não consegue impor limites ao adolescente, que a internação é pedagógica, que a família precisa de acompanhamento psicológico, que o adolescente se mostra sem profissionalização, o juiz estaria, tão somente, promovendo condições de que o capital humano fosse potencializado, daí a propagação de um discurso disseminador do caráter educativo da medida de internação.

Por outro lado, se temos um Estado que promove o cerceamento da liberdade amparado por um discurso para o “melhor interesse da criança”, também há de se constatar que esse mesmo Estado promove o controle punitivo, com características de aparato de Estado de Polícia, fundado na legitimidade da cultura do risco e do perigo, onde os adolescentes e jovens de famílias pobres configuram a verdadeira “classe perigosa” e, portanto, estariam na “mira”, não por serem simplesmente adolescentes, mas por serem pobres, sem capacidade de gerar renda e, ainda que a intervenção e o controle do Estado fossem justificados no intuito de busca da pacificação da sociedade, fazendo desta um fim em si mesmo.

Este paradigma que norteia o atendimento a pobres (Wacquant, *Ibidem*) também é o justificador da construção do *homo economicus* como aquele ideal que terá condições de construir um bom empreendimento individual de forma a contribuir com o maior sucesso da sociedade de mercado idealizada pelos neoliberais.

Um juiz, ao promover uma sentença de privação de liberdade, mostra, de acordo com as decisões já citadas, que sempre o faz orientado por um crédito na melhor aplicação do direito da criança, mas também sempre motivado por uma valoração subjetiva.

Isso estaria justificado na busca de melhores condições de vida para aqueles que são público do cárcere, ou seja, pode-se afirmar, preliminarmente, que o juiz estaria julgando motivado pela *boa lei*, que resultaria em futuros *homo economico*, com habilidades que lhes impediriam de retornar a uma situação de delinquência, bem no sentido do que afirma Goulart e Santos (2014, p.135): “É preciso formar a juventude, preciso torná-la um ator social importante, pois, por si só, ela não o é”.

Contrário a esta posição se pode citar Marques Neto (ibidem, p.120) que, ao analisar o processo de declínio do sujeito de direitos e a ampliação do neoliberalismo, não deixa dúvidas no sentido de que não se pode viver sem processo de exclusão diante desse paradigma, pois ela seria “endêmica ao modelo neoliberal”, já que este modelo tem como principal vertente um Estado não intervencionista, menos assistencial, onde as políticas públicas sociais de cunho caritativo, se assim se pode dizer, são tidas como responsáveis por afastar o desenvolvimento estatal. A exclusão se torna um mal aceitável, já que os excluídos “não são necessários” para nada. Por isso, lhes sobram a intervenção do poder judiciário e o aumento das prisões.

Toda esta análise nos leva a novamente mobilizar Foucault (2010) no sentido de compreender essa nova tecnologia de poder que se chama biopoder¹⁴, que atua no sentido de fazer com que a forma de deixar morrer seja justamente na atuação do *racismo de estado*, que vai estabelecer a relação entre aqueles que devem viver e os que devem morrer, dividindo as espécies, parafraseando Foucault (ibidem, p.214-215), em raças, fragmentando e dividindo a população. Entretanto, essa forma de racismo, onde se pode incluir a seleção que impera junto aos adolescentes pobres das comunidades sensíveis, não é um racismo que mata pela força das armas, mas aquele que tem como uma de suas funções uma relação considerada como positiva, no sentido afirmado pelo mestre francês de que “quanto mais você deixar morrer, mais por isso mesmo você viverá”. O racismo introduz uma forma de tecnologia do poder que, comungada com o discurso neoliberal, transforma o encarceramento de adolescentes em uma ação do Estado legitimada como positiva pela sociedade, pois nos diz o mestre francês (ibidem, p.215).

¹⁴ Foucault afirma que o biopoder é uma tecnologia de poder que tem como principal objetivo a vida, o poder de fazer viver e deixar morrer (2010, p.208)

De uma parte de fato, o racismo vai permitir estabelecer, entre a minha vida e a morte do outro, uma relação que não é militar e guerreira de enfrentamento, mas uma relação do tipo biológico: “quanto mais as espécies inferiores tenderem a desaparecer, quanto mais os indivíduos anormais forem eliminados, menos degenerados haverá em relação à espécie, mais eu- não enquanto indivíduo, mais enquanto espécie – viverei mais forte serei, mais vigoroso serei, mais poderei proliferar”. A morte do outro não é pessoal; a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado ou do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura.

Ora, cada vez que um juiz analisa a vida de um jovem que agiu contrário às normas do direito e lhe atribui características que lhe enquadram em um perfil que estaria fugindo de padrões que para ele seriam os ideais na sociedade, não só está lhe avaliando quanto às suas habilidades na acumulação de capital humano, como também, de acordo com a teoria de Foucault aqui mobilizada, estaria lhe aplicando uma forma de avaliar a possibilidade de, como espécie humana, manter seu estado de vitalidade ou simplesmente deixar que morra diante do papel desempenhado pelo racismo de estado, como condição aceitável no modo operado pela tecnologia do biopoder. Mas é preciso compreender que há várias formas de morrer: a morte aqui falada e seguindo a teoria mobilizada é a morte indireta, a possibilidade de expandir os riscos de que uma pessoa possa vir a morrer, como também a “morte política, a rejeição e expulsão” (ibidem, p.216).

Colocar em um documento e em nome do poder público que uma família não se enquadra em determinados padrões aceitáveis na sociedade ou não consegue ter condições de dar educação, de proporcionar condições para que os filhos acumulem capital humano que lhe resulte em melhores condições de satisfação na vida, ou mesmo de ditar “limites” para que o jovem tenha uma convivência pacífica na sociedade, é uma maneira de impor as regras que orientam o funcionamento da nova arte de governar. A rejeição impera tanto nos pais como no próprio adolescente e ambos acabam por serem inseridos no sistema punitivo, capitaneados pelo neoliberalismo, pela exclusão, tanto por não serem capazes de acumular o capital humano necessário para fazer frente à concorrência estabelecida para serem capazes de possuir uma renda, como pelo processo que gesta o biopoder através do racismo de estado.

Sabe-se que o discurso operado em torno da medida socioeducativa tem sido o de legitimá-la como uma forma eficiente de promover

a reeducação, a ressocialização, e de considerá-la não como um instrumento de mera responsabilização do adolescente que foi acusado da prática de um ato infracional. O discurso oficial, muito produzido com base no que ficou conhecido como a doutrina da proteção integral, ou seja, a orientação normativa de que crianças e adolescentes sempre devem ser protegidas e todo esforço deve ser empenhado no sentido da busca de universalização de acesso a direitos (Amin, 2006, p. 13-20), produz nos julgamentos dos processos em que estão sendo avaliadas condutas ditas como infracionais, um esforço dos juízes de querer fazer justificativas que coloquem a sua decisão dentro deste padrão, operando muitas vezes dicotomias que, se analisadas, serviriam tanto para absolver como para condenar um adolescente à privação de sua liberdade. Isso bem pode ser visto no acórdão já citado acima (Acórdão 76574), onde o magistrado insiste em reforçar a importância de se proteger uma criança e um adolescente, de respeitar seus direitos fundamentais, inclusive de afirmar que, para que um adolescente venha a cumprir uma medida socioeducativa ele não precisaria ter praticado um crime, pois, segundo seus argumentos, esta serviria tão somente para proteger, já que a doutrina vigente seria a da proteção integral.

Ora, apesar deste ser um tema que será tratado mais a frente quando se falar da excepcionalidade da medida socioeducativa de internação, cabe aqui algumas considerações iniciais, pois, se a medida poderia ser aplicada mesmo sem a ocorrência do ato infracional, para que serviria o processo judicial e o juiz? Para que serviria esse julgamento? Talvez o magistrado não perceba que a sua lógica de produção do discurso não tenha nada a ver com o ato ocorrido, com a lógica de afirmação de direitos, com a produção de instrumentos que possam declarar a doutrina da proteção integral, mas sim, a lógica do julgamento segue outra racionalidade, que só se pode verificar na leitura do acórdão, onde a visão que impera, mesmo talvez sem a percepção do julgador, é de estabelecer o etiquetamento, tão compatível com o discurso unificador da arte de governar neoliberal. Esta é uma hipótese testada no presente trabalho.

O artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, que orienta para o paradigma da proteção integral, se antecipou até mesmo à Convenção dos Direitos da Criança de 1989. A produção do poder constituinte

é sempre lembrada como que decorrente de um processo que resultou da mobilização da sociedade civil em defesa dos direitos humanos da criança, que culminou na inclusão citado artigo (SDH-2010. p.20-46). Este norteamento legal faz com que a justiça para crianças e adolescentes esteja sempre em um conflito marcado por ambientes moralistas e justificadores de várias contradições, fazendo com que a ambivalência marque muitos dos julgados nesta área do direito. O discurso pedagógico procura disfarçar o aspecto punitivo, assim como faz com que a promoção do controle dos adolescentes pela aplicação de uma internação seja operada de uma maneira que exerça uma configuração pautada no discurso *de tudo faz para proteger*.

Essa produção, operada dentro de um contexto neoliberal, tem promovido descontentamentos múltiplos. Se, de um lado, o Estado/Juiz diz que aplica a medida para proteger e, de outro, a mídia¹⁵ mobiliza para a mudança legislativa na justificativa de que esta protege demais os jovens, ainda uma terceira vertente, formada por uma boa parte dos movimentos de direitos humanos de crianças e adolescentes, promove amplo debate no sentido de que há necessidade de qualificar o atendimento socioeducativo de forma que os adolescentes recebam a melhor educação possível nos centros de internação. Nas entrelinhas do discurso, algumas coisas ficam latentes: a legitimação do controle punitivo dos adolescentes, a imperatividade de um modelo de sociedade de controle e não mais meramente disciplinar; que outras formas foram incorporadas para a legitimação do direito penal e, com isso, a emergência de uma sociedade de controle que opera com a flexibilização e desregulamentação das relações sociais, ou como bem afirmou Deleuze (2008. p.2015):

É certo que entramos em uma sociedade de “controle” que já não são exatamente disciplinares. Foucault é com frequência considerado como o pensador das sociedades de disciplina, e de sua técnica principal, o confinamento (não só o hospital e a prisão, mas a escola,

¹⁵ Reflexões sobre este debate da mídia que busca uma ampliação do direito penal pode ter como leitura o texto de ALBUQUERQUE. Fernando da Silva, GOMES. Marcus Alan de Mello. Mídia Medo e Expansão Punitiva. IN. PINHO. Ana Cláudia Bastos de, DELUCHEY. Jean-François, GOMES. Marcus Alan de Melo.(Coords.). Tensões Contemporâneas da Repressão Criminal. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2014, p.73-92.

a fábrica, a caserna). Porém de fato, é ele um dos primeiros a dizer que a sociedade disciplinar são aquilo que estamos deixando pra trás, o que já não somos. Estamos entrando nas sociedades de controle que funcionam não mais por confinamento, mas por controle contínuo e comunicação instantânea.

Estas afirmações nos remetem a inferir que, apesar de não se ter um rompimento com o modelo disciplinar (as prisões, por exemplo), este passa a ser reconfigurado dentro de uma sociedade de controle, regida pelo biopoder, onde a forma de regulação das relações sociais está impingida a seguir as configurações neoliberais.

Pode-se indagar: será que essa proposta de direito da infância como introduzido no Brasil pode funcionar em uma reconfiguração neoliberal da sociedade? Claro que esta pergunta mereceria uma pesquisa própria, porém, a partir desta análise preliminar, se podem fazer algumas inferências, diante das teorias aqui estudadas.

De pronto se pode refletir sobre a necessidade de uma ampliação na intervenção do Estado para que possa promover, não através do encarceramento, mas de ações de governo que gerenciassem um amplo projeto de assistência social, capaz de promover a inclusão das famílias pobres até a satisfação plena dos direitos fundamentais a todas as crianças e adolescentes, como universalização de todas as políticas públicas. Ora, tem-se que perguntar se não é justamente isso que a nova arte de governar orienta como não compatível com o projeto neoliberal. De início, se pode dizer que seriam propostas incompatíveis dentro desta nova governamentalidade, porém os discursos produzidos nos ambientes judiciais são justamente contrários a isto, ou seja, produzem um discurso de ampliação da garantia de direitos, mas usando de práticas, utilizando a promoção do controle pelo encarceramento, como uma forma de garantir direitos. Ou, como diz Baratta, (ibidem. p. 29).

Em relação aos adolescentes pobres, o modelo criminalizador agiria então de maneira negativa: os adolescentes pobres são reprimidos exatamente pelo fato de serem pobres, mas os adolescentes infratores, ou assim considerados, são privados de seus direitos de proteção exatamente pelo fato de serem infratores.

Sabe-se que a racionalidade radical utilitarista busca que a prática penal tenha custo mais baixo possível e, como afirma Foucault (2008, p. 341), os utilitaristas buscaram na possibilidade legislativa, a afirmação deste paradigma, pois, segundo eles, a lei seria a forma mais barata de instituir um

sistema de punição que funcionasse na lógica do quanto menos custo melhor, pouco importando a sua eficácia. A sua marca está justamente no princípio de utilidade, onde a lei determina o crime e a pena a ser aplicada, restando ao juiz somente a sua aplicação, como uma mecânica própria e fácil de ser operada pelo sistema, que atua na responsabilização do *homo penalis* e, pela fórmula lei\crime\pena, realiza de forma menos custosa a operacionalização do sistema penal, articulando, dessa forma, o *homo penalis* ao *homo economicus*.

Diante dessa lógica, o que deve prevalecer é a atuação do sistema na reprovação do indivíduo, não do ato, apesar de a lei sancionar atos. Porém, na lógica utilitarista não são estes que se quer atingir, mas sim o indivíduo, pois este é que se quer punir, que se quer mostrar como exemplo do que não fazer, operando, assim, a condução do sistema penal a toda uma prática meramente individualizante, que acaba por estigmatizar aquele que praticou um ato considerado pela lei como infracional.

Diante desses questionamentos levantados, há necessidade de que se possa melhor estudar a relação entre punição e proteção diante das medidas socioeducativas. Faz-se necessário, para complementar as teorias aqui estudadas, compreender como opera o sistema de responsabilização ou de proteção aos adolescentes que foram acusados da prática de ato infracional, pois estas reflexões são determinantes para o desenvolvimento desta pesquisa e isto é o que se fará no capítulo seguinte.

3. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO: PARA QUE SERVE?

3.1. O Sistema de Responsabilização do adolescente acusado de ato infracional

Discutir sobre o sistema de responsabilização dos adolescentes acusados da prática de um ato infracional impõe, inicialmente, compreender como se comporta o discurso oficial operacionalizado pelo dispositivo de repressão criminal, que se desenvolve criando um verdadeiro paradoxo entre repressão/proteção e promovendo compreensão contraditória sobre o direito

infracional¹⁶. Constroem, ainda, afirmações que são percebidas pela sociedade como ausência de responsabilização e benesses de uma lei protetiva a adolescentes tidos como desviantes¹⁷.

De acordo com o discurso oficial, as medidas socioeducativas são a resposta que o Estado dá para o caso, comprovado em devido processo legal, de prática de um ato infracional cometido por um adolescente. (Ramidorf, 2012. p.14).

É preciso entender que, até a provação da lei 12.594/12¹⁸, não havia, de forma explícita, a definição dos objetivos da própria medida socioeducativa. Tal fato, por si só, gerava debates infundáveis entre juristas, de um lado, e outros técnicos que operacionalizam os direitos da criança, como assistentes sociais, psicólogos, pedagogos etc., que atribuem caráter meramente educativo a elas; e de outro lado os que reconheciam na medida um caráter retributivo, o que, como já informado, será avaliado no momento oportuno.

O artigo 1º, §2º, da legislação citada dispõe que os objetivos da medida socioeducativa são:

- I- A responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;
- II- A integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio de um plano individual de atendimento; e
- III- A desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.
- IV-

Esses três incisos, por si só, rompem com muito do discurso de proteção que alguns defensores dos direitos da infância poderiam apontar com

¹⁶ Termo utilizado por Alexandre Moraes Rosa para o direito quando trata do sistema de responsabilização do adolescente a quem se atribui a prática de um ato infracional, a partir da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, (Lei,8069/90) . Pode ser conferido em Rosa. Alexandre Moraes da. Introdução Crítica ao Ato Infracional. Princípios e Garantias. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007 p. 5

¹⁷ Neste sentido pode ser visto a pesquisa realizada pelo IBOPE onde 83% da população Brasileira coloca-se favorável a redução da idade penal o que pode ser consultado em <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/paginas/83-da-populacao-e-a-favor-da-reducao-da-maioridade-penal.aspx>.

¹⁸ A Lei 12.594 de 18 de janeiro de 2012 é uma lei que estabelece diretrizes para a implantação de uma política nacional de atendimento socioeducativo, como também em uma segunda parte traz as normas que irão regular o processo de execução da MSE. O artigo 1º §2º descreve os objetivos da medida socioeducativa. A lei pode ser consultada em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/l12594.htm .

relação a medida socioeducativa, pois fica claro o seu objetivo de responsabilização e retribuição pelo Estado.

Também é preciso esclarecer que a legislação que estabelece o SINASE (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo) reforça o elenco das medidas socioeducativas como descritas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, apontando como medidas

- a) Advertência;
- b) Obrigação de reparar o dano;
- c) Prestação de serviços à comunidade;
- d) Liberdade Assistida;
- e) Semiliberdade
- f) Internação em estabelecimento educacional
- g) Qualquer das medidas de proteção descritas no artigo 101, incisos I a VI ¹⁹.

Importante destacar que um rápido olhar induz à armadilha de reduzir às medidas a disposição do juiz a apenas sete, porém uma leitura mais atenta faz com que seja percebido que o último item trata justamente das medidas de proteção que, neste caso, podem ser aplicadas como resposta a um ato infracional. Ou seja, aquele elenco que seria de sete medidas socioeducativas a disposição do juiz acabam se tornando, na verdade, doze, ou seja, muitas opções, possibilitando, assim, ser garantida a exceção da aplicação da medida de internação, isto apenas para ser lembrado que não faltam opções ao julgador.

Sabe-se ser tal elenco exaustivo, sendo que o julgador deverá, ao aplicar a medida, levar em consideração a capacidade do adolescente em cumprir, as circunstâncias em que ocorreu o ato infracional e a gravidade deste. Mas, também o juiz só deveria aplicar uma medida, com exceção da advertência, se no devido processo legal ficar evidenciada a existência de provas suficiente de autoria e da materialidade do ato.

¹⁹ Essas medidas são: I-encaminhamento aos pais e responsáveis, mediante termo de responsabilidade, II-orientação, apoio e acompanhamento temporário, III- matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV-inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V- requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ambulatorial; VI-Inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento e alcoólatras e toxicômanos.

É preciso compreender que, apesar do elenco indicar que se parte da medida menos grave para então chegar à internação – mais grave-, não existe medida que não imponha um caráter de imposição na sua aplicação, pois gera consequências na vida dos adolescentes, como bem afirma Rosa (2006, p.291). Relacionando-se com as lições de Bourdieu sobre poder simbólico, afirma-se que todas as medidas são violentas, pelos menos simbolicamente. Isso é importante ser observado para que se possa lembrar que, mesmo a aplicação de medida menos gravosa, de acordo com o que dispõe o legislador, não se pode, em hipótese alguma, negligenciar o devido processo legal.

O discurso oficial²⁰ reforça que a medida socioeducativa não pode ser aplicada como uma substituição da oportunidade de acesso às políticas públicas de educação pelo adolescente. Ora, a medida, como já se pôde verificar, tem objetivo bem claro “responsabilizar o adolescente pela prática de um ato infracional”. Dessa forma, promover a aplicação de uma medida socioeducativa como justificativa para atividades como ausência de frequência à escola, ou por ter frequentando bares ou festas noturnas, fere a regras explícitas, como também promove o desvio do que é pregado no discurso oficial.

A aplicação de uma medida socioeducativa, diante do entendimento prescrito pelo legislador importa em seguir regras e princípios expressos, que devem orientar tanto a aplicação como a execução dessa medida. Neste sentido, para aplicação se deve levar em conta a capacidade do adolescente em cumprir a medida, assim como, para que a internação seja aplicada, considerando ser esta uma medida que importa privação de liberdade, o julgador deve ter em conta que ela é excepcional, tem a duração breve e considera a condição especial de desenvolvimento dos adolescentes.²¹ Também se faz necessário observar que, só em 2012, com a deliberação do legislativo, as medidas socioeducativas passaram a contar com regulação expressa de seu processo de execução. Até essa data, tudo seguia à pura

²⁰ É importante afirmar que aqui quando se esta referindo ao discurso oficial se está relacionando com o que prevê a legislação sobre os direitos de adolescentes acusados da prática de um ato infracional (Lei 8069/90 e 12.594/12)

²¹ Conferir o que dispõe o artigo 121 da lei 8069/90 que pode ser consultada em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

discricionariedade do juiz. Com a atual norma que regula a execução das medidas socioeducativas, outros princípios vieram a se somar àqueles já dispostos na norma estatutária, além da reafirmação dos que já estavam dispostos na própria Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente, como: legalidade, excepcionalidade, brevidade, proporcionalidade em relação à ofensa cometida, não discriminação, fortalecimento de vínculos familiares e comunitários, individualização na execução da medida; além da inovação trazida de destacar como princípio a priorização de práticas ou medidas restaurativas.

Tantas regras e princípios, que possuem expressão de assegurar o reconhecimento do caráter garantidor de direitos que marca a Constituição Brasileira, causam a falsa impressão de que a formalização de uma regra ou princípio pelo processo legislativo democrático resulta impactos rápidos na vida dos meninos e meninas que estão no sistema socioeducativo brasileiro. Entretanto, como compreender que a cada ano se multiplica o número de adolescentes internados em cumprimento de medida socioeducativa (SDH. 2011. p.07), já que o princípio orientador é a excepcionalidade da internação? Além disso, como entender que, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça²², mais de 66% dos processos analisados não contavam qualquer intimação do adolescente para que se manifestasse sobre o direito de recorrer da decisão que lhe aplicou a medida de privação de liberdade, diante de tantas garantias processuais que lhe são dedicadas?

Não é uma lei que muda a direção do processo de criminalização que atinge os adolescentes. Como bem afirma Santos (2001. p.91), a reprodução da criminalização promove verdadeiras inversões daquilo que deveria orientar a prática da legislação, como a internação, que deveria ser exceção e passa a ser o “carro chefe” das medidas socioeducativas.

Dessa forma, é preciso entender que, se há um discurso oficial que busca criar uma ilusão de tudo em nome da proteção integral. A sua prática, na verdade, promove a criminalização do adolescente levando em consideração a sua situação de pobreza, ou mesmo, como ensinada por Santos:

²² Pode ser conferido em levantamento sobre o panorama nacional da execução da medida de internação realizada pelo conselho nacional de justiça . http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf

a marginalização da juventude é a primeira e mais evidente consequência de relações sociais desiguais e opressivas garantidas pelo poder político do Estado e legitimadas pelo discurso jurídico de proteção da igualdade e da liberdade. (ibidem, p94.)

A criminalização dos adolescentes vem sendo operada por uma série de afirmações, como se observou nas decisões já citadas anteriormente. Estas igualam o cerceamento de liberdade à proteção da dignidade desses meninos, operando um verdadeiro discurso de segregação para o “bem”. Neste, tudo cabe em nome da bondade protetiva e se esquece, por completo, de toda a promoção de discursos legislativos de garantias de princípios e de formalização de regras que, no disfarce do discurso de proteção, acabam por impor uma seletiva punição.

Além do já descrito, é preciso esclarecer que a produção legislativa ainda garante ao adolescente acusado da prática de um ato infracional direitos individuais personalíssimos que serviriam para impedir uma atitude arbitrária do juiz. Diz-se que deveriam impedir porque o discurso oficial produzido pela norma, de acordo com esta pesquisa, não passa de discurso, pois a racionalidade a prevalecer nos julgados da infância tem como marca o utilitarismo radical, como será visto em item próprio. O direito “penal do menor” (querendo fazer referência ao direito penal do autor²³), que viola garantias individuais sem qualquer constrangimento, na firme argumentação de que tudo será feito para o seu bem ou em nome de uma boa educação a qual ele está *obrigado* a aceitar - já que o desvio é visto como falha individual - vem prevalecendo na prática da justiça. Nesse sentido, afirma Santos

Medidas de privação de liberdade da juventude preveem atividades pedagógicas obrigatórias (art.123, parágrafo único), porque o ato infracional é encarado como falha individual no processo educativo e a educação obrigatória como compensação dessa falha. A socialização do adolescente, como incorporação de seres humanos no grupo social, corresponde ao pensamento jurídico do modelo **consensual** de sociedade, no qual a socialização depende da vontade individual, sua falha é atribuível ao adolescente ou sua família, e agressões a normas e valores são conflitos entre indivíduos e sociedade; ao contrário para o modelo **conflictual** a sociedade é uma unidade contraditória com pluralidade de valores e de normas, o crime é mero conflito entre autor e vítima, cuja a solução deve proteger a vítima sem lançar o autor às feras, porque socialização só pode existir com livre desenvolvimento da personalidade. (Ibidem, p.95)

²³ “O direito penal do autor quando a norma se preocupa com quem o autor é e não com o fato por ele cometido”. LEITÃO JÚNIOR. Joaquim. *Qual a diferença entre o direito penal do autor e o direito penal dos fatos?* Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 19 de setembro de 2008.

Nesse sentido, estando os julgadores impondo um processo *educativo obrigatório*, a medida socioeducativa de internação passa a ser vista como mera remessa do adolescente a um educandário, ficando evidenciado se tratar de uma pena coercitiva, pois não teria ele o direito de negar participação nessas atividades “pedagógicas”. Com relação a esta questão, afirma Rosa (ibidem, p.300) que é direito do adolescente não aceitar participar de ditas atividades pedagógicas, pois, caso contrário, se estaria incorrendo em atitudes contrárias ao que se poderia considerar garantidor de uma proteção integral, como remete o discurso oficial, e, até mesmo, lembrando os campos de concentração onde os presos eram obrigados a trabalhar. Porém, bem se sabe que esta não é uma possibilidade a disposição dos jovens que são sentenciados com a internação, pois as repercussões punitivas são bem evidentes e os conhecidos relatórios sociais não “aliviarão” a ânsia punitiva, como se viu em algumas decisões.

Além dessas questões, o adolescente acusado de ato infracional ainda tem assegurado, além de outras garantias dispostas na Constituição Federal, como a presunção de inocência e o direito de recorrer em liberdade, aquelas expressas no Estatuto da Criança e do Adolescente²⁴, quais sejam:

- I- Direito de somente ser preso em flagrante de ato infracional ou por ordem judicial;
- II- Identificação dos responsáveis por sua apreensão;
- III- Comunicação imediata à autoridade judiciária e à sua família;
- IV- Somente ser internado provisoriamente (internação antes da sentença de aplicação da medida socioeducativa) por decisão fundamentada do juiz, desde que possua indícios suficientes de autoria e materialidade do ato infracional, com demonstração da necessidade imperiosa da medida;
- V- Somente ser privado de sua liberdade com o devido processo legal;
- VI- Pleno e formal conhecimento da acusação que lhe é feita;
- VII- Igualdade na relação processual, com direito de produzir todas as provas necessárias à sua defesa;
- VIII- Defesa técnica por advogado

²⁴ Conferir as disposições dos artigos 106 a 111 da lei 8069/90 que pode ser consultada em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

IX-Assistência judiciária gratuita

X- Direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;

XI-Direito de solicitar a presença de seus pais ou responsáveis em qualquer fase do procedimento.

Além de todas essas garantias, existe um conjunto de normas internacionais que adentram no ordenamento jurídico brasileiro e que hoje compõem o conjunto de dispositivos jurídicos que devem orientar os atores que promovem o atendimento aos adolescentes envolvidos com a prática de ato infracional. Pode-se destacar aqui a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, as Regras de Beijing, as Diretrizes de Riad e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade etc. O importante, como afirma Rosa (2007, p.7), é que o adolescente envolvido em atos infracionais deve ser considerado sujeito em desenvolvimento e com autonomia, munido de garantias. Caso contrário, o paradigma tutelar permanece.

Entretanto, uma grande contradição se faz presente no contexto de garantias atribuídas aos adolescentes. O artigo 174 da norma estatutária, marcando o resquício das regras autoritárias do Código de Menores, permite a privação da liberdade do adolescente para a sua “segurança pessoal ou manutenção da ordem pública”. Ora, como pode uma pessoa ser punida por estar sendo “vítima” de alguma coisa, ou melhor, por estar correndo o risco de sofrer alguma agressão? Isto não remete a um Estado de Polícia que privilegia lei e ordem em detrimento de garantia de direitos fundamentais? Será que, por se tratar de adolescente que praticou um ato infracional, o legislador está autorizado a negligenciar com as normas constitucionais?

As respostas a estas questões remetem não só a entender os resquícios da tradição brasileira no tratamento dispensado a crianças e adolescentes, mas a entender a pesquisa que resultou neste trabalho, pois não se pode simplesmente abstrair que o ECA, guardados os méritos que possui, carrega conteúdos autoritários e que seguem a uma orientação neoliberal. Este acaba, pois, por ditar regras que confrontam com o direito do adolescente em ser sujeito autônomo de direitos, deixando ao Estado-Juiz um caminho aberto

para valorações subjetivistas que atingem justamente aqueles atingidos pelo direito infracional: adolescentes excluídos nas periferias brasileiras.

Ora, o controle punitivo opera sobre esses meninos por fazerem parte da “população problemática” (GIOGIO, 2013, p.96), e o encarceramento, parafraseando Wacquant (2001, p.96), serve para regular os seguimentos inferiores do mercado de trabalho. A alternativa apontada na nova arte de governar para as agências estatais que regulam os dispositivos punitivistas²⁵ é tirar o “adolescente-problema” do meio social e encarcerá-lo. A conveniente leitura isolada do artigo 174 citado dá abertura para as interpretações subjetivistas que se acumulam nas decisões dos juizados da infância, com raríssimas exceções. Ou seja, a seletividade operada diante dos adolescentes que cometem ato infracional funciona de tal forma que, até mesmo quando podem ser vítimas, a resposta do Estado é o encarceramento. Afirma Zaffaroni, (2011, p.53):

Assim como a seleção criminalizante resulta da dinâmica de poder das agências, também a vitimização é um processo seletivo que corresponde à mesma fonte e reconhece uma etapa primária. Na sociedade, há sempre pessoas que exercem poder mais ou menos arbitrários sobre outras pessoas, seja de forma brutal ou violenta, seja de forma sutil e encoberta.

Não se tem como fugir de perceber que, diante do modelo de Estado que hoje impera, não sobra para esses meninos e meninas uma condição de vítima. Apesar do processo de exclusão do qual fazem parte, sempre serão percebidos, por parte do movimento criminológico que seleciona e encarcera, com o respaldo do discurso falacioso de que são pertencentes à *classe perigosa* e que internar lhe resulta em melhor educação. Para confirmar, basta ler os julgados citados nesta pesquisa.

Diante às reflexões do jurista argentino, não se tem como não concordar que a força seletiva que as agências impõem aos processos de ato infracional declara que as medidas socioeducativas não foram pensadas para serem aplicadas ou executadas com matriz norteadora de respeito às garantias constitucionais. Ou seja, de qualquer forma, a “flexibilização” dessas garantias lembra o modelo econômico que impera na sociedade de controle hoje vigente.

²⁵ Para aprimorar entendimento consultar SILVA. Adrian Barbosa. Manifesto Realista Marginal. Boletim IBCCRIM. Ano 22. Novembro de 2014. P.11-12.

Pode-se inferir, como hipótese a ser verificada no discurso dos julgadores, que estes utilizam diversos matizes para operar um controle punitivo travestido de proteção e que opera a sua seleção combinando argumentos legais disfarçados de boa intenção. Pode-se afirmar que este discurso serve tanto para afirmar a “bondade do estado”, como para impor o biopoder, regulando de tal forma a aplicação de medida socioeducativa, principalmente a de internação, que faz com que o adolescente pobre, autor de um ato infracional, dificilmente possa escapar das amarras da justiça sem o estigma de *delinquente que precisa ser educado*. Precisa-se compreender, como afirma Giorgio (ibidem, p.87), que:

O recrutamento da população carcerária ocorre com base na identificação (mas melhor seria dizer “invenção”) das classes de sujeitos considerados produtoras de risco, potencialmente desviantes e perigosas para a ordem constituída. Assim, não são mais tanto as características individuais dos sujeitos que constituem o pressuposto (e ao mesmo tempo o objeto) das estratégias de controle, mas sim aqueles indícios de probabilidade que permitem reconduzir determinados sujeitos a classes perigosas específicas. Isso significa, concretamente, que categorias inteiras de indivíduos deixam virtualmente de cometerem crimes para se tornarem, elas mesmas, crime.

Se os adolescentes pobres são considerados na contemporaneidade pertencentes a essa classe perigosa (Wacquant, 2001), o discurso de proteção serve apenas para legitimar a atuação das agências que operam o sistema penal com um discurso não penal, pois, como bem afirma Zaffaroni (2011 p.72), o discurso penal é legitimado por três tipos de elementos: os legitimadores, os orientadores e os negativos. Estes últimos, condicionados pelos primeiros (por sua vez, constituídos pelas teorias das penas), são elementos que servem para dizer o que fica fora do discurso jurídico-penal. Como bem afirma o jurista argentino, servem, simplesmente, para reforçar o discurso penal, colocando, de forma arbitrária, aquilo que juridicamente não seria poder punitivo, mas que, na verdade, o é, puramente. Daí porque serem chamados de elementos negativos, e são estes argumentos que buscam legitimar a internação de adolescentes como mera ação pedagógica. Para melhor aprofundar esta questão se faz necessário buscar elementos das diversas teorias das penas que possam contribuir com um o entendimento sobre para que serve a medida socioeducativa.

3.2. Medida socioeducativa de internação: punição, educação ou proteção.

3.2.1. O discurso oficial legitimador das penas

A produção de discursos que legitimam a pena mobiliza juristas e outros estudiosos que, no intuito de buscar justificações para a existência ou fortalecimento do direito do estado de punir, não medem argumentos e construções de teorias, sempre no intuito de justificar e demonstrar o êxito e a importância do direito penal.

É preciso que se possa compreender que o controle social exercido pelo direito penal tem destino certo e, como afirma Barata (2013, p.165), ao operar a seleção no processo de criminalização secundária, povoam, com incrementos de rigor, o direito penal. Isto porque a criminalização secundária se ocupa, principalmente, daqueles que já estão excluídos pelo mercado por não conseguirem acumular o capital humano²⁶ necessário a fazer frente às concorrências que ele impõe, o que é corroborado com as afirmações de Baratta (2013, p.165)

As maiores chances de ser selecionado para fazer parte da “população criminoso” aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia liberal contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o status de criminoso é atribuído.

Neste sentido, algo latente é a forma como os adolescentes pobres são atingidos pela criminalização secundária, sendo que o rigor da justiça atua sempre operando um discurso que procura não relacionar com o dispositivo de repressão penal. Até mesmo colocam certo argumento descarado ao potencializar o encarceramento sob a justificção meramente educativa, como visto em decisões pesquisadas.

Diante da produção deste discurso, é importante que se possa discutir a relação da medida socioeducativa de internação com as conhecidas

²⁶ Aqui se ferindo a teoria do capital humano como já exposto no capítulo primeiro desta pesquisa, de acordo com os argumentos de Foucault em o Nascimento da Biopolítica.

teorias da pena. Apesar de não ser objetivo desta pesquisa aprofundar essas teorias, não se pode fugir do tema, pois se apresenta como necessário para compreender o confronto com a produção do discurso de proteção, muito comum nas decisões judiciais estudadas no âmbito deste trabalho.

3.2.2- As teorias justificadoras da pena

Sabe-se que a forma de legitimar o direito penal como um direito igual²⁷ que atinge a todos se afirma, principalmente, no impulso justificador operado pela teoria da pena que se apresenta, principalmente em três principais argumentos discursivos (Santos, 2012, p.419): a retribuição do crime, a prevenção geral e a prevenção especial da criminalidade.

A pena como retribuição, como “mal justo, contra um mal injusto do crime, necessário para realizar justiça e restabelecer o Direito” (ibidem. p.421), é fórmula das mais antigas, tendo como marco maior a *Lei de Talião*, “do olho por olho dente por dente” (Guimarães, 2007, p.102). Nesse processo histórico, acabou por ser uma das faces de justificação do direito penal, povoando o imaginário da sociedade como sendo uma resposta legítima do Estado a um crime cometido.

A retribuição, de acordo com as contribuições literárias trazidas pelo grande jurista Juarez Cirino dos Santos (ibidem, p.421-423), está presente na literatura principalmente embasada em 04 formulações:

1- o impulso causado no imaginário popular, como retaliação pelo mal causado pela prática do crime; a contribuição da tradição judaico-cristã ocidental, que vem para operar influência cultural de conotação de justiça divina no imaginário social;

2- a formulação contida na teoria kantiana justificadora do caráter retributivo como compensação pelo mal praticado;

²⁷ Mito este desconstruído por Barata, ao afirmar que que o direito penal não defende a todos e que a lei penal também não é igual para todos, mas sim opera uma seleção que vai rotular os selecionados principalmente aqueles excluídos da sociedade, que não estão incluídos no mercado, assim como o direito penal como todo direito Burguês, expõe contradição fundamental entre a igualdade forma dos sujeitos de direito e a igualdade desigual dos indivíduos. Barata (ibidem p.-162-164)

3- a da teoria de Hegel com uma concepção mais jurídica, já que entendia que o delito era uma negação do direito e a aplicação da pena restabelecia o império da lei que foi violada pelo infrator;

4- e a legitimação da retribuição pela própria lei penal que autorizaria o julgador à aplicação de uma pena que demonstrasse o potencial de reprovação pela conduta praticada pelo infrator.

As teorias absolutas, com ou sem novas aparências, ainda hoje fazem parte do discurso oficial de legitimação do direito penal, mas recebem críticas tanto quanto à sua concepção como mera “expição”, quanto como compensação contra um mal praticado. Assim afirma o jurista Roxin sobre o tema

...el Estado, como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. La voluntad de los ciudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre en paz e libertad; está limitado a esta tarea de protección. La idea que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el del sufrimiento de la pena). Sólo es susceptible de una creencia o fe, a la de que el Estado não puede obligar a nadie desde el momento em que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo. (Roxin, 1997, p.84)

Acrescenta ainda quanto à retribuição como expiação,

Sin embargo, con la “expiación” se piensa a menudo que el autor acepta interiormente la pena como justa compensación de la culpabilidad, que asimila moralmente su comportamiento delictivo, se purifica y recobra por dicha expiación su integridad humana e social. Naturalmente tudo isto es deseable. Pero no se puede servir para justificar la pena retributiva, pues una vivencia expiatoria de este tipo, que en la realidad se da muy raras veces, constituye un acto moral autónomo de la personalidad, que no puede imponerse a la fuerza y que , por lo demás, puede ser motivado muchísimo mejor por una pena que no retribuya, sino que ayude. (ibidem, p.85):

Ora, o que Roxin procura demonstrar é que a retribuição como compensação ou expiação não tem como funcionar da forma como é proposta, porque fere as bases do poder recebido pelo Estado e não cumpre o que promete, ou seja, não promove a recuperação moral do infrator pela simples “expição”.

O jurista Juarez Cirino dos Santos, ao descrever as críticas às teorias retributivas, afirma que a principal crítica jurídica se baseia justamente na ausência de carácter democrático, pois, se o direito penal tem como objeto a proteção de bens jurídicos e não a promoção da vingança, não existiria

legitimidade do Estado para realizar a retribuição tão somente. Além de que, não há qualquer comprovação científica que possa, de alguma forma, justificar a retribuição, já que não se tem como demonstrar a “liberdade de vontade do ser humano, pressuposta no juízo de culpabilidade” (ibidem, p.423).

Outra teoria mobilizada no discurso oficial que legitima a necessidade do direito penal é a que coloca a pena como prevenção para a não ocorrência de novos delitos, que deve repercutir tanto como exemplo em toda a sociedade (prevenção geral) como junto ao próprio infrator (prevenção especial).

A função de prevenção especial, de acordo com o que leciona Santos (ibidem, p.424) deve ser realizada pelos responsáveis pela aplicação e execução da pena. Na aplicação será dimensionada a pena que possa responder de forma a garantir que sua individualização responda pelo impacto de gerar a suficiente e necessária resposta ao fato criminoso praticado, capaz de impor uma barreira que paralise o indivíduo na prática de novos crimes, conhecida como prevenção especial negativa. Ou seja, seu objetivo é fazer com que aquele indivíduo não pratique novos delitos²⁸. Na execução penal, a proposta de prevenção especial positiva é atributo dos técnicos (assistentes sociais, psicólogos, educadores, sociólogos e etc) que terão a responsabilidade de promover a ressocialização do infrator.

Esta teoria de prevenção especial também recebe críticas que devem ser expostas para a contribuição aos objetivos a que este capítulo se propõe. Primeiro, seguindo os argumentos trazidos por Juarez Cirino, o processo de responsabilização penal imposto pela pena de privação de liberdade realmente segrega e impede que aquele, rotulado de criminoso, possa praticar delitos fora do âmbito da prisão (prevenção especial negativa). Ou seja, realmente ocorre a neutralização do condenado, como afirma o jurista paranaense. Entretanto, quando se fala da prevenção especial positiva, do processo de ressocialização que ocorreria na prisão, as críticas são bem evidentes no aspecto de que o Estado não pode obrigar pessoas a terem um enquadramento moral de acordo com que o prega o discurso oficial, ou seja,

²⁸ Neste sentido por ser visto o que leciona ao afirmar que a posição diametralmente oposta a teoria da retribuição se encontra na interpretação de que a finalidade da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista da prática de novos delitos. A prevenção especial diferente da retributiva se apresenta como uma teoria relativa. (tradução nossa) Roxin. (ibidem , p.85).

como afirma o professor Juarez, “o estado não tem o direito de melhorar pessoas segundo critérios morais próprios e, enfim, prender pessoas fundado na necessidade de melhoria terapêutica é injustificável” (ibidem, p.425).

Este discurso da socialização é o mais recorrente na aplicação das medidas socioeducativa de internação. Observa-se que, além de promover um discurso de justificação do controle punitivo dos adolescentes, também promove um enquadramento ambivalente, afirmando que a não ocorrência da escolarização fora dos âmbitos das celas será, nestas, potencializado, o que pode ser verificado no acórdão 63104/AP²⁹, que atribui a não escolarização do adolescente a responsabilidade individual deste, que acaba por ser qualificado como pessoa que “não gostar de estudar”. Com relação a este tema, se aponta ainda o que dispõe Baratta :

Antes de falar em educação e de reinserção é necessário, portanto, fazer um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade em que se quer reinserir o preso. Um tal exame não pode senão levar à conclusão, pensamos, de que a verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade, antes que pelo condenado: antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo assim, a raiz do mecanismo de exclusão. De outro modo permanecerá, em quem queira julgar realisticamente, a suspeita de que a verdadeira função desta modificação dos excluídos seja a de aperfeiçoar e de tornar pacífica a exclusão na ideologia legitimante do estado social. (ibidem, p.186)

Ora, o que criminólogo italiano provoca com seus argumentos é buscar fazer com que se possa descortinar todo esse processo de seleção implantado pelo discurso legitimador do controle punitivo dos pobres³⁰, que camufla o processo de segregação dos escolhidos pelo poder disseminador das práticas neoliberais de exclusão daqueles que não são úteis para o processo de fortalecimento do mercado como espaço de “vitoriosos” e não de quem não promoveu o acúmulo necessário para ser útil ao mercado. Para esses serve a prática de “vigiar e punir”³¹, na expressão de Michel Foucault.

Desta forma, o que a crítica jurídica da prevenção especial positiva impõe reconhecer é que ninguém pode ser obrigado a se educar, muito menos de que isso deva acontecer dentro de um processo de segregação, de

²⁹ Pode ser buscado no site do tribunal de justiça do Pará <http://wsconsultas.tjpa.jus.br/consultaprocessual/> consultado em 10.11.2014

³⁰ Como bem afirmou Loic Wancquat em sua importante obra “as prisões da miséria”

³¹ Aqui se referindo as lições de Foucault

ausência de interação com a sociedade, pois, parafraseando Barata “a educação promove o sentimento de liberdade e de espontaneidade do indivíduo: a vida no cárcere tem um caráter repressivo e uniformizador” (ibidem, p.184).

Outra teoria que ganhou repercussão no processo de justificação da pena é a da prevenção geral, que também possui uma formulação negativa e outra positiva. A formulação negativa consiste em promover um exemplar impacto junto à sociedade de forma que a aplicação de uma pena possa repercutir como inibição geral da prática delitiva, pela exemplar imposição de uma pena. Já a prevenção geral positiva, de acordo com a formulação no embasado dos ensinamentos de Santos (ibidem, p.426) é conhecida como teoria da prevenção/integração, que tem como expoente na sua fundamentação sociológica Niklas Luhmann³² com sua fundamentação teórica sistêmica de dar ao direito o atributo de “estabilização social, orientação da ação e institucionalização de expectativas normativas” (ibidem, p.426).

Roxin, ao se reportar a teoria da prevenção geral, assim se posiciona

La teoría preventivogeneral tiene también dos ventajas fundamentales frente a la preventivo especial. En primer lugar, puede demostrar sin compromiso que incluso en ausencia de peligro de repetición del hecho no se debe renunciar totalmente a la pena; la sanción es necesaria porque los delitos que se quedan sin consecuencias para el autor, incitan a la imitación. Y en segundo lugar, el principio de la prevención general no tiende a sustituir descripciones claras del hecho por pronósticos de peligrosidad vagos y arriesgados para el Estado de Derecho; por el contrario, exige disposiciones a ser posibles exactas porque el objeto de la prohibición debe estar fijado exactamente si el ciudadano debe ser motivado a distanciarse de una determinada conducta. (Roxin ibidem., p.92)

Desta forma, ao legitimar a prevenção geral, destaca principalmente as suas vantagens frente ao que considera como pontos negativos da prevenção especial, destacando, principalmente, o respeito a posições consideradas por ele importantes de acatamento ao Estado de Direito.

As críticas a esta teoria têm lançado sua força nas duas dimensões da prevenção geral. Quanto à prevenção geral negativa, é apontada como permissiva de que direitos fundamentais sejam violados ao não definir uma

³² Pode ser conferido em LUHMANN, N. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B. ; SAMIOS, E. M. B. (Org.). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.

medida para a delimitação da duração da pena (Roxin. *Ibidem.* p.93), além do que historicamente já se utilizou da imposição de penas cruéis sem que o efeito intimidatório tenha sido empiricamente comprovado, como também a ausência de critério limitador e de “transformar a ameaça penal em terrorismo estatal” (Santos, *ibidem.* 427).

Dieter (2008, p.185), ao comentar a prevenção geral positiva em seu indicado papel de normalizar as relações sociais de acordo com a proposição sistêmica de Luhmann, como já anteriormente citado, se transporta para a proteção dos ditos bens jurídicos sociais de forma abstrata e acaba por atribuir grande importância ao atendimento das expectativas sociais, em detrimento da responsabilidade individual. Isto, de acordo com o citado professor, interfere negativamente nos direitos fundamentais. Afirma ainda, ao analisar a atual conjuntura, que

Assim, para todos os casos de violação de bens jurídicos aos quais a mídia dedica-se com particular entusiasmo, e cuja a consequência é a inevitável reação popular exigindo punições, o magistrado convertido em responsável por estabilizar a “paz social” vê-se no mínimo inclinado ou, no máximo, moralmente obrigado a condenar o(s) réu(s) destes casos que mais afetam a consciência coletiva, pois caso contrário estaria frustrando as expectativas da sociedade, causando um desequilíbrio na ordem social e uma desconfiança geral nas instituições. Converte-se, consoante esta lógica, o réu em “inimigo da ordem” e a possibilidade ou intensidade de punição não é mais definida pelas categorias analíticas do fato punível, mas pela necessidade de reafirmação das instituições do poder oficial. (*ibidem*, p.186-187)

As afirmações do ilustre professor impulsionam a lembrança de julgados³³ analisados para esta pesquisa, onde, não raras vezes, os discursos produzidos pelos magistrados justificam a não aplicação do princípio da excepcionalidade da internação pelo interesse maior de estabilização de uma chamada “paz social”. Em nome dela, o discurso do encarceramento ganha sua força, com o devido apoio da grande mídia, que ao provocar o “pânico moral” (Zaffaroni, 2012. p.327) acaba por impor um “dever” de encarceramento aos adolescentes no qual o julgador se legitima para não frustrar as expectativas da sociedade.

Muito se viu nos julgados analisados como o discurso fundado na prevenção geral positiva e negativa permeia os valores explícitos nas decisões

³³ Pode-se ver como exemplo os julgados 71689/2008, 6567/2007, 62437/2006, 61951/2006 que podem ser consultado e, www.tj.pa.jus.

que foram objeto de estudo nesta pesquisa. A produção do discurso de integração/prevenção é utilizado muito como forma de querer reproduzir um imaginário de que com isso será firmada uma confiança da sociedade de que as leis estarão sendo cumpridas e, que, com isso, os bens jurídicos em perigo abstrato, não ficarão sem a devida proteção do direito penal. A prevenção negativa, muito útil ao discurso da governamentalidade neoliberal, dando suporte ao discurso do quanto menos gastar melhor (Guimarães, 2007, p38) vem não só justificando o encarceramento em massa dos adolescentes, como também permite a flexibilização da propagada doutrina da proteção integral, isso sempre com uma justificativa de incutir a exemplaridade da punição no contexto da sociedade, provocando uma desmotivação na prática de delitos.

Como se pode ver, existe um vasto repertório de argumentos legitimadores do encarceramento dos adolescentes, que vai desde legitimar a sua privação de liberdade como discurso de promoção da educação, até mesmo como o discurso do que é *melhor para a sociedade*, o que será discutido em item próprio, na busca de mobilizar todos os possíveis elementos justificadores da política oficial do encarceramento que promove o controle punitivo embasado nos mais diversos discursos.

Ainda analisando os discursos oficiais legitimadores da imposição da pena, é importante abordar as teorias unificadoras que utilizam o argumento da retribuição e da prevenção para justificar os fins da pena. Segundo estas teorias, chamadas de teorias mistas, parte-se das afirmações contidas nas teorias da retribuição, prevenção geral e prevenção especial, para justificar os fins da pena (Roxin, *ibidem*, p.93). Dessa forma, a justificação da pena criminal aglutina as outras teorias, buscando afastar as questões relacionadas com as críticas que a elas são feitas (Santos, *op cit*, p.428). A pena representaria, de acordo com os as explicações do jurista Juarez Cirino dos Santos:

A)Retribuição do injusto, realizado mediante compensação ou expiação da culpabilidade b) prevenção especial positiva mediante a correção do autor pela ação pedagógica da execução penal, além de prevenção especial negativa como segurança social pela neutralização do autor e, finalmente c) prevenção geral negativa através da intimidação de criminosos potenciais pela ameaça penal e prevenção geral positiva como manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica etc. (*ibidem*, p.930)

Esta forma unificada das diversas finalidades da pena vem servindo para amparar decisões onde tudo cabe para acobertar o encarceramento em massa, desde a forma absoluta de simplesmente repelir o injusto (retribuição) até a justificativa de que também opera a ressocialização ou reeducação do preso. O certo é que a principal justificação das teorias mistas estaria em que nenhuma teoria isolada (retribuição, prevenção especial ou prevenção geral) dá conta de explicar a imposição de uma pena (Roxin, op.cit., p.94).

No Brasil, como afirma Santos (ibidem, p.429), o código penal abarcou a teoria unificada quando em seu artigo 59, ao definir que a pena deverá ser aplicada de acordo com o que for necessário para a prevenção e reprovação do crime, abarcando assim a retribuição (pela reprovação) e a prevenção e suas diversas facetas descritas nas teorias da prevenção geral e especial.

A teoria unificada recebe as mesmas críticas que incidem nas formas separadas, ou seja, os defeitos não desaparecem por se terem unificados os argumentos (Santos, ibidem, 430). Continua nesta teoria a retribuição com sua ideia de compensação ou expiação da culpabilidade, a ideia de neutralização e intimidação do criminoso, ou seja, o discurso da unificação em nada supera as críticas que já foram aqui descritas quando se discutiu as teorias em sua forma individualizada. Pensa-se que apenas faz com que tudo caia em um lugar comum que possa dar a pena qualquer uma das finalidades já apontadas.

Constata-se, com isto, que a produção de discursos oficiais é prodigiosa na legitimação do direito penal e, conseqüentemente, da pena.

3.2.3- As Contribuições de Zaffaroni com a sua proposta agnóstica da pena.

A pena, no entanto, encontra reações deslegitimadoras como a posição de Zaffaroni (2011), o qual afirma que não existe *nenhum elemento positivo na pena*, ou seja, segundo o jurista argentino a “pena é um mero ato de poder que só tem explicações políticas” (ibidem, p.108) e apresenta um conceito negativo ou agnóstico desta. Afirma ainda não ser possível outro entendimento, já que o discurso oficial legitimador da pena abarca um poder

que não admite outra racionalidade, a não ser a legitimação desse poder punitivo.

Zaffaroni (ibidem, p.114) leciona que as diversas funções manifestas à pena decorrem da função geral de defesa social, mesmo a retribuição chegando por via indireta. Todas essas teorias afastam o conflito e legitimam a exclusão da vítima do modelo punitivo, por isso protegem/defendem os tais bens jurídicos.

O jurista argentino divide as funções legitimantes do poder punitivo em dois grupos, a partir das teorias que racionalizam a pena. O primeiro grupo é formado pelas teorias que procuram descrever que o valor positivo da criminalização atua sobre toda a sociedade (teorias da prevenção geral: positiva e negativa). O segundo grupo, as teorias que justificam que a pena irá gerar resultados sobre os que praticaram o delito, chamadas prevenção especial, como já visto anteriormente, também apontam, na sua forma negativa, no sentido de neutralizar o delinquente, e, na positiva, no sentido de promover a sua ressocialização, o que Zaffaroni chama de “ideologias re: reproduzem um valor positivo na pessoa” (ibidem, p.115).

O jurista afirma então que, de cada um desses grupos de teorias, não se pode fazer qualquer leitura sem se ater às questões manifestas em suas análises, buscando demonstrar suas consequências, valores que pregam e quantidade de pena pra cada caso.

Ora, Zaffaroni (ibidem, p.117-119) afirma que, quanto à prevenção geral negativa, não se pode deixar de expor que esse processo de buscar causar exemplaridade, de acordo com essa teoria, principalmente com relação aos delitos com finalidade lucrativa, sempre será orientado pela seleção que o poder punitivo impõe, de aplicação das penas sempre aos vulneráveis. Assim como, ao se defender que a prevenção geral negativa estaria relacionada com a capacidade de racionalidade do ser humano, esta impede que o direito penal seja compreendido como um direito de polícia, o que, segundo o jurista, é pura afirmação falsa, e explica:

Dar por demonstrado que o ser humano empreende um frio cálculo de rentabilidade perante cada impulso infracional é arriscar-se numa ficção. Mesmo um discurso penal legitimante não pode fundar-se numa óbvia falsidade, e o uso desse argumento equivale a uma confissão de que não existe base sólida em ocultar a natureza policial do poder punitivo. (ibidem, p.120)

Ou seja, não adianta as afirmações do discurso oficial de legitimação da pena buscar justificações no poder de dissuasão, pois este não é verificado empiricamente e não se pode negar a sua essência de poder policial.

De acordo com o jurista argentino, a função de prevenção geral positiva, com sua estratégia discursiva, trata o delito como um instrumento de comunicação com os ditos não delinquentes. Ou seja, a pena seria a expressão comunicativa que neutralizaria a prática de delitos na sociedade (ibidem, p.122). Entretanto, Zaffaroni ressalta que isto nada mais é que uma forma de legitimar a operação de falseamento da realidade realizada por operadores políticos com argumentos sustentados pelas agências de comunicação. Segundo ele, “o direito penal converte-se em uma mensagem meramente difusora de ideologias falsas” (ibidem , p. 123).

Pode-se recordar o processo de construção midiática que determinados casos de violação da lei penal ganham dentro da sociedade. Lembra-se aqui do caso conhecido como “Eloá”³⁴ (nome de uma adolescente que foi acabou sequestrada e morta por seu ex-namorado em Santo André-São Paulo). e da forma como a mídia o abordou: impôs uma responsabilidade tão forte ao acusado que jamais teria ele qualquer possibilidade de defesa, nem que fosse para construir alguma justificação para todo o ocorrido. O acusado sai do local do crime já “condenado” pela opinião pública e pela justiça. A construção do discurso foi de tal maneira “exemplar” na punição que mesmo as dúvidas de que se poderia ter sido ele ou a não a atirar, foram logo sendo abruptamente desconstruídas, sempre buscando demonstrar que a sociedade deveria entender que este era um fato inaceitável, no firme propósito de fazer a disseminação do discurso intimidativo e legitimador do encarceramento como opção para os desvarios cometidos.

Dessa forma, a mídia foi o instrumento apoiador da confiança no dispositivo de repressão, fazendo com que o ato e o sofrimento daquela família fosse utilizado como referência para colocar o discurso maniqueísta dos que prestam ou não na sociedade, faz deste discurso o apoio necessário à manutenção do funcionamento do sistema penal, como exitoso e de respostas

³⁴ As matérias podem ser consultadas, em todos os meios de comunicação da época, cita-se o site de notícias da rede record: <http://noticias.r7.com/record-news/video/acusado-pela-morte-de-eloa->

contra a violação de regras na sociedade, onde o sistema age para punir determinados delitos e deixar outros sem a punição pregada, como afirma Zaffaroni (ibidem, p.123).

As Teorias de Prevenção Especial Positivas, que pregam o “melhoramento” do autor da prática considerada delitativa, atua de tal forma que, defendendo o Estado como conhecedor do que deve ser bom para o indivíduo, defende também a intervenção daquele no sentido de como sua intervenção irá promover uma transformação no criminoso impondo-lhe um modelo de ser humano ideal, através de uma intervenção punitiva que é um bem.

Ora, parafraseando Zaffaroni (ibidem, p. 127), esses argumentos demonstram nada mais que a atuação do Estado de Polícia em detrimento do Estado do Direito, e complementa:

É evidente que com esse discurso o estado de direito é substituído por um estado de polícia clínico ou moral, conforme seja o melhoramento policial-biológico-materialista (positivismo criminológico) ou ético-idealista (correlionalista). Definitivamente, trata-se de uma intervenção do estado que, caso fosse factível – contrariando todos os dados sociais- consistiria numa imposição de valores na qual ninguém crê, privada de todo momento ético, desde que desconhece a autonomia própria da pessoa.

Desta forma, o que discursa o poder punitivo é que a pena irá promover um melhoramento moral do indivíduo e irá com isso fazer cessar sua prática delitativa. O que reflete Zaffaroni é de que não só se possa compreender a inutilidade desses argumentos, mas que também são discursos legitimadores de um estado de polícia, não sustentáveis em um estado de direito.

Já a prevenção especial negativa, como já descrito, visa à pessoa do criminoso no sentido de simplesmente buscar sua contenção para que não pratique novos crimes. Ora, argumenta Zaffaroni (ibidem, p.126) que, se há uma barreira física impeditiva desses atos, óbvio que não serão praticados fora desse âmbito de impedimento. Porém, o obstáculo mecânico ou físico apenas impede a prática delituosa e não significa que o criminoso esteja desmotivado à prática de crimes.

Zaffaroni discute ainda a ideia de pena como prevenção da violência com base no debate do direito penal mínimo³⁵, que propõe a aplicação ampla de garantias no firme propósito de minimizar a atuação do direito penal. Ou

³⁵ Neste sentido pode ser visto Luigi Ferrajoli em direito e Razão e Razão. Teoria do Garantismo Penal. Revista dos Tribunais.3ª Edição.São Paulo 2010. p.785-881

seja, este só atuaria em casos onde o conflito fosse extremo. Esta teoria tem firme inspiração liberal, mas coloca o poder punitivo sempre ao lado dos mais fracos (a vítima por ocasião do delito e o criminoso por ocasião da pena). Diante desses argumentos, Zaffaroni explicita

Este tarantismo positivo implicaria uma profunda mudança na política criminal, cuja orientação vertida para a eficiência deveria deslocar-se na direção da defesa de direitos.

A atual criminalização não cumpre essa função, salvo em casos excepcionais. A teoria do direito penal mínimo reconhece isso e, portanto, propõe uma radical redução do poder punitivo. Não há nada que objetar quanto à proposta de que as agências políticas tratem de circunscrever à criminalização primária aos raros casos graves nos quais, por inexistir uma solução culturalmente viável correr-se-ia o risco de provocar piores consequências para o autor e, talvez, também para a vítima e para terceiros, bem como de que as agências judiciais se atenham às estritas regras limitadoras do direito penal liberal. Contudo, deve-se observar que essa proposta é totalmente contrária ao que acontece e implica a realização de um modelo de sociedade bem diverso. (ibidem p. 129)

Desta forma, não bastaria alteração no modelo ou forma de exercer o direito penal, mas sim uma mudança na estrutura da sociedade. Pois, enquanto o direito penal tiver atuando com firme proposta de seleção dos culpados se configurando apenas como instrumento de controle social da pobreza, não será a alteração no modelo normativo que implicará em alteração no processo de encarceramento. Isso bem já foi exposto e ditado por Deleuze (Ibidem): *o direito não está na lei, mas na jurisprudência*. Uma sociedade, cujo modelo regulador se baseia no mercado não terá sua estrutura punitiva alterada desta forma.

São inegáveis os aspectos positivos que podem ser encontrados no direito penal mínimo. Porém, como afirma Carvalho (2015, p.234): “Apesar da virtuosa e coerente construção do discurso legitimador da intervenção punitiva o modelo garantista não consegue ultrapassar os limites do normativismo e a ilusão do bom poder punitivo”, pois, os seus pontos positivos não conseguem suplantar as deficiências e equívocos que estão engendrados no poder punitivo legitimado por um modelo de sociedade maniqueísta e controlador da pobreza por meio da prisão.

Diante dessa realidade, Zaffaroni defende uma teoria agnóstica da pena, tendo por base a negação de qualquer justificação do poder punitivo. Cabe desta forma, segundo o jurista, implantar uma proposta de redução de dano. Como ensina Carvalho ao comentar a teoria do jurista argentino

Reduzir dor, tendo o sofrimento do outro como representação, seria a única alternativa ética, teórica e instrumental possível na atual condição que o direito penal é aplicado. Esta possibilidade emerge da opção de negar qualquer possibilidade de justificação do *postesta puniendi*. A crítica pressuporia, portanto, direcionar esforços para minimizar os riscos gerados pelos aparatos punitivos, desnudar a retórica penal (discursos declarados e não cumpridos) e retomar a natureza política da pena. Distante de qualquer idealização seria recolocado no campo político da manifestação do poder. (Carvalho *ibidem*, p.236).

A proposta de Zaffaroni significa reconhecer que não existe uma justificativa que possa atribuir valor positivo à pena e, portanto, causa danos. A alternativa proposta seria a busca de redução do poder punitivo, já que, diante da existência do poder de polícia, que de certa autorização de todo estado de direito, não teria como ser extinto. Portanto, segundo Zaffaroni, ter estratégias de redução de danos causados pela pena deve ser o objetivo perseguido sempre. Santos (*ibidem*,. p.432), ao comentar a teoria agnóstica da pena, diz que do ponto de vista científico, esta representa a negação das funções declaradas ou manifestas da pena.

Essas afirmações, tanto das teorias que legitimam a pena como das reflexões trazidas pelo jurista argentino, levam a reflexão sobre o sistema de responsabilização prescrito pelo Estatuto da Criança e do Adolescente quanto à aplicação de uma medida socioeducativa de internação. Já se viu que o discurso oficial trata esta medida com um cunho pedagógico, porém não foge às afirmações de seu caráter retributivo. Isto após o que ficou expressamente definido na Lei 12.594/12³⁶, que, em seu artigo 1º, § 2º, afirma que são objetivos da medida socioeducativa: a responsabilização do adolescente, a integração social do mesmo e a desaprovação da conduta infracional.

Ou seja, a medida socioeducativa é resposta do Estado pela prática de um ato infracional com a responsabilização dos adolescentes, que poderão receber uma das medidas do artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, como já anteriormente descrito.

Diante dessas afirmações, como se pode analisar os discursos quanto à natureza da medida socioeducativa de internação? Que diferença isto causa diante do poder da justiça? Este é um ponto que se buscará compreender para melhor explicitar a continuidade das referências discutidas

³⁶ Lei que pode ser consultada em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/l12594.htm

nesta pesquisa, ajudando no entendimento do processo de julgamento e aplicação de uma medida de internação, partindo das construções teóricas já discutidas.

3.3. Medida socioeducativa de internação e o debate sobre sua natureza.

Não raras vezes se tem visto reflexões acadêmicas (ou não) que buscam atribuir às medidas socioeducativa as mais diversas naturezas, buscando às vezes deslegitimar seu caráter punitivo/retributivo e lhe atribuindo caráter protetivo. Nogueira Neto (1998, p.32-33), ao se referir às alterações trazidas pela Constituição da República de 1988, afirma que em hipótese alguma se pode falar em responsabilização penal de crianças e adolescentes no Brasil. E mais, que a separação etária entre crianças e adolescentes não está baseada no discernimento e, sim, em uma conveniência política.

Segundo o referido autor, crianças são totalmente irresponsáveis e adolescentes são responsabilizados de acordo com o sistema de responsabilização do Estatuto da Criança e do Adolescente, “em que pese inimputáveis/irresponsáveis penalmente”. Ao se referir aos dois sistemas (um de consideração da irresponsabilidade de crianças quanto à prática de ato infracional e o outro de responsabilização dos adolescentes, quanto a esta mesma prática assim), posiciona-se

Deste modo, além de uma medida protetiva *strito sensu* (previdencial), é impossível aplicar-se-lhe uma medida socioeducativa, de natureza diversa e em função da sua responsabilização especial pelo ato infracional. Medida essa, todavia, que- apesar de diversa da medida de proteção- se inclui no campo ampliado da proteção integral. (ibidem, p.37)

Desta forma, Nogueira Neto busca explicitar que existiriam dois campos de proteção: um *strito sensu*, o das medidas de proteção alocadas no artigo 101 da lei 8069/90, aplicadas às crianças e adolescentes; e um outro sistema de medidas de responsabilização aos adolescentes, no qual a medida socioeducativa estaria enquadrada no sistema de proteção amplo, em sentido lato, em decorrência do que estabelece o ECA em seu artigo 1º, sobre a proteção integral ao adolescente, o que conclui com a seguinte afirmação:

Com isso chegamos à afirmativa de que – quando se trata de adolescente em conflito com a lei penal- a ordem jurídica brasileira o vê como responsável e sancionável, pela prática dos seus atos infracionais, em que pese à inclusão na esfera da proteção integral (art. 1- lei cit).. (ibidem, 37)

Apesar do paradoxo entre responsabilização e proteção, o que busca o citado jurista, é afastar qualquer finalidade penal das medidas socioeducativas.

Outros, entretanto, não conseguem atribuir outra natureza às medidas socioeducativas a não ser o seu caráter penal retributivo. Por exemplo, Liberati (2006, p.142) afirma que não existe outra possibilidade para as medidas socioeducativa a não ser de atribuir um caráter sancionatório-punitivo- retributivo, pois as medidas socioeducativas são a resposta do Estado ao ato infracional praticado pelo adolescente. Dessa forma, concluiu o jurista,

Em verdade a citada lei não pretende dar caráter sancionatório-punitivo-retributivo às medidas socioeducativas; porém, outro significado não lhe pode ser dado, vez que estas correspondem à resposta do Estado à prática do ato infracional e, por isso, assumem o caráter de inflição/sanção, a exemplo das penas, e não de prêmio. (op.cit, p.142)

Afirma ainda, de forma a buscar esclarecer suas afirmações,

Já anotamos, que essa nova perspectiva, sem dúvida, revela o caráter impositivo (coercitivo), sancionatório e retributivo, das medidas socioeducativas. É impositivo. Porque a medida é aplicada independentemente da vontade do infrator; é sancionatória, porque, com a ação ou omissão, o infrator quebra a regra de convivência social; é retributiva por ser uma resposta ao ato infracional praticado. (ibidem, p.142)

Liberati procura demonstrar que diferente de pensar a responsabilização do ato infracional dentro de um sistema protetivo maior, deve-se atribuir à medida o seu caráter retributivo, que fica bem manifesto ao ser analisado no contexto de responsabilização como imposição e não como opção ao adolescente.

O tema é abordado ainda por outros juristas. Pode-se destacar aqui Ramidorf (2012, p.45) que, ao se referir especificamente à medida de internação, atribui a esta cunho especificamente protetivo-pedagógico, apesar de ressaltar a sua gravidade como sendo a mais severa a ser aplicada ao adolescente.

Ressalta o referido Promotor de Justiça que, por ser esta a medida mais grave, não poderá o julgador furtar a atenção à condição peculiar de

desenvolvimento do adolescente, muito menos a excepcionalidade da medida, não devendo ser aplicada caso outra seja cabível.

Com posição contrária a Ramidorf, pode-se destacar o que leciona Sposato (2013, p. 149), que afirma que a medida socioeducativa nada mais é do que uma forma de controle punitivo do adolescente através do exercício do poder coercitivo do Estado. Assim explicita sua posição a citada jurista

Representando o exercício do poder coercitivo do Estado e necessariamente implicando uma limitação ou restrição de direitos ou de liberdade, a medida socioeducativa imposta ao adolescente como resposta ou reação estatal ao cometimento do ato infracional tem inegável natureza penal e, de uma perspectiva estrutural qualitativa, não difere da pena. (ibidem, p.149)

Desta forma, Sposato reafirma que a medida socioeducativa possui caráter penal retributivo e as únicas diferenças estariam justamente no destinatário ao qual a medida socioeducativa se destina, ou seja, ao adolescente, reconhecendo que este tem peculiaridades que precisam ser levada em consideração no momento da aplicação da medida, como por exemplo, a sua condição de peculiar de desenvolvimento, devendo o direito se adequar a esta situação.

Ainda vem à lembrança o que afirmou o pedagogo Antônio Carlos Gomes da Costa ao fazer análise sobre a medida socioeducativa no seu aspecto entre a pedagogia e justiça. Afirma que, neste caso, ele visualizava um ponto em comum, que era justamente a responsabilização do adolescente. Além do que, diz ele que nada de benevolente ele apontaria na aplicação dessa medida, assim se posicionando o saudoso pedagogo

A natureza das medidas aplicáveis aos adolescentes responsabilizados penalmente pela autoria de ato infracional desmente fragorosamente qualquer acusação de benevolência e paternalismo. Ao contrário, trata-se de uma pedagogia baseada - antes de mais nada - na severidade e na justiça, . (COSTA, Apud, FRASSETO. 1998, o.167)

O que o jurista afirmou é que, apesar de a medida ser chamada de pedagógica, nada de bondade lhe está ínsito, e sim, que a sua aplicação está relacionada com o rigor com que age a justiça contra aqueles selecionados pelo dispositivo de punição que cometem atos violadores da lei penal.

Mais uma vez se pode ver, na afirmação do pedagogo, a dicotomia entre punição e educação que tanto permeia a natureza da medida, ou seja, a

educação através de uma ação de privação da liberdade, debate este já visto quando se analisou os diversos fundamentos da pena.

Todas estas posições servem para demonstrar o quanto o direito infracional é marcado por paradoxos que levam a entendimentos tão diversos, marcando ora os adolescentes como receptores de normas de proteção, ora como receptores de normas punitivas, ora com entendimento de que a punição e a educação se complementam, transformando o tema em uma polêmica que talvez não seja o viés mais importante sobre o debate do encarceramento de adolescentes.

Já foi visto que o controle punitivo dos adolescentes pobres (Wacquant, 2001) faz parte do aparato neoliberal que movimenta a ânsia punitiva do Estado. Sendo assim, qual a importância teria de uma afirmação quanto à natureza da medida socioeducativa? Já se pôde verificar que no neoliberalismo, a sua teoria do capital humano, orienta as ações utilitaristas dos que podem ou não ser úteis a essa prática de governo. Dessa forma, o discurso neoliberal não terá disfarces, apresenta-se como uno, não cria viés diferenciado por ser uma medida socioeducativa ou uma pena.

Difícil sustentar que a medida socioeducativa é estratégica ação do Estado para proteger adolescentes que cometeram ato infracional, pois são institutos que não convivem no mesmo espaço. Também é preciso destacar que afirmar que o sistema de responsabilização do adolescente não recebe as ingerências práticas do sistema punitivo é mero discurso que busca afirmar e legitimar o controle punitivo dos adolescentes travestido de uma bondade que não se coaduna com a ação. Ou seja, não dá para buscar em ações tipicamente do direito penal, apenas travestidas de um discurso de educação, ou de proteção, a transformação da realidade social de ocorrência de atos infracionais, pois não é esta a função do sistema punitivo, como bem afirma Barata

A função natural do sistema penal é conservar e reproduzir a realidade social existente, Uma política de transformação dessa realidade, uma estratégia alternativa baseada na afirmação de valores e de garantias constitucionais, um projeto político alternativo autônomo dos setores populares , não pode, todavia, considerar o direito penal como uma frente avançada, como um instrumento propulsor. Pelo contrário, o direito penal fica, em um triplice sentido , reduzido a uma atitude de defesa. (ibidem, p. 221).

As afirmações do jurista Italiano ajudam a refletir sobre todo esse sistema brasileiro considerado como proteção integral às crianças e adolescentes, mas que também prevê a privação de liberdade como uma medida considerada protetiva/educativa. Isto para afirmar que ocorreu uma grande mudança no paradigma de garantia dos direitos de crianças e adolescentes, saindo de uma ação tutelar para uma ação considerada de sujeitos de direitos, e, portanto, de proteção de suas garantias individuais e políticas. Bem, diz Barata, a função do sistema penal, considerando a sua repercussão no sistema socioeducativo, é reproduzir a realidade social existente.

Na pesquisa objeto deste trabalho fica evidenciado que os julgadores, ao proferirem um discurso de proteção, buscam mesmo é demonstrar todo o caráter retributivo e de “proteção” da sociedade que possuem as medidas socioeducativa de internação. Pode-se ver, por exemplo, no acórdão 97285³⁷, onde o julgador afirma

O juízo a quo acertadamente não concedeu o efeito suspensivo, levando em consideração os antecedentes dos infratores que não lhe recomendam aguardar o julgamento do apelo em liberdade, não podendo ser olvidado que os adolescentes se encontram em situação de risco, **assim como a sociedade, ficaria a mercê de mais dois assaltantes**(grifei). Dessa forma **há perigo de dano irreparável ou de difícil reparação à sociedade** (grifo da autora) a aos próprios menores que necessitam refletir sobre a conduta perpetrada.

O discurso do magistrado não deixa a menor dúvida quanto ao objetivo que ele atribui para a não liberação dos adolescentes. O que importa, basicamente, é garantir com que estejam fora da convivência social, pois assim, a sociedade estaria protegida e o adolescente iria se ressocializar, uma clara demonstração da opção do magistrado pela teoria mista.

O importante é destacar que ampliação do direito penal como uma tática neoliberal de controle da pobreza assumiu nas últimas décadas uma variedade de aspectos que vão muito além do encarceramento, como bem afirma Wacquant (2012. p.17). E que passam a ganhar espaço em todas as agências do sistema punitivo, expandido efeitos desde a polícia, política, habitação e assistência à infância. Ou seja, o debate sobre a natureza da medida socioeducativa é apenas um dos aspectos do discurso de legitimação

³⁷ consultado em <http://wsconsultas.tjpa.jus.br/consultaprocessual/> em 12.12.2014

do sistema penal, pois a nova arte de governar tem papel marcador da punição dos adolescentes quando faz de sua estratégia a teoria do capital humano, que serve para embasar o discurso dos julgadores, como se poderá constatar no terceiro capítulo desta pesquisa.

É preciso entender que a prática disciplinar e o controle acabam por se complementar quando se fala do sistema de responsabilização infracional. Não se pode deixar de entender que as estratégias neoliberais se utilizam de todo o aparato utilitarista para fortalecer suas táticas de ampliação. Dessa forma, como bem expressa Nascimento e Scheinvar (2005. p.51), as políticas ditas de reintegração social para crianças e adolescentes, na verdade, tem como objeto a doutrina disciplinar. Assim afirmam as pesquisadoras:

...as políticas de autodenominação de “reintegração social”, partem do suposto que em algum momento os setores excluídos participaram da estrutura econômica que regula a seguridade social e que hão de tornar a integrá-las. Premissa nitidamente falsa, segundo a experiência dos equipamentos sociais que prestam serviços de proteção à criança e ao adolescente no Brasil. Na medida em que objetivamente as condições materiais não se transformam, as políticas de proteção propostas pelos governos brasileiros, incapazes de integrar os jovens ou suas famílias a um mercado de trabalho excludente, quando operam, o fazem através de práticas de controle disciplinar.

As questões trazidas pelas pesquisadoras servem para reforçar o entendimento apontado nesta pesquisa, pois, apesar de todo discurso pretendo de afirmação de políticas de educação, ou melhor de ressocialização, o que na verdade se pode confirmar é uma ação das agências executoras da responsabilização infracional do adolescentes, de fazer com que o controle carcerário tenha função, a partir dos selecionados, de estabelecer a punição desses meninos e meninas, seguindo a orientação do discurso penal que se destina a orientar as decisões judiciais (Zaffaroni 2011, p.64).

Vem-se difundido a percepção de que o adolescente pobre das periferias das grandes cidades é o atual “inimigo”, o grupo perigoso (Coimbra e Nascimento, 2005, p.338-355) na sociedade. Logo, a intervenção de acordo com a nova arte de governar se utiliza do racismo de estado (Foucault 2010, p.215) como tática para permitir que aquele que não serve ao mercado ou que não é considerado importante nessa governamentalidade, acabe por ser selecionado a integrar os caminhos do cárcere, num firme propósito de morte

indireta, o “poder de fazer viver e deixar morrer” (ibidem, p.214), e mais o mestre francês, afirma

A raça, o racismo é a condição de aceitabilidade de tirar a vida numa sociedade de normalização. Quando vocês têm uma sociedade de normalização, quando vocês têm um poder que é, ao menos em toda a sua superfície e em primeira instância, em primeira linha, um biopoder, pois bem, o racismo é indispensável como condição para poder tirar a vida de alguém, para poder tirar a vida dos outros. A função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o Estado desde que o Estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo.(Ibidem. p.215).

Em síntese, todos os discursos legitimadores do direito penal com as suas diversas teorias de finalidade da pena, ou os discursos no direito da infância que promovem uma massificação da ideia de que a proteção integral é a que orienta ações nesse âmbito, servem apenas para referendar a ancoragem do neoliberalismo como prática de governo, ou seja, promovem o discurso de unificação das ideias neoliberais. Logo, discutir a finalidade da medida de internação importa para que se possa compreender essas falácias, porém, jamais para mudar os rumos da atuação do Judiciário, como se poderá ver no próximo capítulo, onde se poderá demonstrar a partir dos dados, toda a orientação neoliberal que orienta a atuação da justiça e de como a excepcionalidade da internação não é um direito que pode ser verificado como prática nas decisões judiciais.

4- OS JULGADOS SOBRE A APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARÁ.

4.1- A construção do modelo de análise

A definição do modelo de análise se apresentou como um dos desafios desta pesquisa, pois era imperativo que o referencial adotado neste estudo fosse aplicado garantindo com que a objetividade estivesse presente, além do que, se pudesse ao máximo lembrar que a pesquisadora, por ser uma

advogada que milita na defesa dos direitos da infância, não permitisse que a *crença na boa lei*³⁸ fizesse com que isto interferisse na execução da pesquisa.

Diante destes desafios, foram feitas escolhas metodológicas que possibilitaram a condução da pesquisa no sentido da obtenção das respostas à pergunta de pesquisa, tendo sua condução seguido alguns procedimentos que serão elucidados para melhor justificar as opções realizadas.

Seguindo as orientações do que dispõe Bourdieu, Chamboredon e Passeron (2007), executou-se a pesquisa percorrendo 3 modelos: ruptura, construção e constatação.

No processo de ruptura, levando-se em consideração que a pesquisadora é trabalhadora e militante na defesa dos direitos humanos de crianças e adolescentes, decidiu-se por não partir simplesmente da concepção atribuída pela norma de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e, por causa deste atributo, nada poderia contrariar o que deliberou o legislador, como se o direito estivesse descrito na norma e isto fosse o bastante para a satisfação e melhoria nas condições de vida dos meninos e meninas brasileiros. Optou-se por seguir o que diz Deleuze (ob. cit.) de que o direito não está na lei, mas na jurisprudência, para com isto buscar fazer uma análise mais evidente da realidade de como se comporta o direito a partir dos julgados do Tribunal de Justiça do Pará.

Como referencial teórico se fez a escolha de seguir as reflexões de Foucault (2008 e 2010), e Deleuze (2008), Bourdieu (2012 e 1998) com o aporte das reflexões de Wacquant (2001 e 2003), complementando o referencial com o aporte da criminologia crítica (Baratta 2013, Zaffaroni. 2011 e Santos.2012). A delimitação do referencial fez com que o modelo de análise contribuísse para a ruptura da pesquisa com o entendimento de marcos sobre a pesquisa empírica, podendo com isso fazer análise mais pautada na influência da prática de governo no ambiente do judiciário.

Na segunda etapa da pesquisa, realizou-se o levantamento de dados e a construção de modelo de análise. Como escolha para o levantamento de dados, foi definido como objeto as decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará sobre a aplicação de medidas de privação de

³⁸ Aqui se referindo ao que ao Estatuto da criança e do adolescente

liberdade. Optou-se por decisões de segundo grau por se entender que estas poderiam representar maior unidade, do entendimento da justiça paraense, sobre a aplicação da medida de internação, pois é lócus privilegiado de julgamento, levando em consideração que analisam decisões, em sede de recurso, dos juízes de primeira instância.

. Para selecionar essas decisões, definiu-se como espaço temporal o período entre 2005 e 2014. A escolha do termo inicial o ano de 2005 foi realizada como forma de distanciar um tempo razoável da mudança de paradigma no tratamento dado a proteção aos direitos da infância, implantado pelo Estado Brasileiro a partir do ano de 1990, com a aprovação da lei 8069/90, cujas representações sociais da infância (Ângela Pinheiro, 2006. p.35-102) mostram que o tratamento era muito de intervenção paternalista/autoritária do Estado/Juiz. Como termo final foi escolhido o ano de 2014, como forma de verificar se a aprovação da política de atendimento socioeducativo, através da lei 12.594/12, chegou a gerar alguma modificação na aplicação da internação, levando em conta que, na primeira parte da lei, foi regulamentada toda proposta legislativa de políticas de garantias de direitos para a execução das medidas socioeducativas.

A busca das decisões foi realizada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, partindo da escolha de determinados termos, pois se observou que a indexação das decisões era feita de acordo com aquele tema que mais estava em destaque no acordão. Ou seja, para que se pudesse ter a maior amplitude de decisões à busca no site foi feita não só com o termo medida socioeducativa de internação, mas também ato infracional, excepcionalidade da medida, princípio da excepcionalidade, estatuto da criança e do adolescente e medida de internação como pode ser visualizado no gráfico abaixo



A partir da coleta de dados, todas as decisões encontradas passaram pelo cruzamento de informações para que se pudesse separar somente aquelas que tratassem de decisões sobre a medida de cerceamento de liberdade, como já justificado acima. Depois deste procedimento, foram detectadas 107 decisões, destas somente 73 estavam disponíveis no site o inteiro teor dos acórdãos, já que foi detectado que a simples análise da ementa não seria suficiente para possibilitar uma real coleta de argumentos que pudessem embasar o resultado desta pesquisa. Assim, o conteúdo deste trabalho está embasado no estudo dessas 73 decisões.

Como forma de garantir uma melhor objetividade na coleta de dados e de maneira a possibilitar aplicação do referencial teórico ao estudo, foi elaborado modelo de análise, junto com o orientador, o qual foi aplicado a cada decisão. O modelo de análise adotou perguntas que depois foram construídas seguindo o modelo dialético, para buscar objetividade para a melhor aplicação e obtenção dos resultados estatísticos da pesquisa.

No desenho a baixo se pode verifica como foram construídas as perguntas centrais do modelo de análise:



A partir destas perguntas, foi então construído o quadro de análise, o qual foi aplicado a cada uma das decisões de forma a que se guardasse a maior adequação ao referencial estudado, como também possibilitasse colher todas às informações necessárias para o resultado desta pesquisa. Cada uma das decisões passou pela aplicação no quadro do modelo de análise que ficou assim construído:

Modelo de análise:

Pergunta	É identificada a racionalidade jurídico-dedutiva?							
Nº do acordão	Mobilizou a constituição da República?		Mobilizou a Lei 8069/90 (ECA)?		Mobilizou a lei 12.595/12 (SINASE)?		Argumentou e decidiu de acordo com os direitos mobilizados?	
	sim	não	Sim	não	Sim	não	Sim	não
Pergunta	A MSE de internação é aplicada de acordo com o princípio da excepcionalidade?							
Nº do Acordão	sim		não		Não se aplica		Observações :	
Pergunta	A MSE foi aplicada levando em conta a racionalidade radical utilitarista, levando em conta a falta de acúmulo da capital							

humano?							
Nº do Acórdão	A MSE foi aplicada levando em conta um caráter útil para a governamentalidade e neoliberal?		O julgador aplicou a MSE apontando ausência de escolaridade, cultura, trabalho?		Aplicou a MSE considerando que a o adolescente não tinha uma boa família ou esta era <i>desestruturada</i> ?		Observações :
	Sim	não	Sim	Não	sim	Não	

O modelo de análise procurou resguardar a maior objetividade possível na análise dos dados. Dessa forma, quando se coloca no quadro de análise termos como “boa família” ou “família desestruturada”, não se está utilizando nenhum conceito específico, mas apenas termos descritos nas decisões. Além desta análise qualitativa, buscou-se quantificar quantas dessas decisões acabavam por justificar a internação, por considerar estas “qualidades” atribuídas, pelo julgador, ao adolescente.

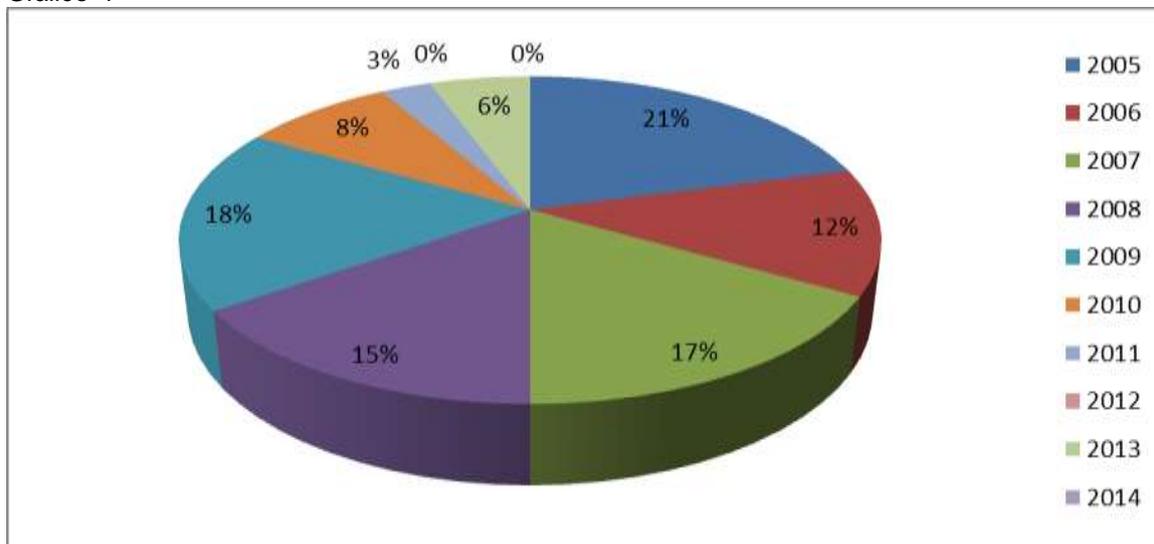
Uma vez constituído o modelo de análise, foram construídas tabelas que possibilitassem um olhar quantitativo e subsidiassem a análise qualitativa dos discursos produzidos, já que estes discursos poderiam responder porque a internação é aplicada e não outra medida socioeducativa. Foi partindo desse embasamento que a pesquisadora buscou entender como os julgadores produzem seus discursos para justificar a aplicação da medida mais gravosa ao adolescente acusado da prática de um ato infracional, tendo como base e subsídio os referenciais e estudos feitos neste trabalho.

4.2- O discurso dos magistrados na justificação da aplicação da medida socioeducativa de internação.

A coleta de dados, como já explicado acima, foi baseada no período temporal de 2005 a 2014, cuja distribuição anual das decisões pode ser verificada no gráfico 1.

Decisões por Ano

Gráfico 1



Fonte: Elaborado pela autora a partir dos dados coletados no modelo do quadro de análise.

Observa-se que o maior contingente de decisões está localizado no ano de 2005, o que causou certa perplexidade na pesquisadora, pois foi o ano, no levantamento da pesquisa, que mais se aproximava da tradição menorista, sobre a vigência do código de menores³⁹. Na pesquisa, não se conseguiu identificar o motivo, porém algo que ficou evidente é o número restrito de decisões nos últimos anos de levantamento (2012, 2013 e 2014). Para se analisar este fenômeno seria necessário aprofundar a pesquisa em outros temas. Esta questão despertou interrogação na pesquisadora, pois pensava que quanto mais distante do debate menorista, mais estariam sendo discutidas as garantias dos direitos de crianças e adolescente e que a justiça seria um desses espaços de debate e análise. Dessa forma, pode-se apontar algumas hipóteses, como por exemplo, a de que o juiz singular decidiu de forma a satisfazer os direitos dos adolescentes e não deixou campo para uma argumentação da defesa para um debate em segunda instância, ou ocorreu um conformismo daquela com as questões expostas pelo juiz, além de muitas

³⁹ Assim era denominada a lei 6.697/79 que tinha como objeto a assistência, proteção e vigilância aos menores. Lei que foi aprovada em momento histórico de ditadura no Brasil e com forte conteúdo autoritário, que atribuía às crianças e adolescentes pobres que apresentavam determinadas condições sociais, a condição de pessoas em situação irregular. A lei pode ser consultada no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm

outras hipóteses que precisariam ser levantadas e pesquisadas para aprofundar estas evidências.

Algo a que se queria chamar atenção neste debate é o dado trazido em pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (2012. p.33), nos processos estudados por aquele órgão, em pesquisa publicada em 2012, onde o CNJ detectou que, apesar do adolescente acusado da prática de ato infracional ter direito de ser intimado pessoalmente para que possa manifestar seu direito de recorrer, cerca de 66% destes não contavam com a intimação, ou seja, não foi dado ao adolescente o direito de opção de recorrer, de poder discordar da aplicação da medida que lhe foi imposta.

O que não se pode negar é que o acesso do adolescente à segunda instância, não raras vezes, configura uma grande negação de discordar da sentença que lhe priva de liberdade. Na pesquisa realizada, constatou-se que em cerca de 15 decisões estudadas, o recurso perdeu objeto pelo decurso de tempo e o adolescente ou cumpriu toda a medida ou completou 21 anos no cumprimento e foi liberado, sem que o recurso fosse analisado. Ou seja, se aquela era a medida adequada ou não, ou mesmo se ocorreu algum outro erro no juízo singular, isso não pôde ser discutido. O “direito da jurisprudência” é enfático em demonstrar que o sistema de responsabilização dos adolescentes acusados da prática de ato infracional vem apontando para uma ampla facilidade de aplicação da privação de liberdade. O dispositivo de responsabilização, age com o vigor do sistema punitivo. O que prevaleceu nestes casos, não foi a “doutrina da proteção integral”, mas o avanço do controle punitivo, num firme vigor das táticas neoliberais.

Inicialmente, é importante refletir que, na análise do discurso dos julgadores, se está entendendo estes como “a linguagem vista globalmente desde a perspectiva de suas condições de produção, circulação, e consumo” (Warat, 2002, p.57) e, ainda, entendendo que ciência jurídica se determina como uma linguagem, que ocupa espaço de poder que “é sempre obscura, repleta de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação social” (ibidem). Mas, é a linguagem que tem servido para que o exercício do controle punitivo cumpra o papel de

segregação e controle da pobreza, utilizando os mecanismos de criminalização secundária que lhe são afetos (Zaffaroni, 2011, p.63).

No direito da infância, já se pode ver que o debate prodigioso de que “tudo se faz pelo melhor interesse das crianças e adolescentes” vem legitimando as mais diversas decisões, que vão desde desconsiderar a internação do adolescente como uma punição até entender esta como um espaço de proteção que reafirma a sua dignidade e poderá proporcionar a sua re- educação, para uma vida melhor em sociedade.

Não se poderá negar que a condução do discurso jurídico possui uma força de impor debates e afirmações com conotações de veracidade, de legitimidade, que qualquer discurso contra-hegemônico dificilmente conterà à força de certeza que o discurso jurídico produz, como uma ciência de certezas que, na verdade, produz e reproduz um forte campo de poder simbólico. Como bem afirma Warat (2002, p.58):

A força comunicacional da ciência jurídica passa vitalmente por um jogo de significados ilusórios; um território encantador onde todos fazem de conta que o Direito, em suas práticas concretas funciona a imagem e semelhança dos discurso que dele fala .
Desta maneira, a montagem mítica que impregna o discurso jurídico ocidental gera uma relação imaginária entre o saber e as práticas jurídicas do direito.

É com esta força comunicacional que a produção da jurisprudência na justiça da infância vem produzindo e reproduzindo práticas que, na verdade, transpõem a propagação da ideia de proteção integral e, em nome desta, caberia inclusive o cerceamento de liberdade e o cumprimento integral de uma medida de internação, sem que a justiça tenha realmente se pronunciado com decisão transitada em julgado. Isto poderia porque, nesta construção discursiva, tudo seria válido em nome da proteção, mesmo que o discurso oficial da legislação aponte que nenhum adolescente poderá obter tratamento mais gravoso que o adulto⁴⁰.

Sabe-se, como já discutido em capítulo anterior, que a nova arte de governar, como prática de governo, não está limitada pelo direito. Sendo assim, de acordo com a produção dos discursos neoliberais, o direito deverá servir a essa prática, fazendo com que os impedimentos que, por ventura, atrapalhem a lógica de mercado, sejam submetidos ao controle necessário ao qual o direito

⁴⁰ Conforme o que dispõe o artigo 35, inciso I da lei 12.594/12

tem servido. Como afirma Foucault (2008. p. 431): “É a lei que permite, precisamente, articular o problema da penalidade com o problema do mercado”.

Ora, a produção do discurso jurídico serve a essa prática como uma tática de produção ilusória de um bem-estar social, cuja legitimidade estaria baseada na produção legislativa e aplicação na produção de um direito que assegure essa possibilidade de vida digna a todos, fazendo com que o imaginário social seja construído a partir de ilusões de que, a satisfação do bem estar, é garantida pela aplicação da lei que se consubstancia na produção da prática jurisprudencial. Porém, o resultado desta pesquisa vem mostrar que o julgador argumenta com a lei, mas julga com a prática neoliberal. Neste sentido, a palavra do julgador se compara ao que Warat chama de “arte política”:

A vagueza da linguagem das normas facilita o desenvolvimento de uma relação mitológica da lei com o lugar divino da verdade. Não se pode ganhar nada mostrando as normas jurídicas como linguagem natural. Desta forma, unicamente conseguimos uma desmistificação epidérmica. É preciso mostrar a lei como montagem de ficções que permitem a vigência de um sistema “teatral de interpretações”. Também nos dias de hoje, decidir um processo é exercitar poderes de artista- julgar é uma arte política. (ibidem. p.80).

Warat, faz com que se possa compreender que a lei pode ser usada, no exercício do poder político, com a “arte necessária” capaz de dar ao julgamento o resultado que o julgador busca, já que a lei nada mais é, como afirma o filósofo, que uma “montagem de ficções”.

Sendo assim, nada de muito *estranho* se pode perceber no resultado desta pesquisa, pois se pode analisar, a partir de então, com qual racionalidade os julgadores do Tribunal de Justiça do Pará orientaram suas decisões: a racionalidade jurídico dedutiva ou a radical utilitarista, compreendendo até que ponto a nova arte de governar conseguiu impor suas diretrizes na justiça em questão.

4.2.1- O discurso nos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Pará: Racionalidade Jurídica dedutiva ou radical utilitarista?

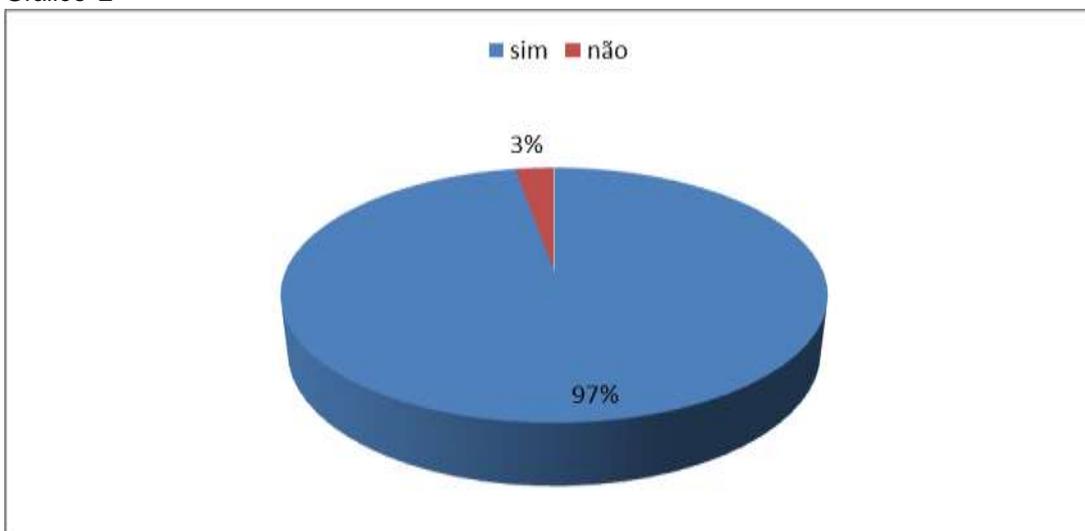
Já se pôde discutir, no primeiro capítulo desta pesquisa, o quanto o modelo neoliberal vem promovendo um discurso unificador de práticas no exercício do poder que não só produzem efeitos no meio econômico, mas também, fazem com que o controle social seja exercido de tal forma a fazer com que as práticas governamentais sejam estabelecidas como mecanismo que reforçam o crescimento das ações neoliberais como práticas legitimadoras das ações de governo.

Óbvio que as práticas no âmbito na justiça não ficaram alheias a este fim, mas têm servido de mecanismo que contribui para a legitimação e uso do seu poder declarado e do seu poder simbólico, de forma a fazer com que a reprodução dos mecanismos de controle social, exercidos pelo aparato punitivo, sirva como um instrumento de reprodução da exclusão social e também, principalmente, como um aparato que serve para descartar aqueles que não estão aptos a contribuir com a forma meritocrática e valorizadora do mercado que a nova governamentalidade impõe.

Na pesquisa realizada, pôde-se constatar que o julgador mobiliza direitos da Constituição e do Estatuto da Criança e do Adolescente para argumentar e, de certa forma, legitimar sua decisão, como se pode ver nos gráficos abaixo.

Mobilizou a Lei 8069/90 (ECA)

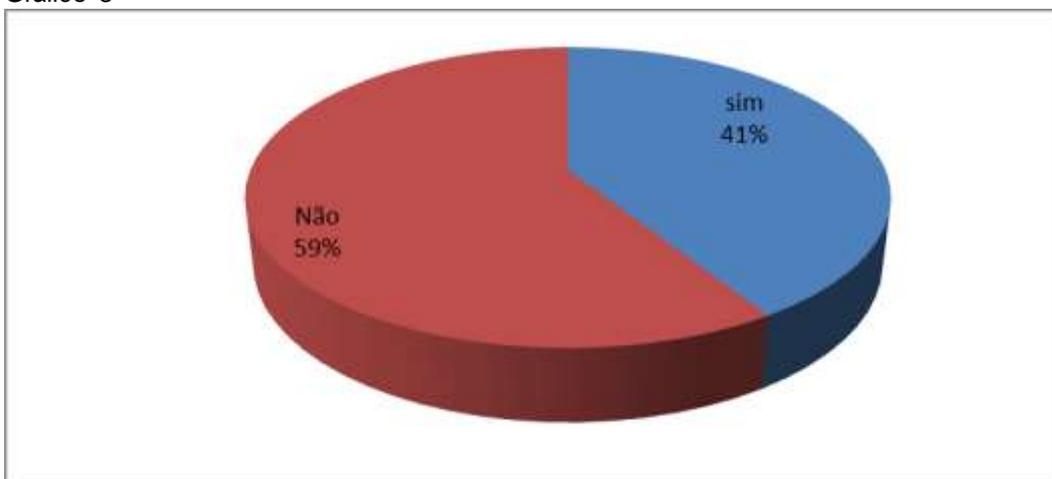
Gráfico 2



Fonte: Elaborado pela autora a partir dos dados coletados no quadro do modelo de análise.

Mobilizou a Constituição da República?

Gráfico 3



Fonte: Elaborado pela autora a partir dos dados coletados no quadro do modelo de análise.

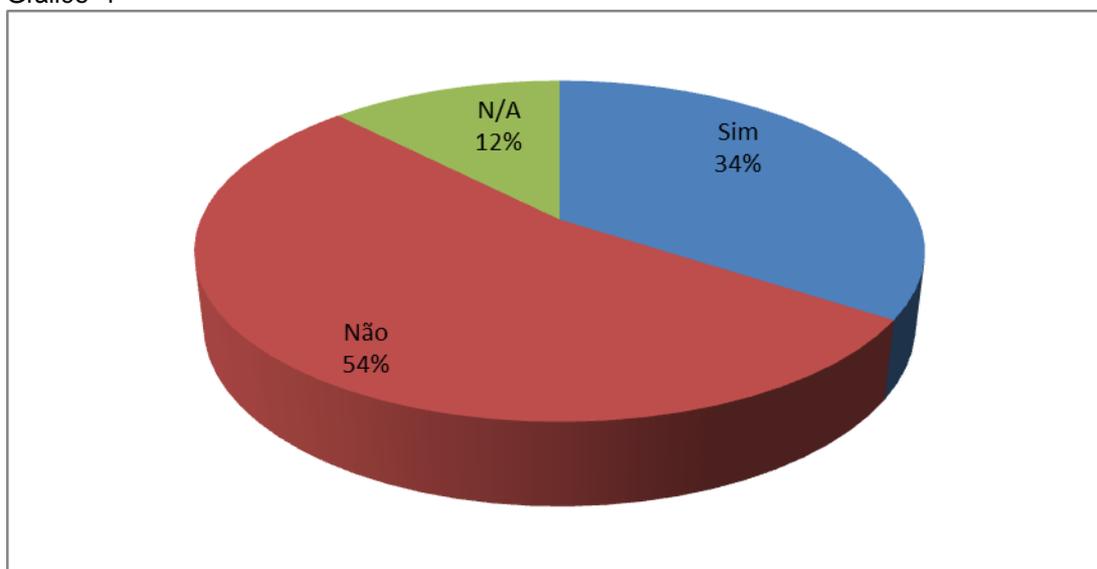
Simplymente olhar os gráficos 2 e 3 nos causa a sensação de que tudo está de acordo com a racionalidade jurídico-dedutiva, apesar de mobilizar menos a constituição da República, a lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) é mobilizada pela grande maioria dos julgadores para proferir uma decisão de acordo com o que está previsto na lei. Então, assim seria, se

fosse confirmado a racionalidade que estaria orientando as decisões, pois se pode ver que, em 97% das decisões pesquisadas o ECA foi mobilizado da mesma forma em que 41% mobilizaram a Constituição. Ora, com isto estaríamos diante da racionalidade jurídico dedutiva, seguindo o referencial analítico desta pesquisa. Porém, é preciso saber se ao produzir seus argumentos com base na lei, estes seguiram na decisão ou apenas serviram para justificar a verdadeira prolação do direito.

No gráfico 4 se pode obter uma parte desta resposta. Assim se comporta a resposta de acordo com o gráfico 4:

Argumentou e Decidiu de acordo com os dispositivos normativos mobilizados?

Gráfico 4



Fonte: Elaboradp pela autora a partir dos dados coletados no modelo do quadro de análise.

** O N/A se refere a decisões que não tiveram o julgamento de mérito, porque o adolescente cumpriu toda a medida ou completou 21 sem que o recurso fosse julgado (15 decisões).

Ora, a realidade mostrada na pesquisa demonstrou que os direitos contidos na lei são mobilizados para justificar a sua não aplicação, fazendo com que, de certa forma, a decisão ganhe a legitimidade esperada. Pode-se observar que a argumentação é toda construída de forma a fazer com que a medida de internação seja percebida, apesar de sua excepcionalidade e de sua gravidade por privar o adolescente de seu direito de ir e vir, como um instrumento que foi trazido pela lei para dar garantia de direitos a esses meninos e meninas. Além do que, a argumentação serve para justificar a real opção de julgamento de grande parte dos julgadores, que produzem

interpretações que fazem com que o verdadeiro direito seja visto na finalização de suas argumentações. Ou seja, o direito é produzido para satisfazer, no caso das respostas obtidas por esta pesquisa, uma ânsia de punição, mas que não poderia ser declarada, em quanto tal, de acordo com as reais descrições ditas pela lei. Esta serve de suporte para que os argumentos produzidos qualifiquem o resultado pretendido. É preciso compreender que o olhar sobre essas decisões não pode ser um olhar isolado, fora do contexto da prática de governo que hoje está em voga. Precisa-se, como afirma Foucault, interpretar o Estado a partir das práticas governamentais (Foucault, op. cit., p.106).

Nas decisões analisadas, algumas expressões deixam evidente como os julgadores fazem um discurso que procura ditar verdades que servem para afirmar a legitimidade de suas decisões, baseadas naquilo que Warat, chama de “sentido comum teórico dos juristas”, que nada mais seria do que suas opiniões travestidas de “ilusão epistêmica” (Warat, 1994, p.16). Essas expressões também servem para expor a opção julgadora que orienta a decisão do magistrado. Citam-se alguns trechos de decisões que podem bem explicitar estas afirmações.

O Juiz a quo não concedeu efeito suspensivo ao recurso, levando em consideração os antecedentes do infrator que não lhe recomendam aguardar o julgamento do apelo em liberdade, **não podendo ser olvidado que os adolescentes se encontram em situação de risco...** (foi grifado pela pesquisadora)(Acórdão 97285);

O que interessa verificar é o risco social a que está sujeito o adolescente infrator necessitando de isolamento do meio social(Grifado pela pesquisadora) e acompanhamento socioeducacional, o que só é possível com sua internação e avaliação periódica a serem realizadas pelas equipes multidisciplinares das unidades de internação da FUNCAP. (acórdão 76574).

...que este não apresenta condições de gozar de sua liberdade de maneira plena e que sua família é incapaz de estabelecer limites bem definidos para a sua atuação no meio social- (grifado pela pesquisadora) (Acórdão 93609).

Nestas três decisões acima, o que chama atenção são os critérios utilizados pelo magistrado para primeiro: não permitir que o adolescente esperasse em liberdade o julgamento final de seu processo de responsabilização, ressaltando que esse adolescente estava em situação de risco; segundo avaliar que o adolescente necessita de isolamento do meio social. Ora, que critérios levam a dizer que um adolescente está em situação

de risco? Seria a pobreza, a prática de um ato infracional ou o que? Além do mais, isolamento do meio social, significa promover a sua proteção? Nestes casos, talvez o julgador pudesse então se lembrar das medidas de proteção que podem ser aplicadas com caráter socioeducativo⁴¹ como já descrito anteriormente, ou a forma como está descrito na lei, no último inciso e remetendo a leitura do artigo 101 do ECA, é invisível ao aplicador da lei. Questão que mais uma vez leva a perceber que nada de proteção se busca com a internação, mas sim a *contenção do perigoso na sociedade*.

Na terceira decisão a avaliação de que o adolescente não pode estar em liberdade porque não tem condições de ser livre, além do que sua família é avaliada como incapaz, também aponta para opção julgadora de responsabilizar a família pelas atitudes do adolescente considerada como inadaptada aos padrões esperados pelo julgador.

Essas decisões citadas demonstram o quanto o status de adolescente pobre/inadaptado conduz ao sistema de privação de liberdade com uma atuação firme do controle punitivo, rompendo com o paradigma da igualdade formal com uma facilidade que não chega a causar estranheza ao julgador. Neste sentido, lembra-se das afirmações de Santos (ob, Cit. 96):

A produção e reprodução social da criminalização pelo sistema de controle social, mediante processos seletivos de atribuição fundados em estereótipos, preconceitos e outras idiosincrasias pessoais tem por base o status social inferior do adolescente e infringe o direito constitucional a igualdade formal.

Ou seja, a aplicação da medida de internação nas decisões acima, está apontando para afirmação de que o controle punitivo é exercido tendo como paradigma norteador a seleção operada pelo direito penal que estabelece estereótipos para aqueles que devem ser selecionados a compor o lócus da prisão.

Em outras decisões ainda se pode destacar questões que não só mostram a opção da racionalidade escolhida pelo julgador, como também, apresentam o paradoxo do discurso sobre a natureza da medida socioeducativa, assim se pode ver:

⁴¹ Para lembra ao artigo 112 do ECA no seu inciso VII elenca como possibilidade de aplicação pelo julgador de uma das medidas do artigo 101 (medidas de proteção) quando o adolescente pratica um ato infracional.

A medida socioeducativa de internação é o instrumento mais adequado a situação dos apelantes, visando oportunizar aos referidos, meios de reinserção social e ainda preparação a um futuro promissor (Grifado pela pesquisadora), distante de práticas de atos infracionais, evitando que novos delitos venham acontecer.(acórdão 80986).

Sabe-se que as medidas previstas no ECA, têm natureza pedagógica, objetivando sempre a reeducação e ressocialização do infrator(Grifado pela pesquisadora). Neste diapasão, compete ao juiz apreciar a gravidade do ato, o grau de reprovação da conduta e aspectos pessoais dos adolescentes, tais como seus **comportamento social, antecedentes e personalidade** (grifado pela pesquisadora)(acórdão 80560).

O discurso da privação de liberdade para educar, mas que não se trata de punição, é utilizado como uma tática de controle punitivo. Aos *perigosos* da sociedade a internação se apresenta como *o instrumento mais adequado*, e ainda, atribuir uma natureza meramente educativa a medida, ou de Prevenção Especial, contribui para a facilidade com que os julgadores flexibilizam a aplicação de privação de liberdade, apontando que assim o fazem com o entendimento, parafraseando Nascimento e Sheinvar (2005.p.51) de que está proteção está relacionada com bondade.

A produção discursiva desses julgados é exaustiva em ditar, de acordo com análises carregadas de avaliações morais/pessoais dos julgadores, o que seria bom ou não para os adolescentes que estão sob julgamento. Fica bem evidente que atribuir a medida socioeducativa um caráter pedagógico facilita com que a argumentação do “bom julgador” seja melhor explicitada. A lei, nestes casos, serve apenas para dar o respaldo ao que o julgador quer para impor sua política. Senão, como avaliar que o adolescente está em risco? Ou mesmo que só a internação é capaz de gerar alteração na conduta daquele adolescente? Ou ainda como medir que uma família consiga ou não impor limites aos seus membros?, Porém, estes argumentos servem para impor o controle punitivo e orientam a racionalidade da decisão.

Dessa forma, se a racionalidade jurídico dedutiva (Foucault, op.cit., p.54) tem sua afirmação e sua ancoragem no direito, e este estabelece que a medida de internação é excepcional, como já visto anteriormente, poderia ela ser utilizada para justificar um cerceamento de liberdade como proteção a um adolescente que estivesse com baixa escolaridade? Ou que estivesse em risco social? Como compreender o funcionamento dessa lógica diante de uma

norma que prega a proteção integral desses meninos e meninas como base interpretativa da lei⁴²?

Destas questões não se tem como ficar distante, pois o que deve ser percebido é que esta argumentação está ancorada em uma prática que descarta aqueles que não servem para os ideais neoliberais e, como bem afirma a profa. Batista (2003. P.125): “ Ressocializar, reeducar e profissionalizar. Objetivos aparentes do sistema encobrem com sua negação os seus verdadeiros objetivos: manter sobre controle uma parcela muito bem delimitada da população.”

Pode-se ainda destacar que, em um grupo menor de decisões (22), se verifica que argumentação estava de acordo com o que foi proferido na decisão. Porém, não se quer fazer qualquer juízo de acerto ou não da decisão, até porque este não se apresenta como objetivo da pesquisa, apenas destacar que, em algumas decisões, a lógica da mobilização do direito para justificar a decisão se fez presente, e se poderia dizer que, de acordo com o referencial adotado nesta pesquisa, estas decisões estariam respondendo a uma racionalidade jurídica dedutiva, a partir da análise do modelo utilizado. O que se pode afirmar é que em 22 das decisões se observou argumentação e decisão de acordo com o direito. Exemplifica-se abaixo:

É cediço em nosso ordenamento jurídico que é direito do réu apelar solto (Grifo da pesquisadora), se em liberdade permaneceu ao longo da instrução criminal, mormente quando não houver mudança no quadro fático processual por ocasião da sentença que evidencie a necessidade da custódia. Este é o caso dos autos, em que ajuíza somente na sentença, ou seja, quase dois anos depois, veio reconhecer a gravidade abstrata do crime para com base nela, recolocar o coato em internação.

Seria possível falar-se em internação se o magistrado ao menos tivesse fundamentado adequadamente o seu decisum em elementos concretos, que comprovassem a real necessidade da medida (Grifo da pesquisadora). Não foi o caso dos autos, em que a autoridade coatora apenas de modo sucinto disse de modo, disse ser necessária a medida de internação.(Acórdão 120505).

A decretação da internação de adolescente que se encontrava cumprindo semiliberdade, denota regressão de medida, sendo portanto, aplicável o verbete da súmula 264 do Superior Tribunal de Justiça que assim dispõe: É necessário a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão de medida socioeducativa. (Grifo da pesquisadora).

Desse modo, sempre que descumprida a medida, ao menor deve ser oportunizada a sua oitiva, para que possa prestar os esclarecimentos que desejar. **Tal garantia, por se tratar de manifestação direta dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório**

⁴² Assim dispõe o artigo 1º da lei 8069/90

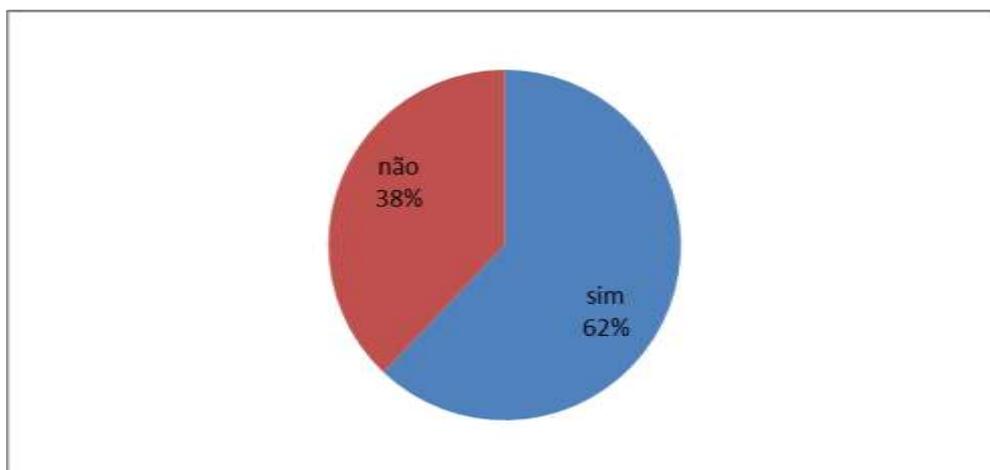
(grifo da pesquisadora), não pode ser afastada, ainda que a magistrada já tenha lhe advertido de suas consequências. (acórdão 70504).

Observou-se que um grupo menor de decisões (22), como já afirmado, contaram com argumentação que mobiliza dispositivos normativos e princípios, para fundamentar suas afirmações. Estas decisões buscaram relacionar a decisão com o a garantia de direitos fundamentais como um todo e mobilizaram a lei especial (o ECA), como um *reforço* para que a decisão tivesse o melhor embasamento, isto é, confirma o já afirmado por Deleuze de que a decisão é política e esta apenas se reverte de legitimidade aparente.

Entretanto, no maior contingente de decisões ficou visível que a orientação é da racionalidade radical utilitarista, de acordo com as respostas fornecidas pelo modelo de análise aplicado. Ou seja, como se pode ver nos gráficos 5, 6 e 7, aspectos que marcam a orientação da teoria do capital humano, já debatida nesta pesquisa, é que vão orientar a maioria das decisões na Justiça da Infância. Desta forma, há de ser observado nos gráficos.

Decisões onde houve julgamento do mérito, quantas podem ser consideradas radicais utilitaristas?

Gráfico 5



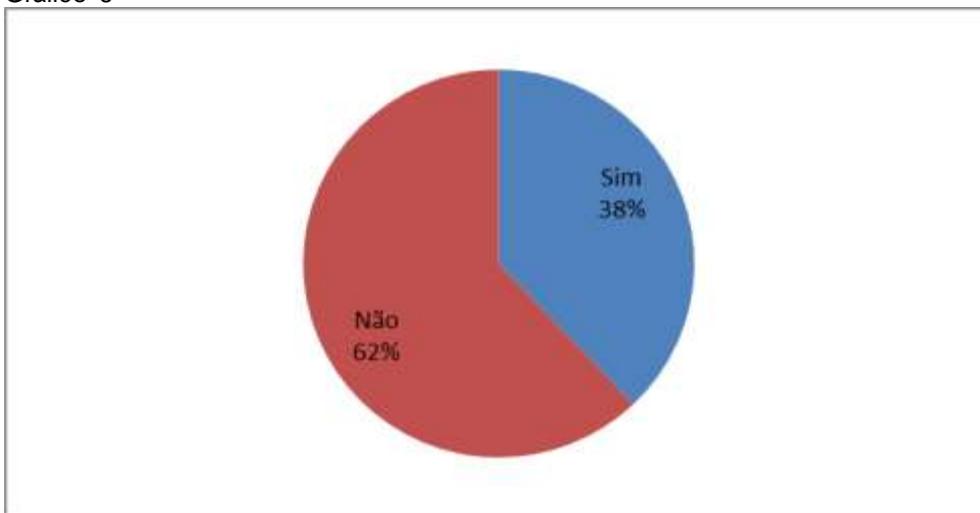
Fonte: Elaborado pela autora a partir dos dados coletados no modelo do quadro de análise.

Este Gráfico serve para que seja percebida com qual racionalidade são julgados os feitos quanto à aplicação de uma medida socioeducativa a um adolescente acusado da prática de um ato infracional. Ou seja, em grande parte dos julgados analisados, o modelo de análise apontou para a aplicação utilitarista da medida, ou seja, o discurso da proteção integral serve como um

instrumento para facilitar o fortalecimento da teoria do capital humano, na medida em que, em nome da pouca escolaridade, da falta de cultura, de uma necessidade de potencializar as condições de empregabilidade é que o julgador acaba por aplicar uma medida de internação e, neste discurso, o seu maior embasamento está justamente na doutrina de proteção integral. Pode-se ver no gráfico 6 e 7 que a maior argumentação é a questão educacional e, depois, em menor proporção, as questões familiares, responsáveis pela potencialização de um adolescente vir a receber uma internação e não uma medida mais branda. O que chama atenção é a opção pela internação, já que o julgador possui um elenco de sete medidas, sendo que o Inciso VII do artigo 112 do ECA, como já descrito, ainda pode ser desdobrada em mais seis opções. O que apontou a pesquisa é de que afirmações consideradas utilitaristas por não ter boa educação, prevalecem. Veja os gráficos abaixo:

Decisões de mérito com base na ausência de estrutura familiar do adolescente:

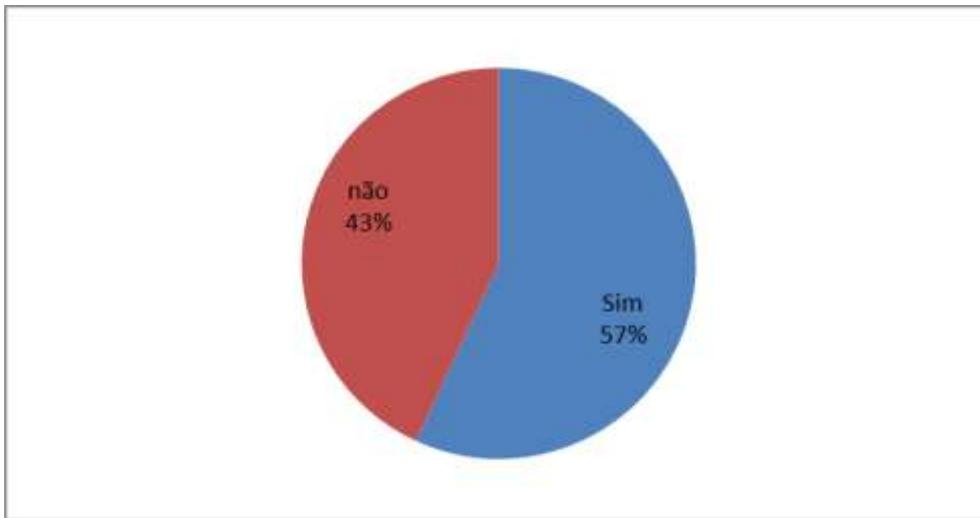
Gráfico 6



Fonte: Elaborado pela autora a partir dos dados coletados no modelo do quadro de análise.

Decisões de mérito com base na falta de acúmulo de capital humano por deficiência escolar, profissionalização e trabalho.

Gráfico 7



Fonte: Elaborado pela autora a partir dos dados coletados no modelo do quadro de análise.

O que os gráficos deixam visível é que o discurso da falta de acúmulo educacional, de uma *boa cultura* (aqui se referindo termo que estão descritos em decisões) e de formação profissional são potencialmente mais utilizados para promover o encarceramento do que o discurso da “família desestruturada”. Porém, o que se observou nas decisões é que, em 18 decisões, os dois argumentos se combinam para reforçar o que, para os julgadores, é uma falha pessoal do adolescente e não do sistema excludente, que tem por base a nova arte de governar.

Diante destes dados, a afirmação de que a escolha dos julgadores é pela racionalidade radical utilitarista, explica muita das questões relacionadas com o debate sobre o direito infracional, pois o discurso oficial que procura legitimar a medida como proteção serve para justificar o afastamento desses meninos da sociedade, pois não são considerados úteis para o mercado, não possuem capital humano capaz de gerar uma boa máquina/competência capaz de competir junto àqueles que produzem e podem acessar o consumo de forma a garantir cada vez mais um mercado competitivo. O Estado, na verdade, é frágil, porque está submetido a uma governamentalidade que lhe dita seus limites de ação, o que deve e o que não deve ser feito, quando deve ou não intervir. Bem afirma Andrade (2012. p.176-177) ao fazer a análise sobre a política criminal como espetáculo:

(...) o paradoxo do estado neoliberal: este estado punitivo forte é, ao que tudo indica, politicamente frágil. O papai Noel é, ao mesmo tempo gigante e anão; gigante punitivo e anão político. Politicamente, o Estado está refém; refém do poder econômico e financeiro global; refém do poder penal e social. Império e colônia, tão dominador quanto dominado, tão encarcerador quanto encarcerado, refém de seu próprio poder, o estado apela para o espetáculo, esvaziando uma forma de exercício do poder estatal que levava historicamente o nome de política e de soberania.

Desta forma, o Estado tem um papel a executar na governamentalidade neoliberal e este não é o de proteger ou mesmo de popularizar políticas de assistência social que possam diminuir a exclusão e a pobreza, pois seus custos não estão compatíveis com a lógica neoliberal. Ao Estado, resta ficar atento para que o mercado não seja enfraquecido. Este dita à verdade da ação que deve ou não ser realizada. Já foi dito que a governamentalidade neoliberal está ancorada em dois principais pilares, o mercado e o utilitarismo. Percebendo estas questões, não fica difícil compreender porque o discurso da internação para a educação está tão arraigado nos julgados.

Observa-se que a lógica do encarceramento dos adolescentes pobres é de tal forma construída que, em uma leitura rápida dos julgados, não é difícil para aqueles que acreditam na solução judicial para o *extermínio da pobreza*, concordar facilmente com as decisões, pois são discursos construídos com adjetivos fortalecedores de um imaginário que promove o bem estar e destrói a violência e, como resultado, ainda se teria adolescentes pobres ressocializados e com melhor acúmulo de capital humano. Como se isso tivesse comprovação empírica capaz de dar respaldo as decisões, como já foi abordado nesta pesquisa quando se tratou das diversas teorias legitimadoras da pena.

Na nova arte de governar, o sujeito útil é percebido como aquele que toma a decisão de trabalhar (Foucault, 2008, p.345), como uma atitude econômica, pois seu esforço de construir uma boa máquina/competência foi capaz de gerar o acúmulo de capital necessário. Dessa forma, esse se torna um *homo economicus*, o que faz com que se torne “governamentalizável”. Os adolescentes pobres que praticaram um ato infracional não se tornaram um *homo economicus* e estão, diante da prática neoliberal, sendo colocados em um lugar onde poderão ficar sob controle, sendo um dos grupos escolhidos

para não se poder tolerar a prática de crime, pois, como afirmou Foucault sobre as estratégias neoliberais na operação do direito penal (ibidem, p.350);

A sociedade não tem a menor necessidade de obedecer a um sistema disciplinar exaustivo. Uma sociedade vai bem com certa taxa de ilegalidade e iria muito mal se quisesse reduzir indefinidamente essa taxa de ilegalidade. O que equivale novamente colocar como questão essencial da política penal não como punir os crimes, nem mesmo quais ações devem ser consideradas crimes mais o que se deve tolerar como crime.

Ou seja, o adolescente pobre que praticou um ato infracional, que não é um *homo economicus*, está sujeito à intervenção e ao rigor do direito penal, mesmo que isto não seja declarado, pois os atos tidos como crimes praticados por esses meninos não estão na lista daqueles que poderiam ser tolerados, pois, não sendo *homo economicus*, não se pode deixar fazer, já que não é o parceiro intangível (ibidem p.369) da governamentalidade, não conseguiu se tornar empresário de si mesmo.

O resultado da pesquisa vem descortinar muito da produção discursiva de determinados juristas na área do direito da infância, pois a argumentação de que tudo se faz pelo melhor interesse dos meninos e meninas poderá ser contra argumentado com o resultado aqui demonstrado, já que, se o buscado é a educação, é a profissionalização, não se justificaria promover o encarceramento, travestindo este de um nome paradoxalmente inverso. Ou seja, coloca-se no centro educacional para promover sua “libertação” das práticas criminosas através de um programa dito educacional, mas, para isto, e com base na proteção, priva-se da liberdade. A pesquisa mostrou que o encarceramento segue diametralmente orientações neoliberais com ações fundadas na teoria do capital humano, mesmo que talvez o julgador nem perceba que esta seja sua prática. Não se quer aqui afirmar que isto é feito pelos julgadores como grandes conhecedores da teoria do capital humano, mas sim, que o discurso neoliberal propagado, produz uma unificação de ações que passam a ser reproduzidas até mesmo sem a percepção de quem assim agem, porém são legitimadores dessa prática, apostando na seleção que o direito penal opera de retirar condições de vida digna e impor mais segregação e rótulos a aqueles que já são selecionados para serem os destinatários do sistema punitivo.

As expressões utilizadas nas decisões denotam o poder argumentativo neoliberal, que expressa com clareza o que foi debatido quando da exposição sobre a racionalidade radical utilitarista e sua teoria do capital humano. Isto pode ser constatado nos exemplos das expressões detectadas nas decisões. Pode-se constatar assim:

O menor é reincidente na prática de atos infracionais, bem **como não demonstra interesse pelos estudos. Aspecto sócio familiar desfavorável uma vez que constatado ausência de vínculo afetivo entre o menor e sua mãe.** (Grifado pela pesquisadora)(acórdão 63104).

Deve ser ressaltado que o apelante **tem ínfima instrução escolar haja vista ter cursado apenas a 4 série do nível fundamental, demonstrando a falta grave cometida por seus familiares (responsáveis) em não manter o menor – ora apelante em uma sala de aula**(Grifo da pesquisadora). O apelante ainda afirmou – fls 63 – **que faz uso de bebidas alcoólicas, maconha, bem como fez parte de gangue, demonstrando do mesmo modo, a fragilidade com que seus responsáveis atuam sobre o apelante, bem como este é facilmente suscetível à utilização de drogas alucinógenas e alcoólicas** (Grifo da pesquisadora). (Acórdão 62437).

Ademais, conforme trechos do relatório circunstanciado de fuga, **o paciente não frequentava a escola, e por isto foi sancionado** (Grifado pela pesquisadora), razão pela qual, empreendeu fuga da unidade, aproveitando que outro residente saía para a escolarização.(Acórdão 72873).

Nestas três decisões acima se pode observar que as opções do adolescente são: ou frequenta uma boa escola ou possui uma boa família, caso contrário *cadeia neles*. Essa política julgadora desqualifica a família e o adolescente com a mesma facilidade com que encarcera, passando mensagens que seguem um discurso disseminador do processo de seleção operado pelo dispositivo punitivo, ou como bem afirma Zaffaroni (2012. p.307):

A mensagem é de que o adolescente de um bairro precário que fuma maconha ou toma cerveja em uma esquina, amanhã fará o mesmo que o parecido que atacou a velhinha na saída do banco e, portanto, é preciso isolar a sociedade de todos eles.

Ou seja, ter baixa escolaridade, família considerada como flexibilizadora dos dispositivos de contenção dos adolescentes e, se este adolescente ainda tiver feito uso de bebidas alcoólicas, a mensagem enviada pelo julgador será: é necessário a privação de liberdade. Segundo a teoria do capital humano os investimentos educacionais são fundamentais para que um indivíduo acumule capital, porém não só este, mas também, como afirma

Foucault (2008. p.315), esse capital educacional é muito mais amplo do que o simples aprendizado educacional ou profissional, ou seja, a máquina/competência só será boa se educação formal, profissional, apoio familiar, o nível de cultura dos pais e etc, forem combinados com o firme propósito de formar um indivíduo que possa no futuro obter uma boa renda.

Em Outras decisões o dispositivo da periculosidade, o paradoxo da proteção e punição, assim como, avaliações que demonstram o caráter de reprovação da conduta do adolescente de forma extremamente discriminatório, como frequentar festas noturnas ou mesmo fumar, são determinantes para indicar o caráter utilitarista da medida de internação, como se pode ver nas decisões abaixo:

O menor que revela periculosidade será internado até que mediante parecer técnico do órgão administrativo competente e pronunciamento do Ministério Público, seja decretada pelo juiz a cessação da periculosidade (grifo da pesquisadora), assim, é um traço marcante no tratamento de menores. **Toda vez que o juiz verifique a existência da periculosidade, ela lhe impõe a defesa social e ele, está na obrigação de determinar a internação** (Grifo da pesquisadora). Com fulcro no parecer técnico de fls. 103 a 114, restou diáfana a necessidade de o agravante permanecer internado com o fito de garantir sua reeducação e ressocialização. (A cordão 75430).

De outra sorte, impende ressaltar que o recorrente já fora apreendido outras vezes, assaltou transeuntes (fl. 17), no momento da apreensão morava na rua, tendo, inclusive, evadindo-se do Centro de Internação de Adolescente Masculino (CIAM), onde estava em internação provisória (fl. 52). **Assim, é patente a carência de qualquer suporte familiar ou acolhedor que pudesse dar sustentáculo de apoio a uma recuperação eficaz e eficiente do adolescente, hábil a ressocializá-lo ao convívio social, motivos que conduzem, indubitavelmente, sob a égide da ideologia de proteção ao menor, inserida na Carta Política de 1988 e no ECA, à aplicação da pena de internação** (Grifo da pesquisadora) - Acórdão 75843. **visto que o menor não tem ocupação, não estuda, tem o hábito de fumar, ingerir bebidas alcoólicas e frequentar festas noturnas. portanto, não demonstra capacidade de cumprir medidas em meio completamente aberto** (Grifo da Pesquisadora). Acórdão 99344.

Os exemplos acima servem para ilustrar o quanto o discurso de proteção proferido nos julgados procura dar conotação contrária do que realmente está sendo operado, ou seja, o controle punitivo dos adolescentes têm sido feito embasado no discurso neoliberal de ausência de capital humano e com a afirmação de que o acúmulo necessário será adquirido nos centros de internação, a partir do cerceamento de liberdade.

Estas questões podem ser apontadas como as mais difíceis de serem enfrentadas, pois, como já anteriormente descrito no capítulo dois desta pesquisa, a construção do discurso jurídico-penal, com seu forte poder de argumentação e ancorado nas bases do utilitarismo neoliberal, usa de mecanismos e artifícios que legitimam o poder das agências criminalizantes (Zaffaroni, 2011, p.71-72) em elementos como apontados pelo jurista argentino, legitimantes, orientadores e negativos, e fica fácil perceber que, no discurso proferido nos julgados da infância, há um esforço em procurar retirar do campo penal as bases do ato infracional, querendo atribuir a este um discurso não penal, quando na sua essência ele é nitidamente penal. Não raras vezes nos julgados se observa que, em certo momento, é atribuída á internação um conteúdo que ficaria fora do que se poderia chamar de pena, mas, no momento seguinte, a constatação é outra: fica explicitado de que se trata mesmo de um mecanismo operado pelo dispositivo de punição (como exemplo o acórdão 75430 acima explicitado) que indica que há de permanecer internado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente guarda em seu bojo contradições que não podem ser coerentes com o que está previsto em seu artigo primeiro, que proclama uma doutrina da proteção integral. Pois há alguns paradoxos que se apresentam, como por exemplo aqueles que resguardam conteúdo repressivo/punitivo, mesmo que com disfarces amparados em um discurso educacional, como, por exemplo, todo o título III que trata da prática de ato infracional, este teriam conteúdo penal, com base no conceito de Zaffaroni (ibidem. p.87) sobre legislação penal, que assim diz que:

(...)pode-se entender por legislação penal o conjunto de leis que programam a decisão de conflitos mediante uma espécie de coerção que priva de direitos e inflige uma dor (pena) sem buscar seja um fim reparador seja a neutralização de um dano em curso ou de um perigo iminente.

Ora, quando a lei 8069/90 atribui conceito de crime ao ato infracional e afirma que o adolescente será responsabilizado por essa prática, está sim utilizando conceitos próprios da legislação penal e, ainda, elenca uma série de medidas que, apesar de serem descritas como socioeducativas, tem conteúdo penalizador. Ou seja, o dispositivo de responsabilização do adolescente não permite que quem praticou um ato infracional tenha a opção ou não de cumprir

uma medida. Esta lhe é imposta e, como já se pôde ver, as características pessoais dos adolescentes, como baixa escolaridade e ser pertencente a famílias consideradas *negligentes no trato dos filhos*, elevam a possibilidade de que eles possam receber uma medida mais gravosa. Ou seja, o conteúdo punitivo é bem evidente e, diante destas questões, se pode dizer que mesmo no ECA estão presentes dispositivos que são afetos ao modelo punitivo e tem por base a retribuição do estado por atos praticados contra a lei penal.

Observou-se que a prevenção especial positiva (ressocialização) é um dos discursos mais utilizados para legitimar a aplicação de uma medida de internação. Este vem corroborado pela teoria do capital humano, promovendo a internação de adolescentes (privação de liberdade) sem que, na verdade, estejam promovendo qualquer finalidade para a qual seja legitimada, como bem afirma Baratta (2013, p.90):

Na verdade, esses resultados mostram que a intervenção do sistema penal especialmente as penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente determinam, na maioria dos casos uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa.

O jurista Italiano apresenta questões que são evidenciadas pelos dados sobre a reincidência de adolescentes. O Conselho Nacional de justiça (2012, p.16) ao mesmo tempo em que detectou que, nos processos de aplicação de internação, cerca de 54% dos adolescentes não estudavam quando praticaram o ato infracional. Também constatou que em 54% dos processos (Ibidem, p.28) haviam registros de reincidência. Estes dados só confirmam as afirmações já feitas, de que a possibilidade de um adolescente ser internado por não ter boa escolaridade são bem visíveis, assim como afirmou Baratta (ibidem), de que na privação de liberdade nada de reeducativo pode ser constatado.

Os defensores da teoria do capital humano (aqui se referindo aos neoliberais Americanos,) diriam que há necessidade de investimento nesses adolescentes. O acúmulo de capital humano, de acordo com os neoliberais, seria promovido com o investimento em um sistema que promovesse a aquisição de competências que iriam potencializar as possibilidades desses adolescentes conseguirem obter uma remuneração, que na verdade lhes

colocaria em situação de concorrência capaz de promover a renda necessária para a obtenção dos produtos necessários a uma vida digna. Esse discurso legitima o controle punitivo dos adolescentes e, como já visto, é propagado no ambiente judicial com afirmações de que só assim se terá adolescente “melhor” na sociedade.

Michel Foucault (ibidem, p.330) chama atenção para a inversão das relações sociais feita pelos neoliberais, de inserir no campo econômico questões que não são afetas a este. Diz ele que o modelo neoliberal (em destaque o americano) buscou disseminar a lógica de mercado em todos os campos, inclusive no campo social, o que resulta em aspectos que precisam ser percebidos em qualquer análise. O filósofo francês (ibidem, pp. 334-335), chama atenção para que se possa perceber que o conteúdo da economia de mercado é que vai auxiliar a análise do investimento que um adolescente recebeu de forma a que tivesse potencializado o seu acúmulo de capital. Diante dessa análise, as famílias consideradas *negligentes* no investimento acabam por não conseguir transmitir e possibilitar o acúmulo do capital necessário. Talvez estas afirmações possam justificar os argumentos reprovadores às famílias dos adolescentes que praticaram ato infracional, como descrito nos exemplos das decisões aqui citadas.

A criminalização exercida junto aos meninos e meninas pobres segue a conjuntura de um modelo de estado de polícia que tem por base a segurança pública repressiva e que atua justamente junto a populações ditas criminosas, em especial jovens de comunidade pobres e estigmatizados como colaboradores do tráfico⁴³ e disseminados como pertencentes ao grupo da cultura de perigo, fazendo com que as possibilidades de acesso a novas perspectivas de vida sejam listadas com poucas opções e, dentre estas, a internação como medida repressiva tem sido utilizada com muita frequência. Isto corrobora a legitimação que o encarceramento dos adolescentes pobres ganhou no Brasil, como bem afirma Rodrigues (2014, p.142):

Esses jovens estão cada vez mais confinados em seus campos de concentração a céu aberto e participando com maior ou menor vigor de seu assujeitamento. Presos a um desejo que é imanente ao

⁴³ Neste sentido por ser visto o excelente trabalho da professora Vera Malaguti Batista. Dífceis Ganhos Fáceis. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2003. Revan.

campo social que os classificam e os rotulam como perigo iminente ou fracasso total. Presos a uma lógica que julga a todos por aquilo que não podem, pelo que não conseguem, pela incapacidade.

As afirmações acima reforçam o entendimento já descrito nesta pesquisa de que a rotulação dos adolescentes pobres, operada pela justiça, atribui a estes responsabilidades principalmente por suas incapacidades de terem boa escola, boa família, moradores de determinadas áreas, enfim, de não possuírem, de não deterem o capital necessário para estarem em uma sociedade onde o mercado dita as regras e o Estado gerencia as formas de fortalecer essas regras de forma a que a prática de governo não interfira na lógica econômica imposta.

Emerge desta prática a necessidade de “domesticação da juventude empobrecida” (Rodrigues. *Ibidem.* p.87). O campo do sistema punitivo tem sido profícuo em fazer este “tratamento”, sempre baseado na justificativa daquilo que o adolescente não conseguiu, ou melhor, não teve capacidade de adquirir. Os adolescentes pobres que praticaram um ato infracional estão sujeitos ao discurso moralizador de que isto aconteceu porque não possuíam uma boa escolaridade, ou mesmo porque não estavam preparados para o mercado de trabalho (conforme decisões pesquisadas). Este discurso combina a proteção integral com o controle punitivo para intervir junto a esses adolescentes, promovendo a segregação necessária aos que não interessam a nova arte de governar. É útil a essa governamentalidade promover esse controle e, mais, o discurso da proteção amplia o imaginário legitimador junto à sociedade, pois fortalece a expectativa de punição tão disseminada na mídia como necessária para a contenção da violência, seguramente baseada no discurso do bem contra o mal (Barata, *ibidem*, p.42) disseminado na política de defesa social.

Na análise das decisões, se constatou que o adolescente acaba por receber tratamento mais gravoso que o adulto em determinadas questões. Por exemplo, dificilmente o adolescente aguardará em liberdade a finalização de seu processo de responsabilização e, como já descrito anteriormente, ele até cumpre toda a sua medida sem que o processo chegue ao fim, como se pode constatar na decisão objeto do acórdão 55511⁴⁴, pois dificilmente o seu recurso

⁴⁴ Nesta decisão o juiz aplicou uma internação sanção, porque o adolescente saiu da semiliberdade para ir a escola e não retornou no dia e hora determinado, o defensor ingressou com habeas corpus diante

será recebido no efeito suspensivo e, mais, chega a cumprir toda a medida sem que obtenha o julgamento de habeas corpus,(só em duas decisões se verificou a obtenção de efeito suspensivo ao recurso). Demonstrado o verdadeiro paradoxo do direito infracional frente às garantias constitucionais, o que vem confirmar de como o direito infracional recebe tratamento mais gravoso na justiça, como se pode conferir nas afirmações de Santos (ob.cit. p.96):

A diferença do rigor legal e judicial contra o adolescente em face do adulto está em contradição com o princípio da *igualdade* e, na medida em que o excesso de rigor existe como compulsória submissão a práticas pseudo-pedagógicas, também contradiz o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Estas afirmações vêm corroborar com o já dito de que não é a racionalidade jurídica dedutiva que orienta as decisões na justiça da infância, mas a racionalidade radical utilitarista. Dessa forma, se pode dizer que a produção legislativa nacional e internacional de proteção aos direitos dos adolescentes são flexibilizadas de forma a promover o que interessa a nova arte de governar, utilizando aquela no que pode favorecer a esta governamentalidade e buscando legitimação nos mais diversos discursos, como os discursos legitimadores do direito penal, ou as afirmações que as teorias neoliberais impõem como a teoria do capital humano. E este pode mais uma vez ser constatado na análise sobre a aplicação do princípio da excepcionalidade, o qual será feito a seguir.

4.2.2- A excepcionalidade da aplicação da medida de internação: como abordam os julgadores?

A internação, como medida mais gravosa, segundo o direito positivo, recebeu do legislador alguns princípios que deveriam ser seguidos pelo aplicador da medida socioeducativa. Os princípios estão descritos no artigo 121 da lei 8.069, que descreve que a privação de liberdade está sujeita ao princípio

do argumento de que o adolescente não foi ouvido sobre os motivos que o levam a agir assim, porém quando ocorreu o julgamento o adolescente já havia cumprido toda a internação sanção.

da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de desenvolvimento.

Diante do que descreve o artigo citado acima, pode-se inferir que, qualquer medida de privação de liberdade deverá ser aplicada como última opção. Além do que, quando aplicada, deverá ter a menor duração possível e ainda não poderá ser aplicada sem que seja observado que o adolescente está em processo de desenvolvimento, ou peculiar desenvolvimento.

O princípio da excepcionalidade explicita que a medida de internação somente será aplicada se for inviável a aplicação de qualquer outra medida. Ou melhor, o juiz só deverá dar atenção a esta medida se nenhuma das outras puderem ser aplicadas. Mesmo se o ato infracional for grave, o juiz deveria primeiro analisar se outra medida não seria adequada a aquele adolescente. O problema reside justamente nesta afirmação de que o juiz deverá avaliar a pertinência ou não da internação, pois, como já se pôde constatar, as avaliações dos julgadores, a partir das decisões que compõem esta pesquisa, têm se comportado fundamentalmente baseadas em aspectos que não estão corroborados com este princípio, como a pouca escolaridade, a fragilidade das relações familiares e até mesmo frequentar bailes noturnas. Ora, estas seriam então as condições que apontariam para a necessidade de aplicação da medida de internação?

Liberati (2003, p.116) ao justificar o princípio da excepcionalidade para aplicação da medida de internação, afirma:

Vale ressaltar que a medida de internação será necessária em que a natureza da infração e o tipo de condições psicológicas do adolescente fazem supor que, sem seu afastamento temporário do convívio social a que está habituado, ele não será atingido por nenhuma medida restauradora ou pedagógica, podendo inclusive apresentar riscos para a sua comunidade.

As observações do ilustre jurista apontam um caminho que pouco difere da análise na aplicação de uma pena a uma pessoa adulta. Ou seja, o que de excepcional tem em uma internação que deve ser aplicada a um adolescente avaliado, de acordo com as convicções do julgador, que se ficar em liberdade poderá causar danos a sua comunidade (seria periculosidade)? Ou que suas condições psicológicas impõem o cerceamento de liberdade para

que possa ser ressocializado (prevenção especial positiva)? Isto não reforça o discurso oficial do direito penal? O que tem de excepcional?

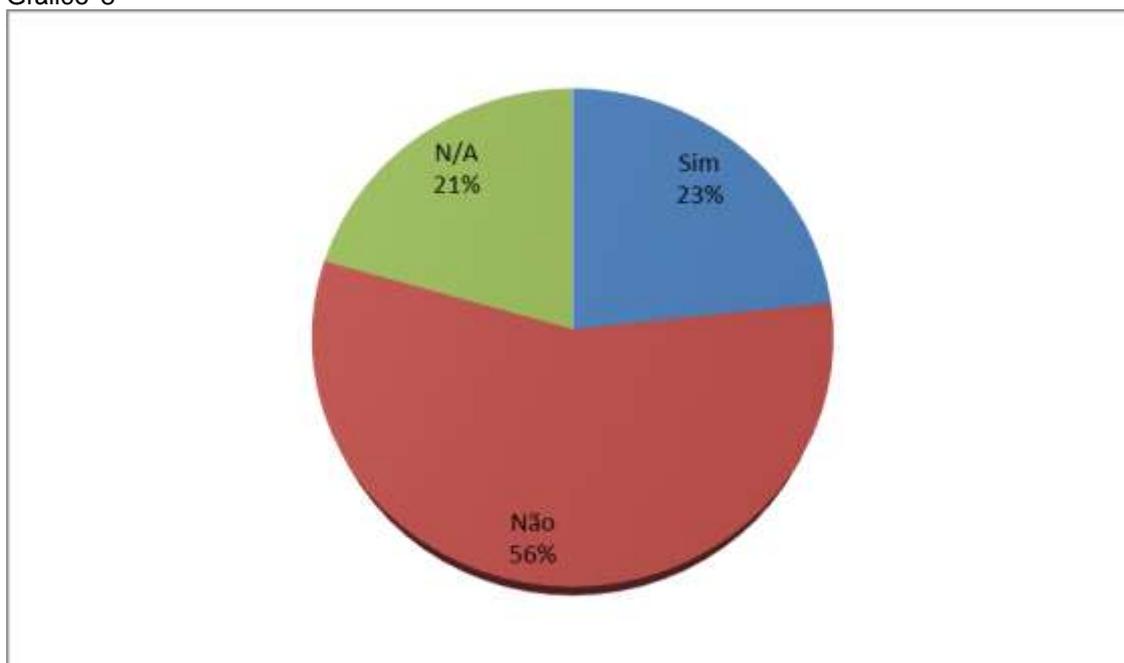
Estes têm sido os argumentos utilizados na maioria das decisões que aplicam internação e que são aqui estudadas. Ou seja, o discurso educacional promove a legitimação da internação e acaba por justificar a “exceção” da medida.

Desta forma, o desafio imposto é configurar o que não é exceção, pois, se o discurso oficial afirma que a medida é para garantir com que o adolescente seja ressocializado, reeducado, reintroduzido em condições melhores na sociedade (Liberati *ibidem*, p.116-117), a imposição da medida de internação sempre será vista como necessária, já que, como anteriormente exposto, de acordo com a pesquisa do Conselho Nacional de Justiça, grande parte dos adolescentes do sistema de internação não estavam inseridos no sistema de ensino quando praticaram um ato infracional.

Diante destas considerações, como o princípio da excepcionalidade se configurou nos julgados estudados nesta pesquisa? Ele foi mobilizado? A resposta pode ser vista no gráfico 7, que mostra o percentual de decisões onde o julgador mobilizou o princípio da excepcionalidade nos argumentos de sua decisão. Observe-o:

Mobilizou o princípio da excepcionalidade?

Gráfico 8



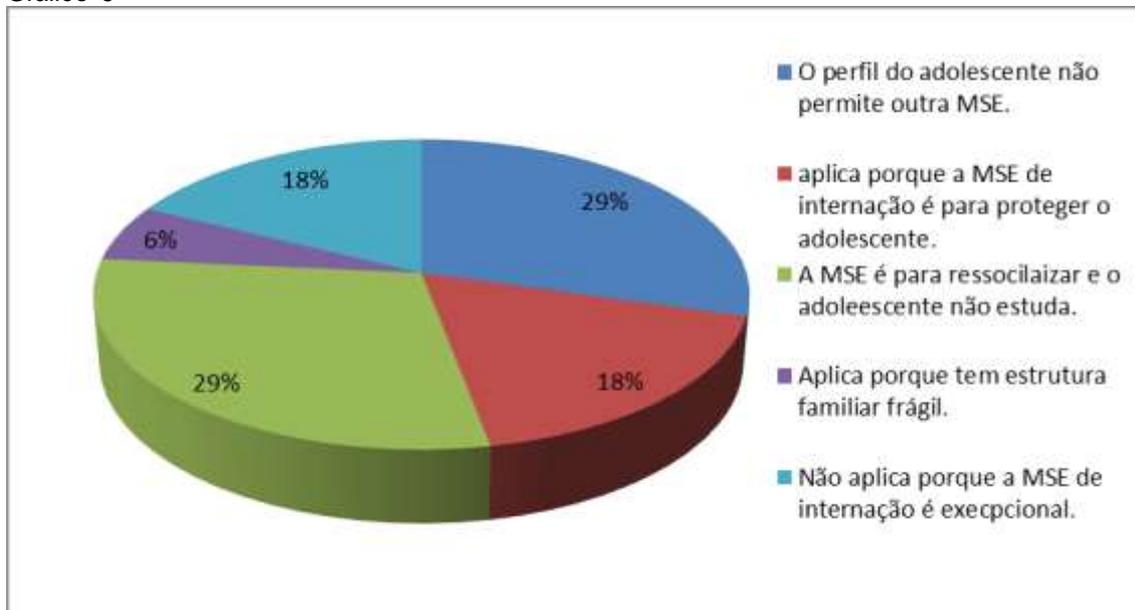
Fonte: Construído pela pesquisadora a partir dos dados coletados no quadro do modelo de análise.

Como se pode ver, raramente os julgadores fazem qualquer referência ao princípio da excepcionalidade, pois somente em 23% (17) das decisões esse princípio chegou a ser citado. Ora, isto só vem confirmar o que já se vem descortinando com esta pesquisa: a internação tem propósitos que não serão justificados com argumentos baseados na lei e, sim, com análise da própria jurisprudência. Esta dita os argumentos e prescreve a solução para aquilo que é considerado como o problema da sociedade, ou seja, o “hiperdimensionamento” do delito praticado por adolescentes (Volpi. 2001.p.14).

Complementando o gráfico acima, procurou-se verificar nas decisões onde o princípio da excepcionalidade é mobilizado o que justifica o julgador para mobilizá-lo. Observe o que descreve o gráfico 8.

Quando mobiliza a Excepcionalidade, justificou o que para aplicar ou não a medida?

Gráfico 9



Fonte: Dados coletados pela pesquisadora no quadro de análise.

Este gráfico é mais esclarecedor ainda, ou seja, a excepcionalidade é mobilizada justamente para justificar a internação com os argumentos que já se conhece. O perfil do adolescente assim exige e a medida é para proteger, visa

ressocializar e o adolescente que não estuda ou cuja estrutura familiar frágil, assim exige. Ou seja, dificilmente um adolescente que praticou um ato e que tenha determinadas características não será privado de liberdade, porque esta é analisada como solução para os problemas relacionados com determinadas condições sociais do adolescente. Pode-se afirmar que o princípio da excepcionalidade é pouco mobilizado para justificar a não internação. Na pesquisa se pôde constatar que em 23% (17) das decisões que mobilizaram o princípio da excepcionalidade, em apenas 18% dessas (3 decisões) o princípio foi mobilizado para a não aplicação da medida, como exemplo se pode destacar o acórdão 61644. Observe.

Nos dias atuais não se pode divagar na ilusão de que a medida socioeducativa de internação é um bem para o adolescente, em face da ausência de orientação por parte dos pais ou responsáveis, a não frequência a escola, o não desenvolvimento de atividades laborativa formal, o uso de drogas (Grifo da pesquisadora). A conjunção dessas situações antes de servir como elemento justificador da privação de liberdade do adolescente, deve ser entendida como reflexo do descaso e ausência do Estado aos que vivem a margem da ignorância.

A situação de risco constante do relatório institucional, que expõe individualmente o acompanhamento dos adolescentes, não pode ser vir contra estes, nem pode justificar a privação de liberdade (Grifo da pesquisadora), quando se verifica pelas circunstâncias do fato que as ações praticadas pelos adolescentes que contribuíram para o desfecho do evento criminoso, foram de somenos importância para a consumação.

Priva-los de liberdade apenas pela sua situação de risco constitui negação ao princípio da proteção integral dispensada a crianças e adolescentes na sistemática jurídica Brasileira (grifo da pesquisadora) .

Na decisão acima, expôs o julgador justamente que não basta à gravidade da infração ou ser ela cometida com violência ou grave ameaça à pessoa para que um juiz possa determinar que um adolescente deva ou não ser internado. Se assim o fosse, o legislador não teria feito qualquer referência ao princípio da excepcionalidade, bastando ter afirmado que, em caso de atos infracionais graves, o adolescente deveria ser privado de sua liberdade. Porém, esta argumentação é exceção no bojo das dezenas de decisões analisadas nesta pesquisa, ou seja, parafraseando Warat (2002, p.60) o fetichismo das normas jurídicas, que atribui à lei uma força de obrigatoriedade, encobre, na verdade, que aquela advém das relações sociais que são produtoras dessas

normas. Ou seja, não é a norma que vai determinar o direito, mas sim a jurisprudência.

O princípio da excepcionalidade da privação da liberdade dos adolescentes tem sido utilizado, sobretudo, para justificar porque a internação tem que ser aplicada do que o contrário. Essa lógica segue o que já foi descrito nesta pesquisa de que os julgados vão direcionando o processo de encarceramento e de substituição das políticas de proteção e assistência social por políticas de contenção, como Wacquant já descreveu em várias ocasiões. No caso dos adolescentes acusados da prática de um ato infracional, os argumentos buscados e interpretados a partir da lógica do discurso do encarceramento, procurando adequar às diversas normas de direitos da infância e adolescência no Brasil, refletem, na prática dos julgados, todo o contingente de repressão que marca historicamente as políticas sociais de atendimento à infância no Brasil e que acabam por se refletir na forma como a legislação é interpretada (Mendez, 2006, p17). Ou seja, apesar de haver um discurso que busca dar um conteúdo de proteção à aplicação das medidas socioeducativas, estas, na verdade, são aplicadas levando em conta a tradição de repressão à infância pobre no Brasil. As “inovações” argumentativas, construídas a partir das práticas neoliberais, servem para às justificativas neoliberais, como a construção teórica do capital humano.

Algo que não se pode deixar de lembrar é que, após a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente nos finais da década de noventa, muitos juristas passam a criticar⁴⁵ a forma discricionária como a execução das medidas socioeducativas, principalmente de internação, estava sendo processada na justiça da infância. A partir destes questionamentos, surge proposta de legislação que veio regulamentar essa execução, o que resultou com a aprovação da lei 12.594/12⁴⁶, que na verdade é uma norma que traz em sua primeira parte diretrizes para implantação do sistema nacional de atendimento socioeducativo e, uma segunda parte, dispositivos que vem regular a execução das medidas socioeducativas. Dessa forma, se a lei era o

⁴⁵ Neste sentido pode ser visto Frasseto. Flavio Américo. Execução de Medida Socioeducativa de Internação: Primeiras Linhas de uma crítica garantista. In. Justiça , Adolescente e Ato Infracional: Socioeducação e responsabilização. ILANUD. ABMP.SDH.Orgs. São Paulo. 2006. P.303-341

⁴⁶ Esta lei pode ser consultada em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm

instrumento buscado para enfrentar as questões de discricionariedade no processo de execução, este então passou a ser resolvido.

Nesta pesquisa, buscou-se verificar apenas se nos dois últimos anos do espaço temporal da pesquisa, que entram no período de vigência da norma descrita, esta norma havia sido mobilizada nesses julgados. Como o espaço temporal, pós-aprovação e a conclusão desta pesquisa, era muito curto, apenas se buscou verificar se algum argumento ou alguma repercussão havia nos julgados. O que se pode afirmar, a partir da pesquisa, é que como somente 4 decisões foram identificadas compatíveis com o período de vigência da lei, considerou-se que a mostra era muito restrita para que se possa trabalhar análises a partir do referencial adotado, porém se pode afirmar que em nenhuma delas se encontrou qualquer referência a chamada lei do SINASE. Ou seja, se for utilizado como exemplo estas decisões, nenhum impacto pode ser descrito como relevante na alteração do tratamento dado na execução da medida socioeducativa, muito menos que os princípios orientadores do sistema nacional de atendimento socioeducativo tenham impactado nos direitos dos adolescentes que figuravam como acusados nessas decisões.

Talvez, apesar da restrição da amostra, se estas forem analisadas no bojo de toda a pesquisa, poderá ser afirmado que o que orienta as decisões não é o conteúdo das leis ou a sua afirmação democrática, e sim, a racionalidade orientadora das opções do julgador. Sabe-se que não basta dizer que hoje se está diante de uma nova orientação constitucional, que as ações e políticas no Estado Brasileiro devem ser orientadas pelo Estado de Direito, porém é importante lembrar o com Gilles Deleuze (2008, p.213), que “não há estado democrático que não esteja comprometido nesta fabricação da miséria humana”.

Todas estas questões estão servindo para que se possa dar outro enfoque no debate discursivo sobre os direitos ou mesmo sobre a responsabilização dos adolescentes que são acusados da prática de ato infracional. O ECA, de acordo com o que se pode observar na pesquisa, tanto pode ser mobilizado com argumentos de proteção como de punição, pois a orientação discursiva vai se dar de acordo com o que for mobilizado pelos interesses que orientarão a prática governamental. Como já foi amplamente discutido nesta pesquisa, não se pode negar que o neoliberalismo tem

promovido orientação de como aqueles que não interessam ao mercado devem ser tratados. Neste sentido, se pode emprestar as lições de Wacquant (2012. p. 20-21) quando afirma:

O novo governo da pobreza inventado pelos Estados Unidos para reforçar a normalização da insegurança social confere, portanto, um significado todo novo a noção de ajudar os pobres: a contenção punitiva oferece ajuda não para os pobres, mas sim dos pobres, mediante o “desaparecimento”, pela força, dos mais problemáticos e o encolhimento do número de pessoas que se beneficiam das políticas sociais por um lado, e por outro, pelo inchaço dos calabouços do castelo carcerário.

Estas afirmações ajudam a compreender a forma e o porquê do princípio da excepcionalidade da internação, ou mesmo o porquê de uma lei tida como esperada por um grupo de juristas, como a lei 12.594/12, como já explicado anteriormente, ser tão pouco mobilizada ou, mesmo que mobilizada, sirva para justificar justamente o contrário do que procura excluir, como no caso do princípio em debate. Ora, a proposta neoliberal para esse grupo de meninos pobres que são consumidores limitados (já que consomem políticas assistenciais) e não são considerados *homo economicus* é justamente a promoção de estratégias que lhe afastem do meio destas relações sociais e o que lhes sobra têm sido a segregação.

Talvez alguns, ao lerem esta pesquisa, possam apontar que se trata de uma avaliação exagerada da pesquisadora, ou mesmo de um desencanto com o que se diz hoje sobre a avançada legislação de proteção aos direitos de crianças e adolescentes. Porém, aqui não se trata de querer construir ou discutir o maniqueísmo da lógica avaliativa do bem contra o mal, ou mesmo de querer procurar construir caminhos que possam alterar o que está demonstrado na pesquisa. Na verdade, os dados avaliados não apontam para outras afirmações. É certo que muito da produção liberal de posituação dos direitos de crianças adolescentes no Brasil gerou alterações em outros campos das políticas públicas, porém estes não foram analisados neste estudo, logo, não cabe fazer aqui reflexões sem que se tenha o referencial aprofundado.

Tem-se que perceber que o direito infracional cumpre função que está diretamente relacionada com as funções que são afetas ao direito penal. Ou seja, pensar que o direito infracional, aqui lembrando o que ensina Rosa (2007, p.5-6) é um direito protetor por tratar de adolescentes e assim ser descrito em uma norma, é simplesmente esquecer que se trata do mito da

igualdade formal. O sistema normativo de repressão penal não é estático, mas possui funções que vão desde a produção das normas, passando pela aplicação e execução da pena (Baratta. *Ibidem.* p.161). O direito penal, em campos neoliberais, possui função de controle social e é construído a partir de mitos como, por exemplo, de que a lei penal vai atingir a todos, ou mesmo de que protege a todos. Estas questões não se apresentam diferentes no direito infracional. A essência é a mesma, apesar do discurso da proteção integral querer desviar a percepção de sua real função. Como bem lembrou Barata ao apresentar os argumentos da criminologia crítica, a realidade é oposta a esta. Como afirmou o jurista italiano:

- a) O direito penal não defende a todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;
- b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso, é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;
- c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminosos é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade. (*ibidem.* p. 162)

Neste sentido, o que Barata ressalta é fazer com que se possa desconstituir o mito do direito penal como um direito igual que atinge a todos. Não dá pra desconsiderar o fato de que os centros de internação estão superlotados (CNMP. 2013, p.12-17) de adolescentes pobres, que estão internados principalmente por atos infracionais equiparados a roubo (38,1%) e tráfico de drogas (26,6%), tendo o homicídio um percentual de cerca de 8% do total de atos infracionais pelos quais os adolescentes estavam submetidos à internação, de acordo com o relatório do Conselho Nacional do Ministério Público, que serve de base para as afirmações aqui feitas. Isto só reforça o que já dito por Barata (*ibidem.* p.165) de que o direito penal, como um direito burguês, promove a seleção de tal forma que os principais atingidos estão localizados nas camadas mais pauperizadas da sociedade.

Os centros de internação são hoje nada mais que mecanismo utilitário na prática neoliberal que promove o encarceramento e promove a função de morte destinada a economia do biopoder (Foucault, 2010. p.217). De acordo com a lógica do racismo de estado, onde a morte do outro promove a purificação da raça para que o estado exerça seu poder soberano.

5- CONCLUSÃO

Este estudo, que teve como principal objetivo compreender qual a racionalidade que orienta as decisões dos julgados em processos de responsabilização de adolescente acusado da prática de um ato infracional, ensejou um esforço muito grande da pesquisadora em fazer uma leitura técnica e objetiva dos julgados na busca de que a objetividade do modelo de análise ajudasse a promover o resultado capaz de responder a pergunta de pesquisa.

Na conclusão deste trabalho, algumas questões são evidenciadas como oportunas para que se possa melhor compreender como o discurso oficial é capaz de promover uma verdadeira engrenagem de afirmações, fazendo com que os adolescentes que praticaram ato infracional sejam percebidos como pessoas tratadas, no âmbito da justiça, como detentores de proteção especial, a qual vai lhes conduzir a uma melhor condição de vida. Mas, ao mesmo tempo, esta proteção se apresenta ambivalente, pois puni com o discurso de proteção.

Toda análise feita nos leva a provocações sobre como compreender um direito que se diz protetor, mas que, ao mesmo tempo, compreende essa proteção dentro de um ambiente de negação de direitos. Ou seja, a privação de liberdade é formatada de tal maneira que o discurso justificador serve para qualquer situação, pois se um adolescente está sem a escolarização adequada ou não tem moradia que seja considerada digna, ou família que lhe garanta bom capital - se referindo ao capital humano-, potencializa suas condições de ser encarcerado, com base no discurso de que a doutrina da proteção integral justificaria a sua internação.

Constatou-se que o controle punitivo dos adolescentes segue as táticas neoliberais de forma a fazer com que esses meninos e meninas, pobres, que praticaram um ato infracional, pouca ou mesmo nenhuma chance possam ter de não serem privados de liberdade, pois a sua condição econômica faz com que as regras do mercado ditem a solução para a questão em jogo. A mudança na governamentalidade, que deixa de ter um foco no estado de bem-estar, passa a ter um foco muito maior no controle social do que na provisão de

meios assistenciais que pudessem dar melhor suporte para o enfrentamento das desigualdades sociais, passando a agir de forma rigorosa junto a esses adolescentes que são parte do grupo que deve ser apartado da sociedade para que as ações firmes, de base consumista e focadas no crescimento do mercado, não sejam atingidas, como bem afirma Garland (2014, p.414).

A mudança operada com a nova arte de governar faz com que o Estado passe a reestruturar a sua forma de “não-intervir”, ou seja, a sua ação deve ser sempre compreendida de forma a que o mercado tenha total de liberdade, não interessando se o preço é justo ou injusto, pois é assim que orienta a economia baseada na nova arte de governar. Desta forma, a estratégia mais usual para o controle da pobreza passa a ser o encarceramento, como já bem descrito por Wacquant (op.cit).

O neoliberalismo impõe um privilégio das relações individuais em detrimento da ação coletiva, fazendo com que as liberdades individuais sejam superdimensionadas, impondo um rigoroso controle daqueles que não se adequam a esse novo modelo . Neste sentido, Garland (ibidem, p. 416) afirma

O que acontece é que as liberdades individuais conferidas pelas morais e pelos mercados da pós-modernidade foram cercados por uma nova estrutura de controles e exclusões, direcionadas àqueles grupos mais desfavorecidos pela dinâmica da mudança econômica e social – pobres das cidades, os beneficiários da previdência e as minorias.

Ora, o que o criminologista americano destaca é justamente o que em boa parte foi comprovado nesta pesquisa, ou seja, como as táticas neoliberais são implantadas no meio do Estado para que se estabeleça o controle da pobreza, em substituição à política do pós-guerra de solidariedade e bem-estar.

Não resta dúvida de que propagar que a legislação brasileira de proteção à infância é baseada em uma doutrina de proteção integral e que, portanto, os meninos e meninas brasileiros pobres serão incluídos por uma política de afirmação e acesso a melhores condições de vida, não passa de um discurso legislativo, pelo menos no que diz respeito aos adolescentes que são acusados da prática de ato infracional. Isto ocorre porque a atual governamentalidade exige que assim seja. A lei pode dispor, mas a justiça julga com o firme propósito de controle punitivo da pobreza e, para tanto, se apoia até mesmo no discurso da proteção para fazer com que os argumentos

neoliberais de controle prevaleçam em qualquer situação. Como bem afirma Foucault (2008, p.346), as “externalidades negativas”⁴⁷ na governamentalidade neoliberal devem ser controladas através da punição, pois não pode o mercado ser prejudicado, já que isto poderia provocar perdas econômicas.

Em todo o resultado da pesquisa ficou evidente que a promoção de um discurso que dá à medida socioeducativa de internação um caráter positivo, para ser aplicada aos adolescentes pobres, faz com que seja fortalecido o discurso da proteção num firme paradoxo com a punição, como seres indesejáveis ao sistema e que precisam ser contidos pelo Estado mesmo que se precise utilizar de ambivalências, o que é melhor explicado pelos ensinamentos de Garland

No discurso político e na política oficial, os pobres são mais uma vez vistos como indesejáveis e são tratados como tais. Sua pobreza atribuída a sua suposta falta de empenho, às suas escolhas equivocadas, a sua cultura específica e à sua conduta atual. No mundo cada vez mais próspero dos anos 1990 e desde então, estas populações persistentemente pobres são facilmente vistas como “diferentes” e não meramente “desfavorecidas”. Como criminosos reincidentes e “bandidos profissionais”, elas são convenientemente retratadas como pertencentes a uma cultura estranha, uma classe à parte, um resíduo esquecido dos processos velozes e high-tech da economia globalizada e da sociedade da informação.(ibidem. p.417).

Ou seja, aquilo que foi trabalhado no capítulo primeiro desta pesquisa, sobre a teoria do capital humano, ou mesmo, como reforça Garland, “a suposta falta de empenho”, é pressuposto para o rigor do controle punitivo, fazendo com que os indesejáveis sejam afastados da comunidade e colocados na segregação com o intuito de readaptação a ordem mercadológica.

Todo este processo é reforçado por um movimento da grande mídia que, como bem já explicado por Zaffaroni (2012), faz com que o espetáculo da exposição daqueles vistos como a classe perigosa promova cada vez mais punição, levando em conta a condição social e fazendo com que qualquer possibilidade de benefício social seja compreendida como ameaça ao sucesso do mercado, ou mesmo como benesse que afeta as liberdades (de mercado) para o resto da população, como reafirmado por Deluchey (2015, p.75):

Como verdadeiro momento de um espetáculo falso, a periculosidade é o lado B da liberdade neoliberal, o momento que dá sustento e vida a representação fabulosa. Do liberalismo ao neoliberalismo, o

⁴⁷ Foucault, se refere aqui ao conceito de externalidade como um fracasso do mercado na alocação de recursos e que portanto necessitam de uma intervenção do pública para diminuir as divergências entre os custos sociais e privados. Conferir a nota número 27 p. 361 Nascimento da Biopolítica . 2008.

“neo” da governamentalidade neoliberal, consiste em fabricar incessantemente perigos e medos no objetivo de direcionar e legitimar o exercício da liberdade para o benefício exclusivo do mercado e da acumulação do capital.

E faz, ainda, com que a liberdade de uns poucos encontre amparo justamente na exclusão e controle de muito outros. (Garland, op. cit., p.419-420).

Observou-se na pesquisa que o discurso dos julgadores impõe uma força de seleção pessoal aos adolescentes pobres, fazendo um discurso higienista, em certo ponto, e categorizando aqueles como pessoas que não conseguem obter sucesso na sociedade de mercado, porque não foram capazes de agir de acordo com a conduta meritocrática esperada.

Ao mesmo tempo, constatou-se que pouca importância possui o debate sobre a natureza da medida socioeducativa, pois esta terá a justificação que no momento da decisão for mais adequada à racionalidade que orienta a decisão. Ou seja, se a medida tem caráter punitivo ou não, o discurso produzido pelo julgador é que vai definir o objetivo desta, a natureza que este quer atribuir a medida. Observou-se que desde a simples retribuição, ou mesmo a prevenção especial positiva, ou negativa, será ditada conforme a racionalidade adotada. Às vezes, o discurso é construído de forma a se compreender a medida socioeducativa de internação como um aparato do arcabouço que promove as orientações que dão suporte à doutrina da proteção integral. Porém, é visível que dar àquela um caráter meramente educativo é simplesmente promover o disfarce da punição e controle rigoroso que impera sobre esses jovens. Estes são percebidos como bodes expiatórios e que só servem à ociosidade e a prática do crime (YONG, 2002, p.40).

Esta pesquisa utilizou como fonte, além dos dados primários colhidos pela pesquisadora, também dados secundários, obtidos através dos relatórios do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, como já descrito anteriormente. Estes dados serviram para dar suporte à compreensão sobre quem eram esses adolescentes em privação de liberdade e em que condições estavam nos “centros de internação educacional”. Ambos os relatórios mostraram que se tratava de adolescentes pobres, com baixa escolaridade, tidos como de famílias desestruturadas que, em sua maioria, praticaram atos infracionais contra o patrimônio e que são

apontados como usuários de drogas ilícitas em 75% dos casos (CNJ, 2012, p.18-20). O que faz com que se possa entender como se destina o rigor da ação judicial, ou seja, o paradigma da guerra às drogas, também está visivelmente identificado na atuação dos julgadores no controle dos adolescentes pobres, como bem afirmam Mascerata, Dias e Passos (2014, p.19):

O paradigma da guerra às drogas se constitui dentro de uma política proibicionista em relação a algumas substâncias psicoativas, que se intensifica no século XX. Essa política impulsiona práticas punitivas e criminalizadoras que se desenvolvem através de diversos dispositivos sociais articulados para a produção : (i) dos seus próprios “objetos de intervenção”- o traficante, o dependente químico, a droga; (ii) do modo de intervenção ou tratamento- abstinência; (iii) das ações de repressão ao uso e tráfico de drogas. Se desenvolvendo neste sentido, a política “antidrogas” se direciona massiva e prioritariamente às populações pobres, classes proletárias, minorias raciais e grupos marginalizados, bem como aos territórios que ocupam na cidade.

Como se pôde ver, os adolescentes pobres fazem parte das estratégias de contenção da política antidrogas, servindo para isso a atuação rigorosa do Poder Judiciário, para isto, bem serve o discurso da proteção que encarcera, táticas visibilizadas nos indicadores sobre a internação de adolescentes no relatório do Conselho Nacional de Justiça (op.cit., p.11) que apontou que, dentre os adolescentes internados, o tráfico representava o segundo maior motivo da internação (24%), ficando só atrás do roubo.

Desta forma, pode-se afirmar que é útil para o Estado promover o controle punitivo dos adolescentes, atribuindo a estes a responsabilidade pelo tráfico de drogas⁴⁸ e promovendo a apartação destes da convivência social, como uma estratégia de normalização do poder de morte -Racismo de Estado- (Foucault, ob.cit., p.215) com uma contenção que serve à nova arte de governar para separar aqueles que podem dos que não podem viver. . Cabe aqui as lições da Professora Vera Andrade (2012, p.178):

Do ponto de vista dos direitos humanos e da dignidade, o fim do encarceramento é um imperativo. Do ponto de vista da ordem

⁴⁸ Para ampliar o entendimento sobre o tema pode ser lido o texto de Batista. Vera Malaguti. *Atendendo na Guerra. IN. Atendendo Na Guerra: Dilemas Médicos e Jurídicos sobre o “Crak”*. Lopes. Lucília Elias; Batista. Vera Malaguit. *Criminologia de Cordel*. Orgs. CIC.Ed. Revan. Rio de Janeiro. Revan. P.179-197.

vigente, a continuidade do encarceramento é que é um imperativo. A máxima foucautiana nunca foi tão atual: o fracasso (humanista) da prisão é, ao mesmo tempo, o seu sucesso.

O estudo comprovou o quanto a medida socioeducativa é utilizada de forma a promover o ajustamento dos argumentos neoliberais às relações sociais. Ou seja, o princípio utilitarista radical, como princípio da máxima felicidade (Mulgan, op. cit., p.17), serve para conformar mesmo aquilo que a lei dispõe de outra forma, como o que fala sobre a excepcionalidade da internação: para que a jurisprudência o transforme em “discurso pela felicidade da maioria”, é melhor promover a privação de liberdade.

Essas afirmações bem se adequam ao que foi avaliado quanto ao princípio da excepcionalidade da medida. Este é utilizado conforme a necessidade e intervenção da racionalidade radical utilitarista e passa a funcionar como um instrumento que pode ser aplicado tendo por base o “bem-estar da maioria”. Ou seja, a exceção pode ser flexibilizada se a utilidade assim o exigir.

Se o tráfico de drogas é um dos atos infracionais que mais promove o encarceramento dos adolescentes, como já dito acima, apesar da existência de súmula do Superior Tribunal de Justiça⁴⁹, que diz que o tráfico por si não pode levar à aplicação de uma medida de internação e do princípio da excepcionalidade, fica evidente que pouca relevância estes questões possuem nos julgados analisados, o que leva a compreensão de que o direito infracional formal, aquele descrito na norma, é utilizado apenas como discurso oficial, porque a “etiqueta” impressa pelo movimento de lei e ordem, que promove a “tempestade da punição no neoliberalismo” (Wacquant., 2011, p.7) faz substancialmente um movimento que se adequa a nova arte de governar.

Se constatou, ainda, que a teoria do capital humano já está introjetada nos documentos oficiais sobre segurança pública no Estado Brasileiro. Por exemplo, o Relatório do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2014, p.59) e o relatório do Banco Mundial sobre jovens em situação de risco

⁴⁹ O Superior Tribunal de Justiça editou súmula 492 que assim dispõe: A Súmula 492 estabelece que “o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente”. Ou seja, para que ocorra uma internação de adolescente por tráfico de drogas, o julgador teria que levar em consideração todos os princípios contidos no Estatuto da Criança e a do adolescente e só excepcionalmente poderia promover a internação. <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> Consultado em 12.10.2014

no Brasil (op.cit) demonstram que as estratégias neoliberais se fazem presente, de forma a que, os ditos “inadaptados” a esta governamentalidade, possam ser enquadrados dentro das táticas da teoria do capital humano, para não criarem embaraços ao progresso esperado.

Não restou dúvida que as decisões judiciais também demonstram que a expectativa da justiça era de que a família desses adolescentes que acabam na privação de liberdade, tenham atitudes que dificilmente teriam condições de promover. Ou seja, esperar que toda e qualquer família tenha uma atitude empreendedora, fazendo de seus filhos empresários de si mesmos e futuros *homens econômicos*, é tido na nova arte de governar como uma expectativa que deverá ser factível a qualquer família, não importando a condição em que vivem, mesmo sem qualquer apoio do estado, pois estas deveriam ser produtoras de fortalecimento do capital humano de seus filhos. Estas questões são avaliadas e consideradas como fundamentais pelo julgador no momento da aplicação da responsabilização aos adolescentes, como já se pôde verificar nas decisões citadas nesta pesquisa.

Diante dos resultados obtidos na análise dos dados, pode-se afirmar que as hipóteses de pesquisas foram confirmadas e, em resposta a pergunta de pesquisa, afirma-se que:

1- O discurso oficial sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente se apresenta dicotômico: defende uma proteção integral, porém aceita a privação de liberdade como alternativa para adolescentes pobres sob uma justificativa de que assim o faz, para proteger e educar;

2- Diante dos dados coletados, constatou-se que os julgadores seguem a lógica neoliberal descrita por Michel Foucault e decidem de acordo com a racionalidade radical utilitarista, tendo como orientador das decisões, mesmo que não percebam, a teoria do capital humano, avaliando os adolescentes a partir da escolaridade, capacidade de acesso ao mercado de trabalho, possibilidade de obterem uma boa renda, boas relações sociais, famílias consideradas - na avaliação do magistrado - possuidoras de boas condições materiais e sociais, como condicionantes para que não apliquem aos adolescente uma medida de privação de liberdade;

3- A medida socioeducativa de internação é aplicada a partir de um discurso de promoção da proteção integral. Entretanto, esse discurso serve, na

maioria dos casos, como instrumento de legitimação para o cerceamento de liberdade dos adolescentes, fazendo com que aquilo que é meramente punição seja transposto em um discurso de proteção;

4- Os adolescentes pobres estão muito mais fragilizados no processo de encarceramento porque, apesar de serem selecionados pela sua condição econômica, sua condição de adolescente potencializa a possibilidade de flexibilização de suas garantias constitucionais por todo processo histórico e autoritário que sempre esteve presente no tratamento de crianças e adolescentes no Brasil sendo percebidos como objetos de intervenção do Estado;

5- O princípio da excepcionalidade é mobilizado mais para legitimar a internação do que para afastar a possibilidade de cerceamento de liberdade dos adolescentes pobres, acusados da prática de ato infracional;

6- Os adolescentes acusados da prática de ato infracional estão sujeitos aos dispositivos de punição, que funcionam como estratégia da governamentalidade neoliberal para afastar os “inúteis” e exercer sobre eles o controle necessário, de forma que o sucesso do mercado seja sempre o motivo de maior importância para a gestão do Estado;

7- Pouca importância reside na natureza da MSE de internação, pois esta sempre será aplicada tendo como enfoque a proteção dos adolescentes, porém exercendo o poder punitivo que controla as populações pobres, sendo o adolescente potencialmente mais fragilizado nesse sistema porque sobre ele recai um discurso de que a justiça tudo faz em nome de sua proteção e no seu melhor interesse;

8- A possibilidade de um adolescente aguardar em liberdade o trânsito em julgado de um processo de responsabilização, de acordo com os dados levantando, é quase inexistente, pois do total de decisões analisadas (73) somente em 03 julgados foi atribuído efeito suspensivo no recurso garantindo que o princípio da presunção de inocência repercutisse no direito infracional;

9- A aplicação de uma medida de internação é útil na governamentalidade neoliberal, porque está ancorada em dois marcos que dão sustentação à nova arte de governar: atuar de acordo com a racionalidade radical utilitarista e promover a estabilização das relações de mercado, para

que seja garantindo o consumo e a livre concorrência. Para os adolescentes acusados da prática de um ato infracional, que são considerados como inadaptados, nada mais sobra senão a privação de liberdade para a “reeducação”;

10- O estereótipo de adolescente pobre, com baixa escolarização e usuário de droga, faz com que a privação de liberdade, através da aplicação de uma medida de internação, ganhe naturalidade, pouco importando o ato infracional cometido;

11- Os adolescentes pobres são reconhecidos nos julgados e, de acordo com a teoria do capital humano, como não detentores de uma boa máquina/competência, logo o cárcere é visto como uma alternativa viável;

12- O jogo de palavras do discurso oficial sobre o direito infracional promove uma ambivalência de ações que não só aceita a privação de liberdade, reconhecida como ambiente educacional, como também promove a criminalização em massa de adolescentes pobres, fazendo com que a utilidade desta tenha um caráter de proteção, promovendo o disfarce da punição sob a égide de que assim o faz para promover os direitos desses meninos e meninas que estão excluídos na sociedade;

13- O Racismo de Estado está fortemente presente nos julgados de responsabilização dos adolescentes, promovendo a morte indireta destes, ainda que sob a justificativa de promoção da dignidade;

Finalmente, pode-se concluir que, quando se fala de direitos de adolescentes acusados de ato infracional, estes podem até estar descritos na lei de uma forma, porém é nos julgados que se pode confirmar a sua verdade. Ou seja, se Foucault, ao instigar uma reflexão sobre a nova arte de governar, aponta que está estruturada a partir da governamentalidade neoliberal e, se foi constatado que esta é a que orienta os julgados na justiça da infância, também se pôde confirmar o que Deleuze sobre onde encontrar o direito.

Além do mais, ficou evidente que os dispositivos de punição, apresentam-se com maior rigor junto aos adolescentes pobres, porque o fazem diante de uma construção discursiva que passa a ser legitimada pelas agências do sistema punitivo como atos de boa vontade e proteção, onde a cultura do controle (Garland, op, cit) passa a ser vista como um procedimento normal de promoção de direitos dentro da sociedade neoliberal.

REFERÊNCIAS:

ALBUQUERQUE. Fernando da Silva, GOMES. Marcus Alan de Mello. Mídia Medo e Expansão Punitiva. IN. PINHO. Ana Cláudia Bastos de, DELUCHEY. Jean-François, GOMES. Marcus Alan de Melo.(Coords.). Tensões Contemporâneas da Repressão Criminal. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2014, p.73-92.

ALEIXO. Klelia Canabrava. Ato Infracional: Ambivalências e contradições no seu controle. Ed. Juruá. Curitiba. 2012.

AMIN. Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. IN. MACIEL. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. Rio de Janeiro. Lúmen Juris. 2006.

ANDRADE. Vera Regina P. Dogmática Jurídica: Escorço de sua Configuração e identidade. 2ª Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2003.

_____. de. Pelas Mãos da Criminologia: O controle penal para Além da desilusão. Coleção Pensamento criminológico n. 19. Florianópolis. CIC. 2012.

_____. A Ilusão de Segurança Jurídica: Do controle da violência à Violência do Controle Penal. 3ª Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado.2015.

ARANTES. Esther M, VAZ. Paulo. Entre a Delinquência e o Risco. Notas sobre a Infância no contemporâneo. IN. BATISTA. Vera Malaguti (Org.). Loc. Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal. . Revan. Rio de Janeiro. 2012. P.79-85

ARIÉS. P. História Social da Criança e da Família. Rio de Janeiro. Guanabara. 1981.

BANCO MUNDIAL. Relatório sobre os jovens em situação de risco no Brasil 2006. Disponível em
:http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1185895645304/4044168-1186331278301/21Vol2Port.pdf

BATISTA. Vera Malaguti. Dífceis Ganhos Fáceis. Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. Coleção Pensamento Criminológico. 2ª. Edição. Instituto Carioca de Criminologia. Revan. Rio de Janeiro. 2003

_____. Introdução Crítica à Criminologia Brasileira. Rio de Janeiro. Revan. 2011.

_____. Org. Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal. Org. Revan. Rio de Janeiro. 2012

_____, LOPES. Lucília Elias. Org. Atendendo na Guerra. Criminologia de Cordel. Rio de Janeiro. Revan/ICC. 2014.

BATISTA. Nilo. Punidos e Mal Pagos: Violência, Justiça, Segurança Pública e Direito Humanos no Brasil de Hoje. Rio de Janeiro. Ed. Revan. 1990.

_____. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 12ª Edição. Rio de Janeiro. Revan. 2011.

BARATTA. Alessandro. Defesa dos Direitos e Política Criminal. IN Discursos Sediciosos. Ano 2.número 3 . Instituto Carioca de criminologia. 1997.

_____. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal. 6ª Edição. Coleção Pensamento Criminológico 1. Revan. Rio de Janeiro. 2011.

_____. Ressocialização ou controle social. Uma Abordagem Crítica da “Reintegração Social” do sentenciado. Universidade de Saarland. R.F.A. Alemanha Federal. Mimeo.

BENTHAM. Jeremias. Uma Introdução aos princípios da Moral e da legislação. 2ª ed. São Paulo. Abril Cultural. 1979. (Os pensadores).

_____. Teoria da Penas e Tratado dos Sofismas Políticos. São Paulo. Edijur. 2002.

_____. As recompensas em Matéria Penal. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. Ed. Rideel. São Paulo. 2007.

BECCARIA. Cesare. Dos Delitos e das Penas. Trad. Oliveira. Paulo M. São Paulo. Edipro de Bolso. 2011.

BECKER. Howard S. OUTSIDERS. Estudos de Sociologia do Desvio. Rio de Janeiro. ZAHAR. 2008

BOURDIEU, Pierre “A mão esquerda e a mão direita do Estado”, In Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998,p.09 a 20.

_____. “Contra a destruição de uma civilização”, In Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 37- 41.

_____. CHABOREDON. Jean-Claude, PASSERON. Jean-Claude. Ofício do Sociólogo. Metodologia da Pesquisa. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis. Ed. Vozes. 2007.

_____. O Poder Simbólico. 16ª Edição. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil. 2012.

BRASIL. Lei Federal 8069 de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Consultado em: 01.10.2014.

CAMUS. Albert. O Estrangeiro. Saraiva. São Paulo. 2011.

CASTRO. Lola Aniyar. Criminologia da Libertação. Coleção Pensamento Criminológico 10. Rio de Janeiro. Revan/ICC. 2005.

CARVALHO. Salo; WEIGERT. Mariana de Assis Brasil. As Alternativas as penas e Medidas socioeducativas: Estudo Comparado entre distintos modelos de controle social punitivo. IN. PINHO. Ana Cláudia Bastos; DELUCHEY. Jean-François Y; GOMES. Marcus Alan de Melo (Coords.) Tensões Contemporâneas da Repressão Criminal. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2014.p. 93.115.

_____. Antimanual de Criminologia. 6ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2015.

CASTEL. Robert. A Insegurança Social. O que é ser protegido? Petrópolis. Ed. Vozes, 2005.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Panorama Nacional. A execução das medidas socioeducativas de Internação. Programa Justiça ao Jovem. Brasília. Disponível em www.cnj.jus.br. Acesso em 10 de jun. 2014.

CNMP- Conselho Nacional do Ministério Público. Um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes. Disponível em: www.cnmp.mp.br. Acesso em 10.jun. 2014.

COIMBRA. Cecília M. B, NASCIMENTO. Maria Lívia. Ser Jovem, Ser pobre é ser perigoso?. Revista de Estudios sobre Juventude , 9 (22) . Jan/Jun. México. 2005. p.338-355.

DIETER. Maurício Stegemann. O Programa de Política Criminal Brasileiro, Funções Declaradas e Reais: Contribuições de Claus Offe para Fundamentação da Crítica Criminológica à Teoria Jurídica das Penas. EOS-Revista da Faculdade de Direito/Faculdade Dom Bosco. Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito. V 1, N 4, (jul/Dez 2008). Curitiba. Dom Bosco. 2008, p.173-194.

DELEUZE. Gilles. Conversações. Trad. Peter Pal Pelbart. São Paulo, Ed. 34. 2008.

DELUCHEY .J.-F., Resenha do livro de Antoine Garapon: A razão do estado mínimo. Mimeo (versão externa), 2012

_____ “A sociedade civil organizada e a administração governamental dos interesses: o exemplo dos conselhos paritários”, In Revista Estudos Políticos, Rio de Janeiro, n.5, 2012, p. 77-101

_____ El Gobierno de los derechos humanos em la era neoliberal. IN. LARSEN. Laurence Burgorgue-; MAUÉS. Antônio. MOJICA. Beatriz Eugenia Sánchez. RDHE. Rede de Derechos Humanos y Educación Superior. Derechos Humanos e Políticas Públicas. Universidad Pompeu Fabra. Barcelona. 2014. Consultado em: http://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHPP_Manual_v3.pdf. Em 01.01.2015. p. 15-46.

_____ O Lado B da liberdade: Reprimir na era neoliberal. Belém. IN. LEMOS. Et al. Estudos Com Michel Foucault: Transversalizando em Psicologia. História e Educação. Curitiba. Ed. CRV.. 2015. p.65-77.

FIGUEIREDO. Luciano Lima. Os Métodos Dedutiv e Empírico de Pensamento: Influências no Sistema Jurídico do Civil Law e Common Law. Revista Eletrônica Observatório de Metodologia da Pesquisa. nº7 (Jan-Março) 2013. Disponível em: revistametodologiaufba.ypg.uol.com.br/index_arquivos/page.ntm . Consultada em: 12.12.2014

FERRANDIN. Mauro. Ato Penal Juvenil: Aplicabilidade dos Princípios de Garantias do Ato Penal. Curitiba. Juruá. 2009.

FREITAS. Marcio Luiz Coelho. Lógica Jurídica, argumentação e racionalidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n 3307, 21 julho . Disponível em:<<http://jus.com/artigos/22271>>. Acesso em 18 de dezembro de 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Por Uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais. Coleção. Estado e Constituição Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2011.

_____ et al. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales.4ª Edição. Madrid. Ed. Trotta. 2009.

_____ Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. 3ª Edição. São Paulo . Revista dos Tribunais.2010

FOUCAULT. Michel. Nascimento da Biopolítica. São Paulo. Martins Fontes. 2008.

_____ Vigiar e Punir. 12. Ed. Petrópolis. Vozes. São Paulo. 1995.

_____ Em Defesa da Sociedade, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. Segurança, Território, População, São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2014. São Paulo. 2014. Disponível em : <http://www.forumseguranca.org.br/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/8o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica>

FLORES. Joaquim Herrera. Teoria Crítica dos Direitos Humanos. Os Direitos Humanos como Produtos Culturais. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2009.

FRASSETO. Américo Flávio. Esboço de Um roteiro para aplicação das medidas socioeducativas. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo. ANO 7 nº26, p.159.

GARLAND. David. A Cultura do Controle: Crime e Ordem Social na Sociedade Contemporânea. Rio de Janeiro. Revan/ICC. 2014

GIL. Antônio Carlos. Métodos e Técnicas de Pesquisa Social. 6ª edição. São Paulo. Ed. Atlas. 2009.

GIORGIO. Alessandro de. A miséria governada através do sistema penal. Coleção Pensamento Criminológico 12. Rio de Janeiro. Revan/ICC. 2013.

GOULART. Marcos Vinicius da Silva; SANTOS. Nair Iracema Silveira dos. Protagonismo Juvenil e Capital Humano: Uma análise da participação política da juventude no Brasil. IN. Ciências Sociais Unisinos. n.2. Maio/Agosto de 2014. P.128-136.

GUIMARÃES. Claudio Alberto Gabriel. Funções da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Penal Capitalista. Rio de Janeiro. Ed. Revan. 2007.

LIMA. Francisca Juliana Barros Sousa. LIMA. Kácia Natália de Barros. A Biopolítica Como Racionalidade do Liberalismo: Conexões Foucaultianas. Polymatheia. Revista de Filosofia, v.6, N 9., ano 2013, p.35-45.

LIBERATI. Wilson Donizete. Adolescente e Ato Infracional. Medida socioeducativa é Pena?. São Paulo. Juarez de Oliveira. 2003.

_____. Processo Penal Juvenil. A garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa. São Paulo. 2006.

MACIEL. Katia Regina F. L. de Andrade. (Coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos. Rio de Janeiro. IBDFAM. Lumen Juris. 2006.

MARCONI. Mariana de Andrade, LAKATOS. Eva Maria. Fundamentos da Metodologia Científica. 7ª Edição. São Paulo. Atlas. 2010.

MARQUES NETO. Agostinho Ramalho. O Estrangeiro: A justiça Absurda. IN. COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. Coord. Direito e Psicanálise. Interseções a partir de "O Estrangeiro" de Albert Camus. Lúmen Juris. Rio de Janeiro. 2006.p.1-26;

_____.Neoliberalismo: O Declínio do Direito. IN. RUBIO. David Sanches; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO. Salo. (Orgs). Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a teoria Crítica. 2ª Edição. Edipurs. Porto Alegre. 2010. p.110-124

MARQUES DUEK. Oswaldo Henrique. Fundamentos da Pena. São Paulo. Martins Fontes. 2008.

MASCERATA. Iaçã, DIAS, Rafael, PASSOS. Eduardo. Paradigma da Guerra às Drogas, Políticas de Ordem e experiência de cuidado na cidade dos megaeventos. IN.LOPES. Lucília Elias, BATISTA. Vera Malaguti.(Coords). Atendendo na Guerra: Dilemas Médicos e Jurídicos Sobre o "Crack". Rio de Janeiro. REVAN/ICC. 2014. p. 15-42.

MENDEZ. Emílio Garcia; COSTA. Antônio Carlos Gomes. Das Necessidades aos Direitos. Malheiros. São Paulo. 1994.

_____. Evolução Histórica dos Direitos da Infância e Juventude. IN. Justiça, Adolescente e Ato Infracional: Socioeducação e responsabilização. São Paulo. ILANUD. ABMP. SEDH. UNFPA. (Org.). ILANUD. 2006.

MINISTERIO DA JUSTIÇA. Levantamento Nacional do SINASE. Disponível em : http://portal.mj.gov.br/sedh/documentos/Levantamento_Nacional_SINASE_2009_SDH_SNPDCA.pdf. Acesso em 03.01.2015.

MULGAN. Tim. Utilitarismo. Coleção Pensamento Moderno. Ed. Vozes. Petrópolis. 2012.Rio de Janeiro 2006.

NASCIMENTO. Maria Livia. Crianças e Adolescentes marcados pela defesa de direitos. Rev. Ecológica, 8: Jan-Abr. 2014 p.19-40.

NETO. Nogueira Wanderlino. Responsabilização Jurídica do Adolescente em Conflito com a Lei Penal, a partir do ordenamento jurídico Brasileiro. IN. Políticas Públicas e Estratégias de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em conflito com a lei. Coleção Garantia de Direito. Série Subsídios. Tomo II. Brasília. Ministério da Justiça. Secretaria nacional de Direitos Humanos. Departamento da Criança e do Adolescente. 1998.p .31-42.

NILO. Tiago. Alguns Apontamentos sobre a governamentalidade liberal E/Ou Neoliberal a partir de Michel Foucault. IN. Revista Eletrônica Kinesis. Vol. II. Nº3.Abril de 2010. Consultada em http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/25_TiagoNilo.pdf . 21.02.2015. P. 345-358.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Disponível em : consultado em <http://wsconsultas.tjpa.jus.br/consultaprocessual/> . Consultado em: 01.12.2014.

PRIORE. Mary Del. O Papel Branco, a Infância e os Jesuítas na Colônia. IN. Priore. Mary Del. Org. História da Criança no Brasil. Ed. Contexto. São Paulo. 1991.

PINHEIRO. Ângela. Crianças e Adolescentes no Brasil: Porque o Abismo entre a Lei e a Realidade. . UFC. Fortaleza. 2006 .

PEREIRA. Tânia da Silva. Direito da Criança e do Adolescente: Uma proposta Interdisciplinar. 2ª edição. Revista e Atualizada. Ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2008. p.931 a 1066.

ROBERT. Philippe. Sociologia do Crime. 2 ed. Petrópolis. Ed. Vozes. 2010.

RAMIDORFF. Mário Luiz. SINASE. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Comentários à lei 12.594 de 18 de janeiro de 2012. Ed. Saraiva. São Paulo.2012.

RAUTER. Cristina. Criminologia e Subjetividade no Brasil. Coleção Pensamento Criminológico 8. Rio de Janeiro. Revan/ICC. 2013.

RODRIGUES. Rafael Coelho. Juventude Como Capital. A questão criminal e os projetos sociais gente as políticas para os jovens vulneráveis. Juruá. Curitiba. 2014.

ROSA. Alexandre Morais da. Introdução Crítica ao Ato Infracional: Princípios e Garantias. Lúmen júris. Rio de janeiro. 2007.

ROXIN. Claus. Derecho Penal. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del Delito. Trad. PEÑA. Diego M. L, COLLEND. Miguel D. y Garcia, REMESAL. Javier de Vicente. 2ª ed. Madrid. CIVITAS/LAEL. 1997.

SARAIVA. João Batista Costa. Direito Penal Juvenil. Adolescente e Ato Infracional. 2ª Ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2002.

SANTOS. Boaventura de Sousa. A Construção Intelectual da Igualdade e da Diferença. IIN..A gramática do Tempo: Para uma nova cultura política. São Paulo. Cortez. 2006.

SANTOS. Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*, 2ª ed, Rio de Janeiro, Lumen Juris/ICPC, 2006.

_____. O adolescente Infrator e os direitos Humanos. Revista do Instituto Brasileiro de Direito Humanos. IBDH. Ano 2. Vol. 2, N 2, 2001. p.90-99. Disponível em: http://www.ibdh.org.br/ibdh/revistas/revista_do_IBDH_numero_02.pdf . Consultado em: 08.12.2014.

_____.Direito Penal Parte Geral. 5ªed. Revista e Ampliada. Florianópolis. Grupo Conceito/Modelo. 2012.

SCHEINVAR. Estrela. COIMBRA. Cecília. Subjetividades Punitivo-Penais. IN. BATISTA. Vera Malaguti (Org.). Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal. . Revan. Rio de Janeiro. 2012, p.59-61.

SDH. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Levantamento Nacional do SINASE. Brasília.2009.(CD).

SDH. Secretaria de Direito Humanos. Levantamento Nacional do SINASE. 2012. Brasília.(CD)

SILVA. Adrian Barbosa. Manifesto Realista Marginal. Boletim IBCCRIM. Ano 22. Novembro de 2014. P.11-12

SPOSATO. Karina Batista. Direito Penal de Adolescentes: Elementos para uma teoria garantista. São Paulo. Saraiva. 2013.

SUEKER. B. H. Krause. Pena Retribuição e Retaliação: O castigo no cárcere. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2013.

WACQUANT. Loïc. As Prisões da Miséria. Rio de Janeiro. Zahar.2001.

_____. Punir Os pobres. A nova Gestão da Miséria nos Estado Unidos. 2ª Edição. Coleção Pensamento Criminológico. Revan. Rio de Janeiro.2003.

_____. Os condenados da Cidade. Rio de Janeiro. Revan. 2005.

_____.Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. IN. BATISTA. Vera Malaguti (Org.). Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal. . Revan. Rio de Janeiro. 2012. p.11-42

_____.A Tempestade Global do Lei e Ordem: Sobre Punição e Neoliberalismo. Revista de Sociologia Política. Curitiba. V 20, 2012, p.7-20

WARAT. Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito I. Interpretação da lei: Temas para reformulação. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1994. p.115-122.

_____.Introdução Geral ao Direito II.A epistemologia Jurídica da Modernidade. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1995 p.57-99

VOLPI. Mario. Sem Liberdade, Sem Direitos: A privação de liberdade na percepção do adolescente. São Paulo. Cortez. 2001.

YONG. Jock. A Sociedade Excludente: Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade recente. Coleção Pensamento Criminológico 7. Rio de Janeiro. Revan/ICC. 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. O inimigo do Direito Penal. Trad. Sergio Lamarão. 2ª edição. Rio de Janeiro. Revan. 2007

_____. Em Busca das Penas Perdidas. A perda de legitimidade do Sistema Penal. Rio de Janeiro. Revan. 2001.

_____. Décima Sexta Conferência. A criminologia Midiática (I). IN Saberes Críticos. A palavra dos mortos Conferências de Criminologia Cautelar. São Paulo. Saraiva. 2012.

_____. I. Décima Sétima Conferência. A criminologia Midiática (II). IN Saberes Críticos. A palavra dos mortos Conferências de Criminologia Cautelar. São Paulo. Saraiva. 2012.p .303-324

_____.O Inimigo no Direito Penal. Coleção Pensamento Criminológico. 2ª Edição. Revan. Rio de Janeiro. 2007. p. 325-346.

_____.Derechos Humanos Y Sistemas Penales Em America Latina. El Poder Punitivo del Estado. Criminologia crítica y control social. 1993. p.63-74.Disponível em: <https://neopanopticum.wordpress.com/2012/09/03/zaffaroni-eugenio-ral-derechos-humanos-y-sistemas-penales-en-amrica-latina/>. Consultado em: 01.01.2015

_____.BATISTA. Nilo. ALAGIA. Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro I. 2ª ed. Rio de Janeiro. Revan. 2003

ANEXOS:

Lista de Acórdãos:⁵⁰

	ANO/ Número do Acórdão.
1.	2005 57651/Ap.
2.	2005 55511/HC
3.	2005 56018/HC
4.	2005 56173/AI
5.	2005 57610/HC
6.	2005 56440/AP
7.	2005 57651/AP
8.	2005 56229/HC
9.	2005 56656/HC
10.	2005 57610/HC
11.	2005 55155/AP
12.	2005 55454/AP
13.	2005 55653/AP
14.	2005 56125/AP
15.	2005 59648/AP
16.	2005 57694/AP
17.	2006 63935/AP
18.	2006 64130/AP
19.	2006 64975/HC
20.	2006 61644/AP
21.	2006 63104/AP
22.	2006 62437/AP
23.	2006 61951/AI
24.	2006 63626/AP
25.	2006 61115/AP
26.	2007 66662/AP
27.	2007 65671/AI
28.	2207 66632/AP
29.	2007 65199/HC
30.	2007 67050/HC
31.	2007 68468/AP
32.	2007 69753/AP
33.	2007 71083/AP
34.	2007 66052/AP
35.	2007 65274/HC
36.	2007 64975/HC
37.	2007 66895/AP
38.	2008 70102/AP
39.	2008 70504/HC
40.	2008 70897/HC
41.	2008 69753/AP

⁵⁰ Os acórdãos estão disponíveis em <http://wsconsultas.tjpa.jus.br/consultaprocessual/>

42.	2008	71677/AP
43.	2008	71689/AI
44.	2008	71897/AP
45.	2008	72407/HC
46.	2008	72873/HC
47.	2008	71013/AP
48.	2008	10102/AP
49.	2009	76235/AP
50.	2009	75430/AI
51.	2009	75843/AP
52.	2009	78589/HC
53.	2009	80126/AP
54.	2009	80560/AP
55.	2009	80986/AP
56.	2009	81367/AI
57.	2009	82123/HC
58.	2009	76343/HC
59.	2009	80986/AP
60.	2009	78067/HC
61.	2009	76574/AP
62.	2010	87202/AP
63.	2010	85263/AP
64.	2010	89502/HC
65.	2010	87016/HC
66.	2010	93609/HC
67.	2010	93609/HC
68.	2011	97285/AI
69.	2011	99344/AP
70.	2013	116775/AP
71.	2013	119410/AP
72.	2013	4305/HC
73.	2013	95948/HC