

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA – FDV
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

JOÃO MENEZES SANTOS NEVES

**A INTERNAÇÃO DE ADOLESCENTES NO SISTEMA
SOCIOEDUCATIVO BRASILEIRO COMO MEDIDA DE
ESTADO DE EXCEÇÃO**

VITÓRIA
2017

JOÃO MENEZES SANTOS NEVES

**A INTERNAÇÃO DE ADOLESCENTES NO SISTEMA
SOCIOEDUCATIVO BRASILEIRO COMO MEDIDA DE
ESTADO DE EXCEÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu da Faculdade de Direito de Vitória, como
requisito para obtenção do grau de mestre em direitos e
garantias fundamentais.

Orientador: Professor Doutor Thiago Fabres de Carvalho.

VITÓRIA

2017

A Ellen Dias Andrade, por ser meu motivo.

AGRADECIMENTOS

A Deus e a meus pais, pelo apoio constante.

A meu professor orientador, por me instigar à pesquisa.

A Lucas Lessa, a Nelson Camatta, a Pedro Zanon e a Halley Jhason por suas valiosas críticas.

A minha preciosa turma, em especial, a Sâmela, Shayene, Itamar e Wagner pelos debates primorosos, descontração e admoestações.

A Ellen Dias Andrade, meu motivo diário.

“[...] a melhor reforma do direito penal seria a de substituí-lo, não por um direito penal melhor, mas por qualquer coisa melhor que o direito penal”

Alessandro Baratta

RESUMO

A medida de internação de adolescentes decorrente da prática de atos infracionais no contexto do sistema socioeducativo brasileiro é objeto de constante debate doutrinário, seja a respeito de sua natureza ou funcionalidade. Uma primeira corrente tradicional vislumbra na socioeducação uma racionalidade garantista, de contenção do poder estatal de punir, ou, em uma segunda corrente, estabelece a ela uma meta, um programa político garantista. Todavia, a criminologia crítica, por sua vez, vem percebendo nesse chamado sistema socioeducativo a mesma funcionalidade oculta de manutenção de desigualdades típica do sistema penal adulto no contexto periférico latino-americano. Nesse ambiente de divergências doutrinárias investiga-se a questão: a internação de adolescente por ato infracional no Brasil coaduna-se com o estado democrático de direito ou constitui prisão de fato? Isso, com o objetivo de avaliar o chamado sistema socioeducativo brasileiro sob a ótica do estado de exceção, mediante a perspectiva de Giorgio Agamben. Nota-se que a chamada socioeducação brasileira não se coaduna com o garantismo de Ferrajoli, por não compartilhar com ele da mesma funcionalidade atribuída à privação de liberdade, mas alimentar uma interferência estatal indevida na esfera interna do indivíduo por meio do ideal da ressocialização. A medida de internação mostra-se, ainda, na pragmática, uma pena de fato e o sistema socioeducativo integra o sistema punitivo como uma de suas espécies. Por fim, a internação de adolescentes pela prática de atos infracionais no Brasil revela-se, não como medida de direito, mas como medida de estado de exceção, uma fuga do direito em relação ao não direito, em uma sofisticada arbitrariedade legitimada.

Palavras-chave: Sistema socioeducativo. Medida de internação. Garantismo Penal. Criminologia crítica. Estado de exceção.

ABSTRACT

The measure of imprisonment of juveniles resulting from the practice of infractions in the context of the Brazilian socio-educational system is the object of constant doctrinal debate, rather about its nature or its functionality. A first traditional position sees in the social-education a guaranteeing rationality of containing the state power to punish, and a second position sees it as an objective, a political program. Critical criminology, meanwhile, has seen in this so-called socio-educational system the same hidden functionality of maintaining inequalities typical of the adult criminal system in the peripheral Latin American context. In this environment of doctrinal divergences, lies the question: is the imprisonment of youth in Brazil compatible with the democratic state or does it constitute a state of exception? The research follows the objective of evaluating the so-called Brazilian social-educational system from the perspective of the state of exception, through the perspective of Giorgio Agamben. The so-called Brazilian social-education is not in line with Ferrajoli's garantism, because it does not share with him the same functionality, but it interferes in the individual's internal sphere through the ideal of resocialization. The measure of juvenile's imprisonment shows, still, in pragmatics, a real penalty, and the social-educational system integrates the punitive system as one of its species. Finally, the imprisonment of adolescents in Brazil reveals, not as a measure of law, but as a measure of state of exception, an escape from the law in the direction of the non-right, in a sophisticated legitimized arbitrariness.

Key words: Social-educational system. Juveniles' imprisonment. Garantism. Critical criminology. State of exception.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	TEORIAS LEGITIMANTES DO SISTEMA JURÍDICO SOCIOEDUCATIVO NO BRASIL, A DOGMÁTICA E A LEGISLAÇÃO DA SOCIOEDUCAÇÃO BRASILEIRA	14
2.1	A LEGISLAÇÃO DA SÓCIOEDUCAÇÃO BRASILEIRA	14
2.2	REGIME DE INTERNAÇÃO DE ADOLESCENTES; INTERNAÇÃO PROVISÓRIA E SINASE COMO SUPOSTO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO	16
2.3	A FINALIDADE (DECLARADA) DA INTERNAÇÃO SOCIOEDUCATIVA DE ADOLESCENTES	18
2.4	AS APORIAS DO DISCURSO GARANTISTA: UMA ANÁLISE DA (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE SOCIOEDUCAÇÃO E O GARANTISMO PENAL DE FERRAJOLI.....	21
2.4.1	A teoria penal Garantista: Garantismo como modelo normativo; como teoria jurídica; e como filosofia política.....	27
2.4.2	Uma teoria geral do garantismo.....	29
2.4.3	O caráter instrumental do Garantismo Penal: o modelo de Direito Penal garantista e a prática forense.....	32
2.4.4	Um “utilitarismo reformado” e a função da pena no garantismo penal... ..	33
2.4.5	A legitimação deslegitimante.....	35
2.5	O OBJETIVO DA PENA EM UM MODELO GARANTISTA CONTRAPOSTO À FUNÇÃO SOCIOEDUCATIVA DA INTERNAÇÃO DE ADOLESCENTES: IMPOSSÍVEL CONCILIAÇÃO	37
3	SISTEMA SOCIOEDUCATIVO COMO SISTEMA PENAL JUVENIL	42

3.1	MEDIDA DE INTERNAÇÃO SOCIOEDUCATIVA: EUFEMISMO PARA PENA.	43
3.2	O ENGODO DE UM “PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO”	46
3.3	A FUNCIONALIDADE OCULTA DO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO PARA ALÉM DA CONFUSÃO ENTRE SER E DEVER SER APONTADA POR FERRAJOLI.....	50
4	SISTEMA PENAL JUVENIL BRASILEIRO COMO MEDIDA DE ESTADO DE EXCEÇÃO.....	52
4.1	O ESTADO DE EXCEÇÃO, SOB A BASE TEÓRICA DE GIORGIO AGAMBEN ..	52
4.1.1	O estado de exceção, não como milagre, mas como tragédia	58
4.2	O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO MEDIDA PARADIGMÁTICA DE GOVERNO NO BRASIL	60
4.2.1	A naturalização das medidas de estado de exceção no Brasil.....	63
4.3	DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL: UMA DECLARAÇÃO DE DIREITOS E UM PROJETO POLÍTICO A (NÃO) SER IMPLEMENTADO.....	71
4.4	A CONFIGURAÇÃO DE UM SISTEMA SOCIOEDUCATIVO BRASILEIRO COMO SISTEMA PENAL JUVENIL EM MEDIDA DE ESTADO DE EXCEÇÃO CONTÍNUA.....	78
4.4.1	A internação provisória do adolescente apreendido em flagrante como técnica de manutenção da subcidadania por meio do estado de exceção.....	83
4.5	ESTADO DE EXCEÇÃO SUBJETIVO: O ADOLESCENTE MARGINALIZADO COMO HOMO SACER.....	87
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	93
6	REFERÊNCIAS	99

1 INTRODUÇÃO

O art. 112, do estatuto da criança e do adolescente brasileiro (lei 8.069/1990), dentre as medidas legalmente nomeadas de “socioeducativas”, prevê a “internação em estabelecimento educacional”, que consiste em privação de liberdade de adolescente por prática de ato infracional.

No entanto, a funcionalidade dessa medida, apesar de ter seu caráter de ressocialização comumente apontado por uma doutrina tradicional – como a de Rossato, Lépure e Cunha –, é notoriamente contrariado por um pensamento criminológico crítico e, até mesmo, sua conciliação declarada com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli é questionável. Merece, então, investigação mais aprofundada.

Por parte dos manuais tradicionais a respeito do direito infanto-juvenil, a matéria é relativamente pacífica. Como se percebe a partir de Rossato, Lépure e Cunha (2011, p. 331), aceita-se a internação do menor infrator, como medida efetivamente socioeducativa, de caráter “pedagógico”, decorrente do paradigma da proteção integral, adotado constitucionalmente no Brasil.

Semelhantemente, Bianca Mota de Moraes e Helane Vieira Ramos (2011, p. 1072), endossam a existência de uma finalidade de reeducação e acrescentam que a medida teria ainda o fim “de adimplência social”. Todavia, salta aos olhos desde já a contradição (ao menos aparente) de se pretender proporcionar o desenvolvimento da autonomia individual do menor infrator internado a partir de sua restrição de liberdade.

Esse aparente paradoxo é explicado por Baratta (2011, p. 170) na medida que identifica a funcionalidade de prevenção individual positiva como apenas uma função declarada da pena privativa de liberdade, que em nada coincide com seu real caráter funcional. Mas, que “não é somente imaginário, privado de contato com a realidade do sistema punitivo” (BARATTA, 2011, p. 170), tem ainda função de “autolegitimação”.

E ressalta-se que o autor não diferencia, em essência, a chamada medida socioeducativa de internação em estabelecimento educacional, aplicada a menores infratores, da pena privativa de liberdade do sistema penal adulto. Ao contrário, ele

equipara a primeira à segunda, destacando aquela como socialmente mais gravosa. É o que se percebe por ocasião de seu prefácio à obra de Vera Malaguti Batista:

A justiça para menores, desde sua fundação, no final do século XIX, foi sempre a parte mais sensível de todo o sistema punitivo, a mais problemática e qualificante, o lugar onde a mistificação doutrinária e ideológica do sistema e, ao mesmo tempo, o seu caráter seletivo e destrutivo alcançaram seu ponto mais alto". (2003, p. 25).

Noutro giro, a professora Cristiane Dupret, por sua vez na linha da doutrina tradicional anteriormente apontada, associa e busca legitimidade da medida socioeducativa de internação por ato infracional no garantismo de Luigi Ferrajoli, como se percebe em sua obra, no capítulo intitulado "da prática de ato infracional e a adoção do garantismo penal e do constitucionalismo no ECA" (2012, p. 216).

Todavia, o suposto caráter socioeducativo da medida de internação sequer coaduna-se com o garantismo penal em suas finalidades, uma vez que o próprio Ferrajoli invalida a prevenção especial positiva enquanto função da pena. Veja-se:

Repressão e educação são, em resumo, incompatíveis. [...] as ideologias correcionalistas são, em primeiro lugar, incompatíveis com aquele elementar valor da civilização que é o respeito à pessoa humana [...] 'reeducação', ou 'ressocialização', ou 'reabilitação' ou, ainda, 'recuperação social do réu', contradizem, irremediavelmente, o princípio da liberdade e da autonomia da consciência (2011, p. 253).

Portanto, percebe-se que a finalidade declarada da medida socioeducativa de internação é, por um lado, desmistificada pela criminologia crítica de Baratta e, por outro, invalidada até pelo garantismo penal de Ferrajoli, no qual alegam basear-se alguns autores (como a já citada professora Cristiane Dupret).

Ora, se a finalidade da medida de internação chamada – e declarada legalmente – socioeducativa dissocia-se por completo de suas reais consequências e atribuições sociais, são pertinentes os estudos de Agamben, segundo quem é no estado de exceção que "a norma vige sem nenhuma referência à realidade" (2014, p. 59).

Faz-se necessário, a partir daí, questionar: a internação de adolescente por ato infracional tal qual prevista pelo estatuto da criança e do adolescente no Brasil

coaduna-se com o estado democrático de direito ou constitui prisão de fato, aplicada em medida de estado de exceção? É o problema objeto da presente investigação.

Esse questionamento perpassa a averiguação de três pressupostos a serem confrontados com três hipóteses correspondentes e a eles opostas. São os pressupostos: primeiro, que o sistema socioeducativo incide em um contexto de adoção efetiva da teoria do garantismo penal; segundo, que o sistema socioeducativo é autônomo e, portanto, estranho em relação ao sistema penal; e, terceiro, que a medida socioeducativa de internação de adolescentes configura-se como um direito. Tais pressupostos hão de ser acareados diante das três hipóteses aqui conjecturadas: primeira, que o sistema socioeducativo não se insere em um contexto garantista e o garantismo de Ferrajoli sequer é efetivamente visado no Brasil; segundo, que a medida de internação socioeducativa configura uma espécie oculta do sistema penal; e, terceiro, que essa consiste, não em uma medida de direito, mas em um não direito, uma medida de estado de exceção.

Cada uma dessas pressuposições será oposta à hipótese contrária correspondente em cada capítulo para compor a tese de que o garantismo não sobrevive ao estado de exceção, em especial, no contexto da chamada socioeducação brasileira. O primeiro capítulo trata do tema “garantismo penal” aplicado ao sistema socioeducativo, seja como uma conotação por ele já adotada ou como um objetivo ideal traçado por parcela da doutrina, para averiguar como se dá a interação entre socioeducação e a teoria garantista. Já o segundo capítulo visa investigar a natureza da medida de internação de adolescentes pela prática de ato infracional como efetiva pena privativa de liberdade, integrante do sistema penal. Finalmente, na derradeira parte pretende-se avaliar o sistema socioeducativo sob a lógica do estado de exceção. A hipótese geral (fusão das três hipóteses anteriormente citadas) é que nem mesmo a sofisticação do garantismo resiste ao ambiente de estado de exceção.

Tem-se como base teórica as disposições de Giorgio Agamben a respeito desse fenômeno da exceção, no qual identifica uma fuga do direito, sua violação por meio de justificativas pretensamente internas, mas que viabilizam, em verdade, uma escapatória em relação ao ordenamento. A exceção é tida aqui como essa manobra que cria um “vazio jurídico” (AGAMBEN, 2004, p. 78) para substituir a ordem pelo arbítrio. E o principal objetivo deste trabalho é avaliar o chamado sistema

socioeducativo brasileiro, em especial a medida de internação, sob a ótica do estado de exceção, mediante a perspectiva de Agamben.

Para adaptar tais disposições ao peculiar contexto latino-americano, tem-se referência nos estudos criminológicos críticos de Vera Malaguti Batista e, mormente, de Thiago Fabres de Carvalho, este último na obra “Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento – o controle penal da subcidadania no Brasil”. Isso, com o objetivo de compreender a interação entre a sustentação discursiva da dignidade humana e sua violação sistemática pelas instâncias penais do estado na conjuntura nacional.

Como metodologia, tem-se em vista a “superação do paradigma positivista” (CARVALHO, 2014, p. 23). Adota-se como método de pesquisa o dialético, segundo o qual “as coisas não são analisadas na qualidade de objetos fixos, mas em movimento [...]” (MARCONI; LAKATOS; 2004, p. 46). Toda tese merece ser contraposta a uma antítese para formação de uma nova síntese, também sempre passível de contradição. Isso, com uma concepção pós-moderna de conhecimento que, conforme Boaventura de Souza Santos, “sendo total, não é determinístico [...]” (2001, p. 77).

2 TEORIAS LEGITIMANTES DO SISTEMA JURÍDICO SOCIOEDUCATIVO NO BRASIL, A DOGMÁTICA E A LEGISLAÇÃO DA SOCIOEDUCAÇÃO BRASILEIRA

Antes de se aprofundar na investigação da base teórica escolhida como perspectiva em relação ao objeto deste trabalho, antes de se aprofundar à justificativa dessa escolha e de se efetivar a análise do objeto mediante a ótica selecionada, faz-se necessário reter-se ao objeto de pesquisa em si, qual seja, o sistema socioeducativo brasileiro. E atém-se aqui, neste primeiro momento, ao sistema socioeducativo em sua dogmática e em seu fundamento teórico legitimante, aquilo que fora eleito pelo Estado (ou ao menos exposto por ele e por parcela da doutrina jurídica) como ideal, como o dever-ser da socioeducação. Apesar de não constituir essa uma pesquisa dogmática, tem-se o aprofundamento dogmático como indispensável ao trabalho.

2.1 A LEGISLAÇÃO DA SÓCIOEDUCAÇÃO BRASILEIRA

Sem ambições de detalhamento histórico da legislação pertinente, nessa primeira parte almeja-se aprofundar tanto quanto necessário na dogmática referente ao sistema socioeducativo enquanto instituição de internação de menores – matéria regulada primordialmente pela lei de número 8.069, de 13 de julho de 1990, o chamado estatuto da criança e do adolescente; e pela lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) – bem como em sua fundamentação (declarada) de existência.

Em primeiro lugar, vale destacar que a lei considera como criança e adolescente e, portanto, sujeito de aplicação da referida legislação, o menor de dezoito anos. Tem como “criança” “a pessoa de até doze anos de idade incompletos” (BRASIL, 1990); e como “adolescente” “aquela entre doze e dezoito anos de idade” (BRASIL, 1990). Isso, embora o âmbito de aplicação das medidas socioeducativas restrinja-se ao adolescente, conforme artigo 112, *caput*, do estatuto da criança e do adolescente (BRASIL, 1990).

A eles (à criança e ao adolescente) o artigo 3º do referido diploma legal declara serem garantidos “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana” (BRASIL, 1990), em aplicação da doutrina da “proteção integral” (BRASIL, 1990), já referida por seu artigo 1º. A efetivação desses direitos é questão a parte, que será discutida mais à frente, destaca-se por ora é a adoção (declarada) dessa doutrina da proteção integral.

Além dela, o estatuto concebe também a doutrina da prevenção, prevista no título III; e da proteção especial, prevista no capítulo II do título III (BRASIL, 1990), ao atribuir dever a “todos de prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente” (BRASIL, 1990).

Nesse ínterim, são também previstas medidas de proteção – seja frente à conduta do Estado, dos responsáveis ou do próprio menor, conforme artigo 98 (BRASIL, 1990) – as quais é atribuído caráter pedagógico, pelo artigo 100 (BRASIL, 1990). São elas (BRASIL, 1990):

- Art. 101. [...] I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias 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 ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - acolhimento institucional;
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
- IX - colocação em família substitutiva.

Estas medidas são aplicáveis quando do cometimento de ato infracional – considerado “conduta descrita como crime ou contravenção penal” (BRASIL, 1990) praticada por inimputável – conforme o artigo 103, do estatuto.

Todavia, muito embora esse artigo determine tais medidas como aplicáveis ao cometimento de infrações por menor de idade, o artigo 112 do mesmo diploma prevê outras – as chamadas socioeducativas – restritas ao adolescente infrator (inaplicáveis

às crianças) ¹. Essas, estão condicionadas a constatação de prova de autoria e indícios de materialidade, segundo artigo 114, e consistem em (BRASIL, 1990):

Art. 112. [...] I – advertência;
II – obrigação de reparar o dano;
III – prestação de serviços à comunidade;
IV – liberdade assistida;
V – inserção em regime de semiliberdade;
VI – internação em estabelecimento educacional;
VII – qualquer uma das medidas previstas no art. 101, I ao VI.

Todas elas, segundo a lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012 – que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) – em seu art. 52 (BRASIL, 2012), com a finalidade (declarada) de ressocialização.

Conclui-se, então, que o sistema chamado socioeducativo no Brasil fundamenta-se em uma doutrina de proteção integral e na conservação de direitos e garantias fundamentais dos tutelados. As medidas socioeducativas, tal como a de internação de adolescentes (em estabelecimento educacional) têm nesse contexto (declaradamente) uma função de prevenção especial, ressocialização. Ao menos, nos dizeres da lei.

2.2 REGIME DE INTERNAÇÃO DE ADOLESCENTES; INTERNAÇÃO PROVISÓRIA E SINASE COMO SUPOSTO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO

O regime de internação restringe-se a adolescentes (excluídas as crianças, menores de doze anos, que se sujeitam às medidas de proteção do artigo 101 do estatuto, mas não às medidas socioeducativas do artigo 112), ao qual é atribuído caráter educacional. Essa internação pode ser provisória ou decorrer de decisão condenatória, mas é, em essência, uma imposição de pena.

¹ Usa-se aqui o termo “adolescente infrator” tão somente em compatibilidade momentânea com a dogmática ora exposta. Mais adiante restará claro que a expressão mais adequada à base teórica desta pesquisa é “adolescente criminalizado”.

O direito fundamental à liberdade é regra constitucional que admite duas exceções também constitucionais: casos de ordem judicial fundamentada ou de flagrante delito (segundo artigo 5º, LXI, da constituição federal de 1988). Todavia, prevê o estatuto da criança e do adolescente, como tratado, a possibilidade de internação provisória do adolescente apreendido por ato infracional. Faz-se necessário, pois, analisar os pressupostos teóricos declarados da medida.

A internação decorrente de decisão condenatória consiste em medida privativa de liberdade, “sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” (BRASIL, 1990), mas sem prazo determinado. É aplicável a casos de ato infracional praticado mediante violência ou grave ameaça; de forma reiterada; ou se descumpridas injustificadamente medidas anteriormente infligidas ao menor, conforme dizeres do artigos 121 e 122 do estatuto infanto-juvenil (BRASIL, 1990). Condiciona-se também “a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração” (BRASIL, 1990).

Já a internação provisória, a lei tem como espécie de medida cautelar prevista nos artigos 108 e 174, aplicável “pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social” (BRASIL, 1990), com as finalidades declaradas de “garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública” (BRASIL, 1990).

Cristiane Dupret, ao pronunciar sobre o instituto da internação de menor não difere em essência as modalidades provisória e definitiva, ambas regidas “pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” (DUPRET, 2012, p. 231. Além disso, segundo a autora (2012, p. 234), a internação (provisória ou não) somente poderá ser aplicada nos casos descritos pelo artigo 122 do estatuto, restrita a casos de violência, grave ameaça, reiteração ou descumprimento injustificado de medida anteriormente imposta.

Bianca Mota de Moraes e Helane Vieira Ramos (2011, p. 1093), por vez, apontam a internação provisória como restrição processual (ou pré-processual) e a prazo determinada da liberdade do adolescente. Diferentemente da posição de Dupret, para elas, seriam desnecessários os requisitos descritos pelo art. 122 da lei 8.069/1990

para que haja internação provisória. Bastaria a ocorrência alternativa de uma dentre as hipóteses de decretação do artigo 174 daquele diploma legal.

Já Rosato, Lépure e Cunha definem a internação provisória como a “decretada antes da sentença” (2014, p. 336), mediante fundamentação judicial e no prazo máximo de 45 dias. Para eles, a medida “teria a finalidade de tutelar interesse da sociedade como mecanismo cautelar e de defesa social” (2014, p. 337).

São evidentes, pois, as divergências e oscilações sobre o assunto. Todavia, na doutrina até então apontada, tem-se como consensual que a internação (provisória ou decorrente de sentença) consiste em restrição legítima e educacional da liberdade do adolescente apreendido por suposto ato infracional. Seja provisória ou decorrente de decisão condenatória, a internação de adolescentes restringe-se a estabelecimentos, em tese, educacionais. Mantém ela o intento declarado de ressocialização ou de prevenção especial.

2.3 A FINALIDADE (DECLARADA) DA INTERNAÇÃO SOCIOEDUCATIVA DE ADOLESCENTES

No Brasil, o estatuto da criança e do adolescente declarou expressamente, desde seu artigo primeiro, a adoção de um chamado princípio da proteção integral. A partir de tal fundamento, a resposta jurídica prevista ao ato infracional cometido por menor de dezoito anos (maior de doze) vem sendo concebida como medida socioeducativa, variando em modalidades, mas, invariavelmente, com a função declarada de (re)inserção social.

Diferentemente da legislação atual, o revogado código de menores (lei nº 6697/1979) adotara uma chamada “doutrina da situação irregular”, que equiparava as condições de tratamento entre delinquentes e abandonados, todos tipificados sob o rótulo de “menores em situação irregular” (DUPRET, 2012, p. 24). Sobre essa doutrina pronuncia-se Cristiane Dupret (ressalta-se o uso de verbos no passado em relação às disparidades sociais):

Com a Doutrina da Situação Irregular, os menores passam a ser objeto da norma, por apresentarem uma “patologia social”, por não se ajustarem ao padrão social estabelecido. Surgiu clara diferenciação entre as crianças das classes burguesas e aquelas em “situação irregular”, distinguindo-se criança de menor, sendo comuns expressões como “menor mata criança” (2012, p. 25).

Todavia, com o advento do estatuto da criança e do adolescente, veio a ser adotada a chamada “doutrina da proteção integral”, sob influência da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (DUPRET, 2012, p. 27). Segundo Dupret (2012, p. 29), o novo paradigma veio a romper com a igualdade meramente formal entre os menores de diferentes classes, para satisfazer igualmente a seus direitos e garantias fundamentais.

Para Rodrigues Amim (2011, p. 11), a doutrina da proteção integral já era prevista na constituição de 1988, no artigo 227, antes mesmo da vigência do estatuto. Superou-se, segundo ela, um modelo que tinha a criança como um “não indivíduo”, “objeto de manipulação de adultos” (AMIM, 2011, p. 11), em favor de seu devido tratamento como sujeito de direitos.

A partir do texto legal e dessa chamada doutrina da proteção integral, passou-se a apontar como evidente que o paradigma a ela compatível adotado atualmente no Brasil em relação à função das medidas impostas às infrações praticadas por adolescentes foi o de prevenção especial, reeducação, ou ressocialização, em suposta alternativa ao sistema penal para adultos. Inclusive, as expressões utilizadas pela lei para se referir a tais medidas corroboram com tal entendimento, como se vê a seguir.

Aos casos de cometimento de ato infracional, prevê o estatuto da criança e do adolescente (em seu artigo 112) como possíveis medidas jurídicas aplicáveis: a advertência; a obrigação de reparar o dano; a prestação de serviços comunitários; a liberdade assistida; o regime de semiliberdade; e a internação em “estabelecimento educacional” (BRASIL, 1990).

Autores como Rossato, Lépore e Cunha (2011, p. 331) indicam essas chamadas medidas socioeducativas como espécies de remédios a serem diagnosticados conforme a necessidade fática e para sanar determinada deficiência. Nas palavras dos autores, todas as medidas “possuem uma abrangência pedagógica, caracterizada pela utilização de diferenciados recursos a suprir o déficit apurado, cumprindo a meta desejada” (2011, p. 331). Inclusive, ressaltam que, para eles, dentre todas as medidas jurídicas aplicáveis às infrações, a internação tem o maior grau pedagógico (2011, p. 331).

Bianca Mota de Moraes e Helane Vieira Ramos (2011, p. 1071), por vez, se igualmente sustentam a pedagogia das medidas aplicáveis ao adolescente infrator, não deixam de sustentar a existência, em tese, de uma função retributiva. Atribuem, pois, às medidas jurídicas previstas em resposta ao ato infracional tanto a função de retribuição pelo ato cometido como a prevenção de novas ocorrências. Veja-se:

Além do caráter pedagógico, que visa à reintegração do jovem em conflito com a lei na vida social, as medidas socioeducativas possuem outro, o sacionatório, em resposta à sociedade pela lesão decorrente da conduta típica praticada. Destarte, fica evidente a sua híbrida, vez que composta de dois elementos que se conjugam para alcançar os propósitos de reeducação e de adimplência social (2011, p. 1072).

E não parece ser diferente o pensamento de Cristiane Dupret em seu capítulo “da prática de ato infracional e a adoção do garantismo penal e do constitucionalismo no ECA” (2012, p. 216). Todos esses autores interligam a doutrina da proteção integral a um sistema socioeducativo de função essencialmente pedagógica.

Essas diretrizes, para a doutrina que as defendem a partir da leitura da proteção integral, revelam a atribuição majoritária de uma funcionalidade educativa emancipatória às medidas aplicáveis ao cometimento de atos infracionais. Em oposição à antiga doutrina da situação irregular, atenta-se, segundo tais autores, à condição de sujeito de direitos da criança e do adolescente. E, a partir desse pressuposto, atribui-se às medidas socioeducativas função de (re)inserção social, que viabilize ascensão do menor, considerada sua condição especial de indivíduo em situação peculiar de desenvolvimento.

Todas essas posições coincidem, em certo sentido, com as teorias que atribuem função de prevenção especial positiva à privação de liberdade no âmbito do Direito Penal. É nessa linha que o professor alemão Claus Roxin defende que seriam legítimas as penas, somente mediante a funcionalidade de prevenção:

Se o direito penal tem que servir à proteção subsidiária de bens jurídicos e, com isso, ao livre desenvolvimento do indivíduo, assim como à preservação de uma determinada ordem social que parta deste princípio, então, mediante este propósito, somente se determina quais condutas podem ser sancionadas pelo Estado. Sem embargo, com isso não se está de antemão definido que efeitos deveriam surtir a pena para cumprir com a missão do direito penal (1997, p. 81).

Com isso, pretende atribuir à pena o fim ideal de ressocialização, que jamais pode ser impelida, do apenado; bem como de reforço à confiança social no Direito (ROXIN, 1997, p. 95).

Ao menos, essa é a funcionalidade que aparece como declarada em relação ao sistema socioeducativo: essencialmente, a função de prevenção especial. Mas, posteriormente ficará claro que as coincidências entre a pena (do Direito Penal) e a internação (do Direito da Criança e do Adolescente) vão além de suas funcionalidades declaradas.

2.4 AS APORIAS DO DISCURSO GARANTISTA: UMA ANÁLISE DA (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE SOCIOEDUCAÇÃO E O GARANTISMO PENAL DE FERRAJOLI

Esclarece-se desde já que a teoria garantista de Luigi Ferrajoli não faz parte da base teórica seguida por esta pesquisa (embora apareça durante a pesquisa para que se mantenha com ela constante diálogo). Entretanto, considerada a conotação garantista que muito se atribui ao sistema socioeducativo – tal como se percebe do capítulo intitulado “da prática de ato infracional e a adoção do garantismo penal e do constitucionalismo no ECA” (DUPRET, 2012, p. 216), do livro de Cristiane Dupret –, a conexão estabelecida por Flávio Américo Frassetto (2006, p. 305) e o objetivo garantista, traçado por outros autores – como é o caso de Ana Paula Motta Costa

(2005, p. 167) – faz-se necessário voltar-se a ela para analisar a coerência, ou falta dela, na conciliação desses discursos (o garantismo e a socioeducação).

Ou seja, antes de se aprofundar na base teórica aqui defendida a respeito da real funcionalidade exercida pelo sistema socioeducativo, intenta-se demonstrar a fragilidade de seu discurso declarado. Antes de dispor sobre o que faz, pretende-se demonstrar o que não faz.

Ademais, ainda que, por ora, somente de passagem, nessa pretensa aproximação entre garantismo penal e sistema socioeducativo ressalta-se mais uma similitude (aqui, intencional, porque declarada) entre o Direito da Criança e do Adolescente e o Direito Penal.

A doutrina até então apresentada (de Rossato, Lé pore e Cunha; Cristiane Dupret; Bianca Mota de Moraes e Helane Vieira Ramos; Rodrigues Amim) não reconhece na chamada socioeducação qualquer traço de direito penal. Apesar da funcionalidade declarada comum (retributiva e preventiva) que a eles atribuem, concedem autonomia ao ramo do direito da criança e do adolescente. Mas, parecem eles conferirem (ao menos tacitamente) uma conotação garantista ao sistema socioeducativo – com exceção de Dupret (2012, p. 216), que o faz expressamente – como se a teoria de Luigi Ferrajoli se resumisse à pressuposição da existência de garantias de contenção da intervenção estatal.

Por outro lado, relevante destacar também o posicionamento de outros pesquisadores da área, que enxergam a existência atual no Brasil de verdadeiro sistema penal juvenil e pretendem atribuir a ele uma espécie de objetivo ou meta garantista, mediante a exigência do respeito a seus postulados.

Wilson Donizeti Liberati, por exemplo, assevera que, se os adolescentes não estão sujeitos a um direito penal comum (adulto), submetem-se a um direito penal juvenil, conforme as normas estatutárias ao responderem pelos atos infracionais análogos a crimes (2006, p. 70). Segundo ele, essa responsabilidade penal é tanto um requisito como um desdobramento da cidadania dos adolescentes, decorrente da compreensão de que seus atos não são “produto da ingenuidade ou da incompetência” (2006, p. 78)

própria de jovens bestializados, sem qualquer autonomia de vontade, “um ‘nada jurídico’” (2006, p. 214).

A partir desse pressuposto, de que a responsabilidade penal adolescente (ainda que sob regime especial) é fator integrante de seu reconhecimento como pessoas e como sujeitos de direitos em um contexto democrático, Liberati faz uso de uma racionalidade garantista (2006, p. 71) na tentativa de aproximação com o processo penal adulto para promover a construção de um “processo penal juvenil” atento aos direitos, às garantias constitucionais (2006, p. 215) e à prioridade social (não só estatal) de atenção aos adolescentes.

Assim, se há uma doutrina que pretende atribuir feições pretensamente garantistas ao atual sistema socioeducativo tal como ele é hoje no Brasil (DUPRET, 2012, p. 216), há uma segunda que reconhece a ineficácia da teoria do garantismo para um direito penal juvenil e defende a sua efetiva implementação (COSTA, 2005, p. 167). É o caso de Ana Paula Motta Costa, Karina Batista Sposato, Sérgio Salomão Shecaira, Wilson Donizeti Liberati, Mauro Ferrandin. Todos eles autores que reconhecem as coincidências entre o chamado sistema socioeducativo e o sistema penal (adulto) e pretendem inserir uma racionalidade garantista ao processo por ato infracional.

Sposato, por sua vez, admite a perpetuação do tradicional autoritarismo da doutrina menorista ao dispor que o rompimento teórico declarado por um princípio da proteção integral jamais foi acompanhado por uma ruptura pragmática, mas restringiu-se à esfera discursiva (SPOSATO, 2013, p. 107). Permanecem as medidas oficiais excludentes mediante o estratégico uso do rótulo de delinquente para a “demonização” (SPOSATO, 2013, p. 108) de marginalizados.

Segundo a autora (SPOSATO, 2013, p. 234), o que há de fato é a existência velada de um direito penal juvenil, no que concorda Motta Costa (2005, p. 93) ao acrescentar que é essa existência velada que sustenta um sistema pautado no desrespeito de direitos e garantias fundamentais. Declara-se um direito da criança e do adolescente autônomo justamente para negar-lhes as garantias próprias do processo penal adulto.

Assim, distante das garantias (ainda que garantias mais discursivas que efetivas) processuais penais, inevitavelmente abre-se no âmbito penal juvenil espaço de arbitrariedades variadas, inclusive, argumenta Sposato (2013, p. 108), por meio de decisões jurisprudenciais moralistas que acreditam ser possível afastar as exigências de legalidade em favor de discricionariedades de cunho moral. É que o entendimento falso de que a socioeducação constitui benefício promovido pelo estado – e não pena – afasta as limitações do poder punitivo (SPOSATO, 2013, p. 114).

Após a análise de julgados na área por meio da assunção de uma ótica criminológica e sociológica, a autora conclui pela “atuação do sistema de justiça na trama social, na reprodução de desigualdades, na reificação dos sujeitos envolvidos, na renovação dos preconceitos e identificação com o senso comum” (SPOSATO, 2013, p. 115). A vagueza legislativa e sua indecisão do ponto de vista teórico abrem caminho para uma hermenêutica fraudulenta que se permite basear em ilações desprovidas de prova; bem como no exercício de conjecturas por riscos imaginados (periculosidade ficta); na pressuposição de uma (etérea) moral superior violada; e na valorização exclusiva da família tradicional e do trabalho formal legalizado, ainda que na forma de subemprego (SPOSATO, 2013, p. 123). Isso, enquanto “os juízes se refugiam no papel de intérprete que apenas realiza uma simples aplicação da lei [...]” (SPOSATO, 2013, p. 129).

Motta Costa, também nessa linha, ressalta que a opção processual (quanto ao sistema de persecução) no âmbito do “Direito Penal juvenil” (COSTA, p. 93) é confusa e imprecisa ao tentar conciliar elementos tipicamente inquisitivos dentro da orientação constitucional acusatória (2005, p. 106). Por exemplo, tem-se a internação provisória, pretensamente cautelar, mas com previsão legal de hipóteses que revelam uma lógica inquisitória, sob os critérios “da gravidade do ato, da repercussão social, da garantia da segurança pública do adolescente ou da ordem pública” (COSTA, 2005, p. 108), que em nada se voltam à proteção do andamento do processo, mas são externas a ele, revelando uma ideologia de defesa social e antecipação punitiva.

Outro caso emblemático é a ausência de dispositivo específico que exija a presença de advogado para acompanhar o adolescente investigado em eventual audiência que o apresente diante de órgão do Ministério Público (COSTA, 2005, p. 108). Viabiliza-

se, assim, o desprezo do princípio constitucional da ampla defesa. São “imprecisões e lacunas na Lei especial que possibilitam sua interpretação discricionária, acabando por reproduzir características do modelo processual inquisitório” (COSTA, 2005, p. 116).

Entretanto, mais do que isso, nota-se no estatuto um viés de “informalidade” (COSTA, 2005, p. 114) que, justificada na pressuposição de que a medida socioeducativa consiste em “um bem para o adolescente” (COSTA, 2005, P. 114), livram-se das exigências legais. Vale tudo em nome desse etéreo “bem”.

Por tais motivos, as referidas autoras (Ana Paula Motta Costa e Karina Batista Sposato) posicionam-se pela necessidade de assunção de uma racionalidade garantista no âmbito do Direito Penal juvenil, como técnica de contenção e restrição do poder punitivo, “de minimização da violência, mas também de controle sobre o arbítrio do poder estatal” (COSTA, 2005, p. 93), ressaltando a importância do devido (e válido) processo legal (COSTA, 2005, p. 94).

Sposato pretende, ao declarar sua adesão à epistemologia do garantismo penal, limitar a margem de arbitrariedades decisórias que fujam à legalidade estrita para se refugiarem em “valores de qualquer outro tipo” (2013, p. 110). Faz um manifesto em favor da racionalidade garantista. E, em pensamento semelhante, pensa também Frassetto, ao traçar um paralelo entre medida socioeducativa e pena (2006, p. 305) para que seja aplicável ao adolescente todas as garantias cabíveis ao adulto, “mais outras a que faz jus enquanto pessoa em desenvolvimento” (2006, p. 308).

Esse último ainda assevera com peculiaridade que, em sua perspectiva, a medida chamada socioeducativa não consiste em um direito, um benefício em favor do adolescente acautelado, mas em efetiva pena (em especial a medida de internação, que consiste em privação de liberdade tal qual a pena em essência do sistema penal adulto) (FRASSETTO, 2006, p. 307), em exercício do poder punitivo estatal, a ser contido e racionalizado pelo sistema garantista (FRASSETTO, 2006, p. 307). Veja-se:

Parte-se aqui da idéia de que o adolescente não tem direito à medida sócio-educativa, a qual é aplicada contra ele e não em seu favor. E que, à sua aplicação, o adolescente tem total direito de opor-se, de resistir com todas as

suas armas legítimas, inclusive todas aquelas que o Direito Penal garantista reserva aos adultos [...]. Em nosso marco de referência a internação é vista não pelo seu potencial teórico (ou retórico) de promoção humana mas sob a ótica da certeza de lesão de um direito fundamental que comporta: o livre gozo do direito de liberdade. [...] O caráter penal sempre existirá e ele não é incompatível com qualquer pretensão sócio-educativa, pretensão aliás que a pena aplicada ao adulto também tem (FRASSETO, 2006, p. 308).

Shecaira, por vez, não hesita em afirmar categoricamente que, sob a ótica legislativa, já “foi alcançado o caráter garantista, na melhor lição de Luigi Ferrajoli” (SHECAIRA, 2015, p. 45), embora reconheça que se trata de um direito penal juvenil, propondo a consideração efetivo dos princípios da legalidade, da humanidade, da intervenção mínima, da proporcionalidade, da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (SOPOSATO, 2006, p. 269), tudo em nome do “superior interesse do menor” (SHECAIRA, 2015, p. 242).

Nesse sentido também afirma Mauro Ferrandin ao identificar que, em relação à base principiológica, o Estatuto da criança e do adolescente consiste em lei de fundamentos garantistas (2009, p. 114). Acrescenta que a medida socioeducativa não tem exclusivamente caráter de retribuição especial positiva (ressocialização) (2009, p. 143), mas é essencialmente uma medida penal e que, por isso, aplicáveis as garantias típicas de direito penal (adulto) (2009, p. 145).

Esse último inova, é verdade, ao trazer brevemente conjecturas a respeito da aplicação de postulados da justiça restaurativa ao âmbito do sistema socioeducativo sob a estratégia de visar a “boa convivência entre as pessoas, isolando o fato pretérito e abandonando a antiga concepção de que o sujeito adquire dívida com o Estado à medida que delinquir” (FERRANDIN, 2009, p. 136 – 137). Para o autor, se a mudança de paradigma não é expressamente prevista em lei no Brasil ((2009, p. 135), ao menos a flexibilidade da legislação juvenil dá margem à sua aplicabilidade (2009, p. 137).

Por fim, seja tomado como conotação do sistema socioeducativo autônomo já existente, seja tomado como um objetivo a ser perseguido na construção de um direito penal juvenil racional, a teoria garantista torna-se indiscutivelmente pertinente em relação ao tema em questão.

Proceder-se-á, pois, uma breve, porém necessária, exposição do garantismo de Ferrajoli em sua tripla concepção, como modelo de direito; teoria jurídica; e teoria política, para averiguar sua conciliação (possível ou não) com o sistema e com o discurso socioeducativo no Brasil.

2.4.1 A teoria penal Garantista: Garantismo como modelo normativo; como teoria jurídica; e como filosofia política

É comum na literatura jurídica um doutrinador iniciar sua obra mediante a fixação de conceitos básicos, na tentativa de estabelecer uma interpretação mais próxima de um sentido unívoco. Ferrajoli, no entanto, em seu “Direito e Razão” (FERRAJOLI, 2014, p. 785) confessa a tripla acepção possível de seu garantismo penal. E não que isso ocorra por falta de precisão ou de critério metodológico. Não, ao contrário. É que, de fato, o garantismo admite, e até pressupõe, três concepções distintas, mas harmônicas.

Em primeiro lugar, trata-se de um modelo normativo, de caráter descritivo e estrutural do ordenamento. Refere-se à estética do sistema, a “o que é?”. E esse “o que é?” possui também dupla acepção, uma epistemológica e outra política. A epistemologia do garantismo diz respeito, no campo penal, a um modelo legal de mínima intervenção estatal. E o sentido político volta-se para a diretriz de se ampliar a liberdade e tornar mínima a violência do estado contra o cidadão.

Em segundo lugar, o garantismo denota uma teoria jurídica, de descrição do funcionamento do sistema jurídico. Consiste na funcionalidade, no “como?” indagado sobre o contraste entre o modelo normativo e suas consequências observáveis.

Trata-se, pois, de um vislumbre sobre os critérios de validade e eficácia, bem como do eventual antagonismo entre ambos. Ou seja, proporciona uma avaliação entre realidade normativa e realidade pragmática, entre o direito posto e o efetivamente cumprido. Nesse sentido, o garantismo assume uma perspectiva interna, que recai sobre o próprio sistema jurídico e suas consequências.

Por fim, um terceiro significado do termo diz respeito a uma teoria (ou uma filosofia) política. Trata-se de um retorno à indagação da finalidade do sistema normativo, um “a que se presta?” que incide tanto sob a estrutura estatal, como sob a pragmática do direito.

É uma perquirição de legitimidade da sistemática jurídica a partir do regresso à base justificativa do direito e do estado, de seus pressupostos e finalidades. Considera assim seu passado, presente e futuro; suas conjecturas iniciais, que determinaram sua origem; sua pragmática atual; e suas projeções, promessas finalísticas intrínsecas a ele. Consiste então, nesse sentido, em uma perspectiva externa à estrutura estatal e que sobrevém a ela com caráter crítico, com base em suas próprias proposições e desígnios. Veja-se a síntese de Flávio Américo Frassetto, que identifica o garantismo como uma teoria de base racionalista, contratualista e de caráter instrumental, para promover a preservação de direitos e garantias fundamentais (mediante, inclusive, da contensão do poder punitivo):

Em linhas muito gerais, o garantismo advém duma teoria geral do garantismo, teoria política fundadora de uma vertente contemporânea da Filosofia do Direito. Suas raízes históricas assentam-se no iluminismo contratualista e nas declarações de direitos que antecederam e sucederam no século XVIII, a Revolução Francesa, consagrando ideais humanistas de racionalidade, igualdade, liberdade e solidariedade. A preservação de tais direitos passa a ser nesta leitura, o objetivo maior do Estado e de todo poder em nome dele exercido, incluindo aí o sistema jurídico, convertido agora em um instrumento de garantia (daí porque “garantismo”) de direitos fundamentais dos cidadãos. Desde esse valor fundamental é que todo o ordenamento jurídico deve ser constituído e interpretado (daí também se falar em uma hermenêutica jurídica garantista). Normas que violem o pleno gozo de tais direitos não podem ser editadas ou aplicadas. Os operadores do Direito vinculam-se, em cada ação e decisão, à tarefa de reafirmar o respeito incondicional e substancial (não apenas retórico) aos direitos fundamentais (2006, p. 306).

Em resumo, e nas palavras do próprio Ferrajoli (2014, p. 785, 786, 787), o garantismo é: um “modelo normativo de direito”; uma “teoria do direito e crítica do direito”; e uma “filosofia do direito e crítica da política”. Isso não de forma disjuntiva, mas necessariamente uma conjunção dos três significados.

É simultaneamente a conciliação de: um vislumbre estrutural (estético); a assunção de uma perspectiva interna; e a assunção de uma perspectiva externa; todos em relação ao estado de direito. Alia-se, assim, um caráter analítico-descritivo a um

caráter crítico-questionador. Mas, desenhadas as distinções semânticas, ressalta-se que tais concepções são indissociáveis entre si, tanto dentro da teoria do garantismo penal como na teoria geral do garantismo. São facetas distintas de única base teórica, uma racionalidade comum.

Essa racionalidade comum configura-se porque, sob todos os três aspectos analisados, é possível falar em graus de garantismo, níveis de consistência entre a esfera pragmática e o sistema político-jurídico positivo. É assim que Ferrajoli pretende não se desviar nem para um positivismo clássico, nem para um realismo jurídico. Apresenta o que chama de um “juspositivismo crítico” (FERRAJOLI, 2014, p. 804).

2.4.2 Uma teoria geral do garantismo

Importa destacar que as considerações anteriormente expostas não se restringem ao direito penal, mas aplicam-se, para aqueles que as adotam, aos diversos ramos do direito, inclusive ao Direito da Criança e do Adolescente. Pois, o garantismo assume também uma segunda forma, mais genérica e ampla, com feição de diretriz e parâmetro analítico do estado democrático constitucional. Trata-se de uma teoria geral. E, nessa teoria geral, da qual trata Ferrajoli (2014, p. 788), repetem-se as três concepções distintas e análogas às do garantismo penal, já consideradas e tem-se o estado democrático de direito como esse ente cuja racionalidade é o de cumprimento de garantias e cujo poder deve ser contido.

Primeiramente, tem-se o garantismo (geral) também como um modelo jurídico em um estado democrático, no qual os direitos e garantias fundamentais assumem o status de uma imposição estrutural do sistema. Nas palavras do autor, tais direitos são a medida de uma “legitimação substancial” (FERRAJOLI, 2014, p. 790), e não somente formal da ordem jurídica. Nesse sentido, a legitimidade de um dispositivo legal depende de seu conteúdo. E depende também da relação desse conteúdo com a sistemática normativa, interna ao ordenamento, e com os pressupostos de um estado democrático, externos e até anteriores à organização estatal.

Ou seja, conforme uma abordagem garantista, os próprios atos normativos subordinam-se aos direitos fundamentais e dependem de seu grau de compatibilidade com eles para que sejam legítimos, internamente, diante de normas superiores, e externamente, diante dos pressupostos estatais.

Mas, isso não significa uma tendência filosófica inclinada ao jusnaturalismo clássico (teocrático). Não, o garantismo não pressupõe a existência de direitos eternos, ônticos, naturais. O que pressupõe é que os direitos e garantias fundamentais são as raízes e os pressupostos da existência de um estado democrático, daí (e tão somente em decorrência disso) sua supremacia axiológica.

Em segundo lugar, o garantismo (geral) é também uma teoria jurídica que distingue validade e eficácia. Pois, segundo Ferrajoli, “‘direito vigente’ não coincide com ‘direito válido’” (FERRAJOLI, 2014, p. 803). Ao passo que o primeiro termo (“direito vigente”) refere-se à prática forense, à jurisprudência, à práxis jurídica constante, o segundo (“direito válido”) consiste no direito posto, após ser submetido a uma filtragem crítica. Essa filtragem é a submissão do direito aos requisitos formais do sistema, em relação à produção normativa e sua compatibilidade com normas hierarquicamente superiores; e materiais, em relação aos direitos e garantias fundamentais, positivados ou não.

Nesse sentido, o garantismo proporciona então uma deslegitimação interna, decorrente da oposição vislumbrada entre validade e eficácia. Não se trata aqui de uma invalidação do sistema, mas a partir dele.

Essa posição contrasta frontalmente com a concepção positivista clássica e com a normativista. A primeira delas considera como válido o direito positivo, e a segunda, o direito eficaz. Mas, para Ferrajoli, ambas pecam pela “legitimação ideológica do direito inválido vigente” (FERRAJOLI, 2014, p. 804).

A teoria garantista, ao contrário, aponta a existência de uma lacuna quando o direito não dispõe sobre algo que deveria dispor, e de antinomias, quando dispõe em contradição com norma superior ou com garantia fundamental. E mais, não atribui ao

jurista nem o dever de aplicar o direito de forma acrítica, nem a incumbência de valorar as normas sob um senso de equidade desregrado. Mas de valorá-las sob a consideração de sua inserção no sistema a que pertencem.

Por último, o garantismo (geral) constitui ainda uma teoria filosófico-política, que, para o autor, pressupõe uma “rígida separação entre direito e moral, ou entre validade e justiça [...]” (FERRAJOLI, 2014, p. 812). Isso porque Ferrajoli considera que o estado democrático implica que haja garantias e direitos fundamentais “‘pré-estatais’ ou ‘pré-políticos’, no sentido de que não são fundados por aquela criatura que é o Estado, mas são ‘fundamentais’ ou ‘fundadores’ de sua razão de ser” (FERRAJOLI, 2014, p. 814). Dessa forma, esse terceiro significado do termo “garantismo” tem como frutos a deslegitimação externa da sistemática jurídica, a partir de um retorno ao que aponta ser a origem funcional do direito.

Portanto, conclui-se que a teoria garantista em sua concepção geral configura-se como: uma imposição estrutural ao ordenamento, de legitimação substancial; uma teoria jurídica, de deslegitimação interna; e uma teoria política, de deslegitimação externa. Trata-se de um instrumento para se aferir o grau de legitimidade, de coerência sistemática, do direito.

E surge aí, mais do que uma proposta de reformulação do direito penal, uma nova racionalidade em um novo paradigma de democracia. Ferrajoli abandona propostas utilitaristas que concebem o Estado democrático de direito como aquele que visa promover a satisfação da maioria dos cidadãos para se apegar a um conceito de democracia voltado à garantia de direitos de toda a coletividade, inclusive, atento às vontades e necessidades das minorias em representação (COPETTI NETO, 2016, p. 45). Propõe um constitucionalismo de democracia substancial – não apenas formal – de contenção do exercício do poder, em atenção aos fins do Estado (COPETTI NETO, 2016, p. 53).

2.4.3 O caráter instrumental do Garantismo Penal: o modelo de Direito Penal garantista e a prática forense

Essa funcionalidade tratada anteriormente é o que explica a dupla acepção simultânea da teoria de Ferrajoli, como legitimante, mas também e, sobretudo, como deslegitimante². E, para se entender melhor o significado dessa ambivalência, passa-se a tratar do caráter ético-pragmático de seu modelo.

Delineado o garantismo como uma teoria jurídica da legitimidade e, mormente, como uma teoria política que pressupõe a razão de ser do estado, sob perspectiva axiológica, voltada ao cumprimento de direitos e garantias fundamentais, tem-se aí um modelo de direito penal (e de Estado de Direito), alicerçado mediante tais fundamentos, que justificam as restrições, os limites, por ele estabelecidos.

Esse modelo assume, segundo o próprio autor, a feição de “uma técnica de *definição*, de *individualização* e de *repressão* da desviação” (FERRAJOLI, 2014, p.195). E cada um dentre tais termos representa a aplicação do modelo em um âmbito distinto.

O primeiro deles (o termo “definição”) refere-se ao âmbito normativo, de direito (material) penal e processual penal positivos; o segundo (“individualização”), ao âmbito judicial, em decorrência do processo penal propriamente dito; e o terceiro (“repressão”), ao âmbito punitivo, referente à execução penal em si.

Em cada um dos três âmbitos identificados, o modelo garantista insurge como referência paradigmática a partir de seus fundamentos. Ou seja, parte das ideias já tratadas, quais sejam: a separação entre direito e moral; a distância entre eficácia e validade; e o pressuposto de que a existência do estado de direito tem como razão de ser o respeito a garantias e a direitos fundamentais dos indivíduos. Ferrajoli (2014, p. 208) trata, pois, da aplicação de seu modelo, em cada um dos três campos.

² Usa-se aqui o termo “deslegitimante” tão somente em no sentido adotado por Ferrajoli, referente à contrariedade de práticas efetivas em relação ao direito válido em seu sistema garantista; e (ainda) não no sentido adotado pela criminologia crítica, o qual será tratado mais adiante.

Primeiramente, no âmbito normativo (legislativo, de direito penal), o modelo garantista impõe limites às definições legais de proibições comportamentais. Mediante os fundamentos citados, obsta que sejam considerados válidos, na sua concepção peculiar garantista, eventuais tipificações de condutas meramente imorais ou de lesividade inexistente. Pois, “o direito penal não possui a tarefa de impor ou de reforçar a (ou uma determinada) moral [...]” (FERRAJOLI, 2014, p. 208).

Em segundo lugar, no âmbito judicial (durante o processo penal), o modelo exige que o juízo criminal não se incline ao caso mediante concepções morais, com um senso de equidade etéreo e particular; além disso, que tampouco recaia com ponderações sobre o caráter e a moral do réu. Traça-se, ao contrário, um direito penal do fato, e não do autor. Assim, “um cidadão pode ser punido apenas por *aquilo que fez*, e não *pelo que é*” (FERRAJOLI, 2014, p. 208).

Em terceiro, no âmbito punitivo (execução penal), o garantismo adverte não ser exigível a restituição, a recuperação do apenado, ou a inserção nele de valores sociais. Veda-se a tentativa de conversão compulsória e arbitrária do sujeito ao juízo comum (ou comumente declarado) daquilo que seja tido como moralidade. Nas palavras do autor, “o cidadão tem o dever de não cometer fatos delituosos e o *direito de ser* internamente ruim e de permanecer aquilo que é” (FERRAJOLI, 2014, p. 208).

Tudo isso são aferições ligadas aos já citados fundamentos do modelo garantista: a separação entre direito e moral; a supremacia da validade substancial, em contrapartida com a norma eficaz inválida correspondente; e a racionalidade por detrás da existência do estado de direito. Daí decorre um utilitarismo garantista, ou melhor, um “utilitarismo penal reformado” (FERRAJOLI, 2014, p. 298), do qual se passa a tratar.

2.4.4 Um “utilitarismo reformado” e a função da pena no garantismo penal

Ferrajoli, em seu “Direito e razão”, aponta que “a concepção da pena como meio, em vez de como fim ou valor, representa o traço comum de todas as doutrinas relativas

ou utilitaristas [...]” (FERRAJOLI, 2014, 240). Eis aí uma atribuição funcional à pena como medida final, de contenção do poder estatal e de reações populares indesejadas, mas que jamais se confunde com ambições reformadoras do indivíduo (utilitarismo tradicional), que buscam (ainda que apenas declaradamente) promover a finalidade de prevenção do crime.

Mas, apresenta-se aqui, primeiramente, o utilitarismo tradicional (não adotado por Ferrajoli), que se trata de uma corrente justificadora da pena pela sua suposta utilidade social, preventiva dos delitos, seja geral ou especial, negativa ou positiva. É a forma como se dividem essas doutrinas, segundo o autor (FERRAJOLI, 2014, p. 245):

aa) doutrinas da *prevenção especial positiva* ou da correção, que conferem à pena a função positiva de corrigir o réu; ab) doutrinas da *prevenção especial negativa* ou da incapacitação, que lhe dão a função negativa de eliminar ou, pelo menos, neutralizar o réu; ba) doutrinas da *prevenção geral positiva* ou da integração, que lhe atribuem a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída; bb) doutrinas da *prevenção geral negativa* ou da intimidação, que lhe conferem a função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui.

Esse utilitarismo tradicional não se coaduna aos fundamentos garantistas. Trata-se, ao contrário, para o próprio Ferrajoli, de justificativa essencialmente autoritária, seja na modalidade correcional ou intimidante. Pois, é uma corrente que, conforme o autor, é “solidária com modelos de direito penal máximo” (FERRAJOLI, 2014, p. 242), e guarda para si o “Estado, concebido como sujeito político autônomo e acima da sociedade” (FERRAJOLI, 2014, p. 242).

Ora, evidente a contradição desse modelo com o modelo garantista e suas raízes fundamentais, quais sejam os já exaustivamente tratados: separação entre direito e moral; o respeito às garantias fundamentais; e o realce da distância entre validade e efetividade. A teoria garantista, por sua vez, propõe um modelo alternativo, um “utilitarismo reformado” (FERRAJOLI, 2014, p. 298).

Essa proposta traduz-se na visão de que a tutela penal conserva um duplo propósito: o acautelamento dos direitos fundamentais; aliado à contenção da ira vingativa de populares revoltosos. Mas, essa ideia não deve ser resumida no pressuposto simplório de que o garantismo objetiva a concretização de garantias, como parece

fazer Frasseto, ao afirmar que “a única função legítima do Direito Penal passa a ser a preservação das garantias” (2006, p. 307). Explica-se.

Em primeiro lugar deve-se ressaltar que o garantismo não nega um utilitarismo preventivo do direito penal, reafirma-o. Mas, o faz não em uma declaração da supremacia do estado, ou da coletividade, como é típico da corrente autoritária utilitarista tradicional. Há aqui é uma justificativa baseada nos direitos e garantias fundamentais dos agredidos em face de seus agressores.

E, em segundo lugar, o modelo justifica-se na contensão de excessos, no impedimento da reação desmedida contra os delitos, na tutela daquele que primeiramente era agressor e, agora, é agredido pela reação social. Ou seja, trata-se, em ambos os momentos, de um mecanismo de limitação da violência contra aquele por ora mais fragilizado.

Portanto, para Ferrajoli, “o direito penal tem como finalidade uma dupla função preventiva, tanto uma como a outra negativas, quais sejam a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas” (FERRAJOLI, 2014, p. 310), jamais associada às ambições reformistas da esfera individual do apenado. Eis o que chama ele de “utilitarismo reformado” (FERRAJOLI, 2014, p. 298).

2.4.5 A legitimação deslegitimante

Ferrajoli adverte que “o garantismo opera como doutrina jurídica de legitimação e, sobretudo, de perda de legitimação *interna* do direito penal [...]” (FERRAJOLI, 2014, p. 786). É uma ambivalência central à sua teoria.

Tal ambivalência decorre do já tratado fato de o garantismo apresentar uma tripla acepção simultânea, qual seja: como modelo de direito; como teoria jurídica; e como teoria política, conforme os ensinamentos do citado autor (FERRAJOLI, 2014, p. 285). E, em cada acepção, assume um juízo de valor ou uma função específica (legitimante

ou deslegitimante), e não excludente uma da outra, mas harmônica com a conjuntura do sistema garantista.

Enquanto modelo de direito, o garantismo é legitimante na medida em que, não só justifica, mas também pressupõe a existência de um sistema normativo hierarquicamente disposto, inclusive, com normas inerentes (embora não naturais, nem ontológicas) e subjugadas à razão de ser do estado de direito (expressas ou não).

Bem verdade aqui, que esse modelo exige mais da norma do que apenas sua validade formal, exige sua validade substancial (FERRAJOLI, 2014, p. 330). Mas, o fato é que ele se caracteriza como uma imposição de um parâmetro de “dever ser”, no plano epistemológico e no plano político, como afirma Ferrajoli (2014, p.786). E, nesse sentido, é legitimante, substancialmente legitimante.

Já na forma de teoria jurídica, o garantismo assume uma técnica de avaliação crítica mediante o realce da distância significativa entre validade e eficácia; entre direito válido e direito aplicado (FERRAJOLI, 2014, p. 786). Então, na medida em que denuncia a efetividade de norma inválida, ou a ineficácia de uma norma válida, é, na visão de Ferrajoli, uma teoria deslegitimante, não do sistema por si só, mas das práticas antagônicas ao sistema garantista.

Finalmente, como teoria política, o garantismo pressupõe que a estrutura estatal, limitativa de liberdades individuais, só se justifica se respeitados direitos e garantias fundamentais, nas palavras do autor, valores “pré-jurídicos ‘fundadores’ [...] cuja satisfação representa a justificação ou a razão de ser das coisas artificiais que são as instituições jurídicas e políticas” (FERRAJOLI, 2014, p. 788). É, nessa medida, também uma teoria deslegitimante, deslegitimante de violações a direitos e garantias fundamentais; mas simultaneamente legitimante, sempre que cumpridos tais direitos pressupostos pela intervenção estatal.

Por tudo isso, é que Ferrajoli afirma essa ambivalência do garantismo, simultaneamente legitimante e deslegitimante (FERRAJOLI, 2014, p. 786). Ora, o direito, como estrutura jurídica estatal, é eficaz (ainda que relativamente eficaz). As invenções, que são as empreitadas por instituições jurídicas, são aplicadas todo o

tempo no estado democrático. Daí a necessidade de um sistema que venha a orientar a insurgência dessa eficácia e questionar sua validade. A isso que o garantismo se propõe, e só pode fazê-lo com suas considerações internas e externas ao ordenamento.

O caráter instrumental (utilitário) da teoria garantista é viabilizado por sua face legitimante, que permite a inserção pertinente dessa teoria no estado constitucional moderno. E o caráter crítico (e ético) do garantismo, com sua exigência de respeito às garantias fundamentais do cidadão, compõe a face deslegitimante, que apresenta o direito válido em contraponto do eficaz.

2.5 O OBJETIVO DA PENA EM UM MODELO GARANTISTA CONTRAPOSTO À FUNÇÃO SOCIOEDUCATIVA DA INTERNAÇÃO DE ADOLESCENTES: IMPOSSÍVEL CONCILIAÇÃO

Conforme tratado (por ocasião do tópico 2.3), a mesma funcionalidade de prevenção especial positiva atribuída por Roxin (1997, p. 95) ao Direito Penal é conferida ao sistema socioeducativo brasileiro por seus defensores que também concebem esse sistema como de conotação garantista (conforme se tratou na introdução deste capítulo).

Com isso, pretendem atribuir à privação de liberdade do adolescente (assim como às outras medidas chamadas socioeducativas) o fim ideal de ressocialização, dentro da concepção de um direito da criança e do adolescente voltado a uma doutrina da proteção integral e sob a égide da teoria garantista. Entretanto, como também já demonstrado, essa é uma concepção antagônica ao garantismo de Ferrajoli.

Em primeiro lugar, a teoria garantista prescinde de um redundante princípio da proteção integral que venha a conclamar atenção especial aos direitos infanto-juvenis. Pois, segundo seu autor, a necessidade de respeito a direitos e garantias fundamentais (da criança ou do adulto, indistintamente) é decorrência da própria existência política do Estado de Direito, já que constituem sua razão de ser.

Isso porque o garantismo, em seu terceiro significado, enquanto teoria “filosófico-política” (2014, p. 812), distancia a moral e o direito. Recusa qualquer pensamento jusnaturalista (ou utilitarista) que prenuncie algo como “direitos ‘ínatos’ ou ‘naturais’” (FERRAJOLI, 2014, p. 814) e, assim, pode-se dizer, mostra-se também contrário à perspectiva de que certos direitos decorreriam tão somente da condição (natural) de criança ou de adolescente, por simples implicação da idade ou da necessidade (utilitária).

Da perspectiva garantista, essa posição identifica-se com um utilitarismo que, ainda que não veja o Estado como um ente ontológico, vê o direito como decorrente natural das necessidades humanas (FERRAJOLI, 2014, p. 813) e que deveria coadunar-se com tais necessidades, em um projeto de acordo com seus valores.

Mas, para o autor, ao contrário, o Estado não é uma finalidade (um projeto) em si, nem tampouco um arcabouço axiológico prévio, é tão somente uma escolha política, “um produto fabricado pelos homens” (FERRAJOLI, 2014, p. 814). E os direitos e garantias fundamentais não são ônticos, mas provém da racionalidade dessa escolha política, em um contratualismo reinterpretado (FERRAJOLI, 2014, p. 814).

Portanto, a adoção de uma doutrina da proteção integral (seja como ideal ou como pressuposto natural), senão contrária, é ao menos prescindível ao garantismo, se adotada mediante fundamentos que não os substancialmente normativos, mas de necessidade natural e pré-estatal.

Em segundo lugar, os fins de ressocialização atribuídos (declaradamente) à privação de liberdade de adolescentes diferem da finalidade admitida por Ferrajoli ao Direito Penal. Mais adiante restará clara (a partir da ótica da criminologia crítica) a necessária comparação (ou equiparação) entre medida socioeducativa no Brasil e pena, mas, independentemente dessa relação entre as medidas (de pena e de internação), coloca-se em jogo aqui sob o ponto de vista garantista, sua justificativa e sua finalidade (declarada): o discurso reformista.

Ora, conforme já tratado, o garantismo opõe-se veementemente às doutrinas reformistas utilitárias que ambicionam incutir valores estatais à esfera interna dos indivíduos. Isso, por conta de seus postulados, já mencionados, que advogam a

separação entre direito e moral; a supremacia do direito válido em relação ao direito vigente; e a racionalidade por detrás da existência do estado de direito.

Se assim é, dentro da perspectiva garantista, não se pode atribuir ao direito a tarefa de delinear autoritariamente o que é lícito ou ilícito por um critério meramente moral (FERRAJOLI, 2014, p. 208). Como também, as vedações legais devem restringir-se tão somente ao âmbito das ações e não das identidades individuais, podem incidir em relação a um fazer (ou a uma omissão), mas nunca a um ser (FERRAJOLI, 2014, p. 208).

Por isso, o garantismo não admite que o ente estatal pretenda transformar, reformar, moldar ou aperfeiçoar (sob o padrão moral prevalecente que for) o indivíduo naquilo que ambicione que ele seja. Essa é uma postura autoritária que não se coaduna com a teoria garantista, mas com regimes ditatoriais de direito penal máximo que confundam direito e moral.

Em verdade, essa doutrina reformista (de ressocialização) ainda identifica-se com o que Ferrajoli chama de uma “falácia normativista” (FERRAJOLI, 2014, p. 302), que confunde “ser” e “dever ser” ao dispor que aquilo que aponta como o ideal de funcionalidade da pena de fato o é. Ou seja, além de pretender uma interferência indevida na esfera interna individual (confundindo direito e moral), pressupõe que a prevenção especial positiva ocorre tão somente pelo fato de haver sido visada discursivamente (confundindo “ser” e “dever ser”).

O autor propõe, então, um “utilitarismo reformado” (FERRAJOLI, 2014, p. 298 - 308), mediante a atribuição de um duplo objetivo à pena: o respeito máximo aos não infratores; e a constrição mínima dos infratores.

Se, em um primeiro momento, a funcionalidade por ele apontada é a de preservar o direito de agredidos em relação a agressores, em um segundo momento, objetiva-se a preservação dos agressores em face de uma eventual reação social desproporcional e discricionária, a ser comedida (comedida por conta da exigência da dimensão da “validade” da própria teoria).

Aliás, na teoria garantista, essa preservação dos “desviantes” (FERRAJOLI, 2014, p. 308) é que aparece como objetivo primeiro, essencial à pena (FERRAJOLI, 2014, p.

309). Permite-se que seja aplicada uma reação estatal limitada, proporcional e tão respeitosa quanto possível (por meio da pena) para se evitar uma reação social vingativa, desmedida e arbitrária.

Tentar forçosamente aplicar o garantismo de Ferrajoli a um direito penal juvenil com pretensões de ressocialização, de reforma, no âmbito individual do adolescente, é contradição insuperável. Pois, a função preventiva especial positiva é expressa e veementemente rejeitada pelo autor italiano. Esse fato é ressaltado, inclusive, por Moraes da Rosa (2011, p. XL - XLI) ao criticar especificamente a já citada Ana Paula Motta Costa (2005, p. 93) que tenta essa operação impossível, veja-se:

O livro de Costa, de outro lado, fruto de uma dissertação de mestrado bem orientada pelo Professor Doutor Aury Lopes Jr, procura estipular um sistema de garantias aos adolescentes a partir do Garantismo de Ferrajoli. [...] ao acolher, também, os efeitos 'ressocializadores' das medidas, destrói qualquer pretensão garantista. É que para o garantismo não existe possibilidade de o Estado buscar ressocializar, como a autora reconhece.

Também não tem êxito a tentativa de Flávio Américo Frassetto de harmonizar as pretensões pedagógicas (reformistas da esfera individual do adolescente e situadas no âmbito moral) com o sistema garantista (2006, p. 308). Esse autor persiste na indefensável posição de Ana Paula Motta Costa (2005, p. 93), talvez, por, em um pensamento sintético, conceber que “a única função legítima do Direito Penal passa a ser a preservação das garantias” (FRASSETTO, 2006, p. 307). Mas, fato é que o garantismo penal vai além desse conceito simplório para estabelecer função da pena em um sentido muito diferente das intenções de prevenção especial positiva.

Armando Konzen, por vez, tem o mérito de focar a questão na implementação de garantias efetivas (e não na pena) e de reconhecer o fracasso histórico e a perversão da ambição reformista (por meio da pena) de doutrinas positivistas criminológicas, apesar de acabar por intentar legitimar um “programa de atendimento pedagógico” (2006, p. 354), que esconde em si a mesma imposição moral, desconsiderando o poder conformador da educação, ao afirmar:

A superação das justificações das várias doutrinas de prevenção especial, com as das doutrinas pedagógicas da emenda, na tradição católica ou idealista, ou as das doutrinas terapêuticas de defesa social, da Escola Positiva Italiana ou do modelo soviético, ou mesmo as idéias correccionais presentes nos ordenamentos penais modernos do tipo liberal democrático [...] O dever-ser pedagógico não se constitui, portanto, numa qualidade ou numa

propriedade da medida. De todas elas, notadamente as de privação ou de restrição de liberdade, nenhuma tem, por si, qualquer conteúdo pedagógico que a justifique. O pedagógico, assim, deve ser uma qualidade ou uma propriedade do programa de atendimento que executa a medida, jamais uma propriedade, uma qualidade ou 'um conteúdo', como como alguns ainda preferem, da medida propriamente dita (KONZEN, 2006, 354).

Enfim, constata-se que o discurso da ressocialização em nada concilia-se com a teoria do garantismo penal (ou ainda com sua teoria geral do garantismo), de Luigi Ferrajoli. A ambição de incutir no adolescente valores morais por meio da internação (assim como fazem as demais medidas socioeducativas) permite uma indevida interferência da moral no direito que só se harmoniza com regimes autoritários e, em grave equívoco, toma por realidade o que estabelecera como mero objetivo ideal. Configura, assim, dentro da base teórica garantista, um erro e uma alucinação.

Caso fosse essa (a teoria garantista) a base teórica aqui adotada, adequado seria analisar o sistema socioeducativo sob as três dimensões do garantismo: enquanto “modelo normativo de direito”; como “uma teoria jurídica da ‘validade’ e da ‘efetividade’”; e “filosofia do direito e crítica da política” (FERRAJOLI, 2014, p. 785 - 787).

Ou seja, caberia investigar, além da crítica à ambição reformadora: se o conteúdo da norma pertinente é legítimo (avaliação da legitimidade substancial); a distância entre direito válido (validade) e direito praticado (eficácia) (avaliação da legitimidade interna); e a rígida separação entre direito e moral (avaliação da legitimidade externa). Mas, mediante a perspectiva garantista, basta ressaltar aqui sua total incompatibilidade com sistema brasileiro pretensamente socioeducativo, como foi feito, para desconstruir as doutrinas falaciosas (por contraditórias) que insistem nessa conciliação impossível.

3 SISTEMA SOCIOEDUCATIVO COMO SISTEMA PENAL JUVENIL

Entende-se aqui que até a pretensa deslegitimação vislumbrada por Ferrajoli em sua teoria do garantismo penal é, em verdade, legitimante, como se passa a tratar, o que justifica a escolha de base teórica desta pesquisa, muito mais voltada à criminologia crítica de Vera Malaguti Batista e de Alessandro Baratta.

Essa característica deslegitimante pretendida pelo garantismo dá-se pela contraposição entre o direito válido ineficaz e o “direito inválido vigente” (FERRAJOLI, 2014, p. 804). Mas, a pretensa deslegitimação garantista acaba por ser também legitimante na medida em que reitera a necessidade de implementação do garantismo e proporciona, assim, a perpetuação de suas “tentativas” fadadas ao insucesso (insucesso somente em relação aos objetivos declarados).

Ou seja, se não são cumpridos direitos fundamentais em um sistema nominalmente garantista, coloca-se isso como uma disfunção e ressalta-se a necessidade de cumprimento desses direitos, como se tais fossem de fato visados para além da esfera discursiva. Assim, é a própria não implementação de um sistema garantista que sustenta sua necessidade, o que, por sua vez, é um mecanismo de sua não implementação fática, em um ciclo vicioso. As violações ao garantismo mantém o sonho garantista vivo e o sonho garantista só permanece vivo porque não foi alcançado.

Ferrajoli acaba caindo, então, exatamente na “legitimação ideológica do direito inválido vigente” (FERRAJOLI, 2014, p. 804) que tanto procura evitar. A criminologia crítica de Batista e Baratta, que faz parte da base teórica deste trabalho, ao contrário, não tem ambições legitimantes, como se passa a tratar, seja a respeito do direito penal ou da chamada socioeducação. Seguem eles uma tradição antitradicional, da escola crítica, no esforço de “fazer aparecer o invisível” (BATISTA, 2007, p. 33), de demonstrar as funcionalidades não declaradas e perversas do sistema penal.

3.1 MEDIDA DE INTERNAÇÃO SOCIOEDUCATIVA: EUFEMISMO PARA PENA

Antes de se aprofundar na questão normativa do estado de exceção, vale traçar as considerações da criminologia crítica de Baratta e Vera Malagutti, que, a partir da perspectiva crítica criminológica, expõe o sistema socioeducativo brasileiro como eufemismo para um sistema penal, em sua realidade, mais perverso que o adulto. Pretende-se considera-lo como é e não como deveria ser.

A criminologia crítica, nas mais variadas vertentes, expõe a prevenção especial (e esse ideal de ressocialização tal qual atribuído às chamadas medidas socioeducativas) como não mais que uma dentre as funções meramente declaradas da pena. Se tal crítica é pertinente ao sistema penal adulto, não se limita a ele, mas se estende à justiça juvenil – e suas diversas medidas, privativas de liberdade ou não – enquanto resposta a infrações legais praticadas por adolescentes, como mais um (do mesmo) mecanismo de controle.

Ora, conforme já demonstrado, o velho argumento de ressocialização permeia o sistema socioeducativo no Brasil, seja mediante as medidas de internação ou nas demais. Comina-se, entre outras medidas, privação de liberdade (prisão fática) a um ato infracional (análogo a crime) com a suposta funcionalidade de prevenção especial positiva. Assim, sistema socioeducativo e sistema penal se interseccionam em suas consequências (pena) – ao menos em relação à medida de internação – e justificativas – ao menos em relação à função declarada de ressocialização. O que leva a crer que o primeiro é tão somente uma espécie do segundo.

É o que se percebe do prefácio assinado por Baratta na obra específica sobre o tema da autora Vera Malagutti Batista (2003, p. 15), que não distingue o sistema penal adulto do juvenil. Segundo ele, para além do discurso oficial, a pena – ou medida chamada “socioeducativa” – tem um caráter de introjeção valorativo disciplinador, com o objetivo real de direcionar os indivíduos criminalizados ao mercado formal de (sub) emprego em um mecanismo de docilização e manutenção marginal dos excluídos (BATISTA, 2003, p. 15).

Prefaciando Vera Malagutti, Baratta destaca expressamente que “‘recuperação’, ‘ressocialização’, ‘reeducação’ são eufemismos que escondem objetivos e instrumentos de contenção social claros em sua seletividade” (BATISTA, 2003, p. 21).

Na referida obra, intitulada “Díficeis ganhos fáceis: droga e juventude pobre no Rio de Janeiro”, a autora ainda critica a doutrina da prevenção especial ao atribuir-lhe uma perniciosa confusão conceitual realizada entre “castigo (punição de fato) e “remédio” (prevenção declarada), no que chama de “ilusão ressocializadora” (2003, p. 60).

O caráter marginalizante e eliminatório do sistema penal juvenil brasileiro pode ser exemplificado no caso do menino aqui tomado sob pseudônimo de “Cris”, citado somente a título de exemplo (sem ambições de estudo de caso). “Cris” (adolescente pobre e negro) foi apreendido conforme auto de apreensão por ato infracional de número 252/2015, em suposta prática de fato análogo à tentativa de roubo e encaminhado ao juiz de plantão no Estado do Espírito Santo, em 3 de abril de 2015.

O juízo decidiu por decretar a internação provisória do rapaz de ofício, sem que o menor estivesse assistido por defensor e apesar da manifestação ministerial contrária à decisão.

Passados, então, três dias após a internação (na Unidade de Internação Provisória II – UNIP II, de Cariacica/ES), verdadeira prisão preventiva fática, em 06 de abril de 2015, “Cris” veio a óbito – ao que tudo leva a crer (inclusive após análise do circuito de videomonitoramento) – em decorrência de ação dos chamados agentes “socioeducativos” (ocorrência em fase de apuração). Sem que se antecipe qualquer juízo de culpabilidade, fato é que o menor foi preso e morreu, em uma unidade cuja função declarada é a de socialização.

Cita-se o caso não como um episódio isolado – até porque o acontecimento veio a se repetir em condições similares na mesma instituição com outro jovem meses após o ocorrido – mas como emblemático para representar a funcionalidade fática do sistema penal juvenil brasileiro.

É evidente, pois, a contrariedade entre ideal normativo discursivo (da doutrina de proteção integral) e a prática violatória correspondente (ainda que essa ocorra judicialmente, por meio de aplicação normativo e dentro de uma instituição do executivo estadual, como foi o caso de “Cris”). Mas, essa contrariedade (entre ideal normativo e realidade social) não significa que a práxis seja desprovida de caráter político, apenas que sua real conotação ideológica é oculta em uma primeira análise.

Ora, “o elemento ideológico não é contingente, mas inerente à estrutura e à forma de funcionamento do sistema penal, assim como este, em geral, é inerente à estrutura e ao funcionamento do direito abstrato moderno” (BARATTA, 2011, p. 213). Ou seja, há uma funcionalidade na aplicação normativa, decorrente de sua gênese política, ainda que essa aplicação se distinga do ideal normativo discursivamente declarado. Todo crime é, então, um crime político, assim como todo ato infracional (no âmbito do chamado sistema socioeducativo) também o é, por ser fruto de um processo de criminalização.

A criminologia crítica vem apontando, nesse sentido, a um movimento de desontologização do direito subjetivo para encará-lo como fenômeno político-social (BARATTA, 2011, p. 59). Isso, para revelar a conexão fantasiosa entre norma e seu ideal normativo declarado e desvelar a funcionalidade de fato aferida na realidade social.

Assim, mais apropriado do que falar em cometimento de crimes ou de atos infracionais, torna-se adequado perceber os processos de criminalização (BARATTA, 2011, p. 161):

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações [...]

Fazendo a conexão entre processos de criminalização e processos de marginalização, Baratta conclui que (BARATTA, 2011, p. 213):

[...] o funcionamento do direito não serve, com efeito, para produzir a igualdade, mas para reproduzir a e manter a desigualdade. O direito contribui para assegurar, reproduzir e mesmo legitimar (esta última é uma função essencial para o mecanismo de reprodução da realidade social) as relações de desigualdade que caracterizam a nossa sociedade [...]. Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações [...].

Portanto, a criminologia crítica nega o caráter socioeducativo da privação de liberdade, enquanto medida emancipatória promotora de inclusão social, ao notar que ela realmente consiste em um mecanismo de marginalização de excluídos, manutenção de desigualdades e autolegitimação do sistema penal, ainda que esse receba, no âmbito juvenil, o nome de “sistema socioeducativo”.

Enfim, se a socioeducação projeta-se como legítima substituta de uma antiga doutrina da situação irregular (em favor de uma inovadora proteção integral), a criminologia de Malagutti Batista e Baratta aqui tratada a revelam como mero recurso discursivo a viabilizar a manutenção de um direito penal seletivo, sob a máscara da socioeducação. O chamado “sistema socioeducativo” é, em verdade, espécie do gênero “sistema punitivo” e toda medida dita “socioeducativa” terá “sempre inocultável caráter penal” (SILVA, 2006, p. 75).

3.2 O ENGODO DE UM “PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO”

Daqui em diante, pelos motivos anteriormente expostos, tratar-se-á do sistema socioeducativo como verdadeiro sistema penal juvenil. Tornam-se pertinentes a ele (sistema socioeducativo), então, as investigações de Alessandro Baratta sobre o direito penal e criminologia.

Na obra “Criminologia crítica e crítica do direito penal” o autor percorre uma apuração minuciosa que se debruça sobre os fundamentos de uma “ideologia da defesa social”

(BARATTA, 2011, p. 41). Ele o faz em um passeio não só analítico, crítico-investigativo, mas em uma narrativa histórica que respeita a sequência de desmistificações teóricas dos princípios dessa ideologia (chamada por ele de defesa social), que baseia o direito penal e a criminologia tradicionais (BARATTA, 2011, p. 42), por uma criminologia crítica ou anticitiminologia então proposta.

Tais princípios ou fundamentos consistem, segundo Baratta, nos seguintes: “Princípio de legitimidade”; “Princípio do bem e do mal”; “Princípio de culpabilidade”; “Princípio da finalidade ou prevenção”; “Princípio de igualdade”; “Princípio do interesse social e do delito natural” (BARATTA, 2011, p. 42). Um a um, o autor passa a desconstruir os fundamentos da criminologia positiva e de um direito penal tradicional para revelar seu caráter perverso, no descompasso entre sua função declarada e sua função real.

Evidente que cada um desses princípios e sua correspondente desmistificação é aqui pertinente ao sistema socioeducativo, enquanto sistema penal. Mas, já que se coloca em questão a finalidade declarada da socioeducação, de uma suposta prevenção especial positiva, é especialmente relevante este que Baratta chama de um “Princípio da finalidade ou da prevenção” (BARATTA, 2011, p. 42).

O princípio da prevenção a que se refere consiste na pressuposição de que “a pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas de prevenir o crime [...], exerce a função de ressocializar o delinquente” (BARATTA, 2011, p. 42). Ou seja, recusa a exclusividade de uma funcionalidade retributiva para afirmar a prevenção especial positiva, a reformulação da pessoa do infrator e sua reinserção no meio social como um não infrator.

A criminologia da reação social ou do *labeling approach*, citada por Baratta, possibilita a negação de um “Princípio da finalidade ou da prevenção” (BARATTA, 2011, p. 42) em dois momentos: primeiro, por deslocar o foco da análise da criminalidade para a análise dos processos de criminalização (BARATTA, p. 88, 2011); e, segundo, por ressaltar que a própria criminalização tem efeito de afirmação da identidade infratora, sem qualquer fim de correção (BARATTA, p. 90, 2011).

É o que se percebe na abordagem da obra *Outsiders*, por exemplo. Becker concebe o desvio como algo criado socialmente (BECKER, p. 22, 2008) e relevante para determinar uma tendência comportamental (BECKER, p. 12, 2008). Ou seja, o crime é uma atribuição de sentido, um rótulo, excludente e sem natureza ontológica, mas com consequências reais de afirmação excludente.

Vale a ressalva aqui, entretanto, de que o próprio Baratta (p. 91, 2011) expõe críticas ao paradigma da reação social, que não é de todo incompatível com as pesquisas etiológicas por igualmente focar nas relações de causalidade.

Se a criminologia positivista tinha como objeto o crime, visto como ontológico e contraposto a valores universais, a reação social estuda os processos de criminalização, mas ainda com foco na causalidade (BARATTA, p. 90, 2011). Assim, em certo sentido, aceita e reafirma o rótulo cuja rotulação havia desvelado.

Por isso, em contraposição a essa ideia, a criminologia crítica de Baratta propõe o deslocamento da análise para a “dimensão do poder” (BARATTA, p. 92, 2011). Passa a indagar como é exercida a interpretação do comportamento como desviante e qual o poder que legitima essas operações (BARATTA, p. 92, 2011).

Mas, fato é que se tem, a partir do paradigma da reação social, a contribuição do entendimento de que o criminoso não o é, simplesmente. Seu caráter criminoso depende da interpretação que sobre ele recai (BARATTA, p. 95, 2011).

Esse entendimento contraria a ideia de que o sistema penal efetiva uma reinserção social e leva a crer que ele exclui, não agrega, possibilitando as indagações que levariam à identificação de um “paradigma do controle” (BARATTA, p. 92, 2011) no sentido de uma “gestão da miséria” (WACQUANT, p. 23, 2003), para fazer uso da expressão de Wacquant.

Assim, desmistifica-se um direito penal que considera a si, tradicionalmente, como de interesse social, como um bem, ressocializador (inclusivo), igualitário (BARATTA, p. 162, 2011) e reformador.

O que a criminologia crítica de Baratta revela é, ao contrário, que o direito penal (juvenil ou adulto), além de seletivo desde sua normatividade (criminalização primária) aos processos de criminalização efetiva (criminalização secundária), exerce uma função de manutenção de estado de coisas em sociedades desiguais e hierarquizadas (BARATTA, p. 166, 2011).

Desde sua gênese, como traçado por Melossi e Pavarini, a privação de liberdade no contexto capitalista associa-se à promoção da lógica do capital (PAVARINI, 2006, p. 92), na medida que serve à criminalização da pobreza, à manutenção da distância entre classes e à internalização da disciplina para o trabalho (PAVARINI, 2006, p. 52).

O que é percebido por Baratta é que essa funcionalidade real, não de combate, mas de manutenção de desigualdades permanece como essencial ao sistema penal. E o discurso declarado que atribui a ele funções repressivas e preventivas do crime exerce relevante papel legitimante, que contribui para reprodução da realidade social desigual e, simultaneamente, a mascara, omite (BARATTA, 2011, p. 166).

Mas, ideia de incutir educativamente não é de todo inapropriada. Não se assemelha a uma educação libertária, inclusiva, promotora de igualdade social. Porém, em certo sentido, a funcionalidade do sistema penal em muito aproxima-se da instituição escolar. Baratta atribui à escola também uma função excludente de fortalecimento de classes estabelecidas e afastamento seletivo dos indivíduos, função típica do sistema penal (BARATTA, 2011, p. 171).

Isso em nada aproxima-se da ideia de prevenção especial positiva (ressocialização), mas, remete à gênese conformadora do homem identificada na pena por Pavarini e Melossi, do “cárcere como ‘fábrica de homens’” (PAVARINI, 2014, p. 211).

Enfim, como já se firmou a identidade entre sistema penal e o chamado sistema socioeducativo brasileiro, nota-se também neste as características daquele. Aproxima-se do fundamento legitimante de um princípio da prevenção apenas na dimensão discursiva, em um engodo, para permanecer exercendo sua real funcionalidade excludente. Se é que a pena (ou medida socioeducativa) educa, o faz

em sentido totalitário, para o aprofundamento da exclusão seletiva de grupos vulneráveis.

3.3 A FUNCIONALIDADE OCULTA DO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO PARA ALÉM DA CONFUSÃO ENTRE SER E DEVER SER APONTADA POR FERRAJOLI

A teoria do garantismo penal (e geral) de Luigi Ferrajoli é também uma teoria da distância entre direito e moral, que diferencia as dimensões da validade e da efetividade normativa (FERRAJOLI, 2014, p. 788), em uma “teoria do direito e crítica do direito” (FERRAJOLI, 2014, p. 786), que se contrapõe à ideia de funcionalidade oculta atribuída ao direito penal por Baratta e, por isso, torna-se pertinente a análise de um diálogo estabelecido aqui entre os dois autores.

Ferrajoli separa como perspectivas distintas os pontos de vista da efetividade (externo ao direito), da justiça (externo ao direito) e da validade (interna ao direito) (FERRAJOLI, 2014, p. 200). Segundo ele, os estudos que eventualmente violem essas fronteiras, entre moral e direito, incorrem em “equívoco” (FERRAJOLI, 2014, p. 200) ao transformarem-se em “ideologias” (FERRAJOLI, 2014, p. 205), que confundam o ser com o deve ser ou o dever ser com o ser. Ou seja, tomariam elas o objetivo normativo (ideal) como a norma efetivada (práxis) ou a norma efetivada como o ideal normativo.

Essa perspectiva pode se inserir como crítica à posição de Baratta e seus apontamentos para a existência de funções ocultas atribuídas ao sistema penal, distintas das finalidades declaradas. Sob o ponto de vista garantista, haveria na criminologia crítica uma confusão entre as dimensões de validade e efetividade do direito. Estaria ela tomando o que o sistema penal efetivamente faz como seu objetivo efetivo, em um equívoco teórico entre ser e dever ser.

Todavia, o que se nota na criminologia crítica de Baratta é, ao contrário, que a recusa em enxergar a coincidência entre o que promove o direito penal e suas reais finalidades é que consiste em uma ideologia legitimante do sistema, que aceita suas

funções meramente declaradas em detrimento das efetivas. Tanto que o endosso do sistema penal, a expansão punitiva, como percebe Baratta (2011, p. 213), apenas tem levado ao aprimoramento de suas funções ocultas, jamais à efetivação dos objetivos declarados.

Por isso, recusa-se aqui mais uma vez o ponto de vista garantista, em defesa de uma análise criminológica crítica também do direito penal juvenil (sistema “socioeducativo”), que considere o que ele promove e sua finalidade efetiva, a despeito da função discursiva.

4 SISTEMA PENAL JUVENIL BRASILEIRO COMO MEDIDA DE ESTADO DE EXCEÇÃO

Até aqui, tem-se focado nas duas primeiras teses (ou subteses) abordadas por este trabalho, a primeira, de que o sistema socioeducativo brasileiro é incompatível com a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, a segunda, de que a chamada “socioeducação” constitui, em verdade, espécie do gênero sistema penal. Passa-se, então, a uma terceira tese (ou subtese), que contraria o entendimento de que o sistema socioeducativo seja, em si, medida de direito.

4.1 O ESTADO DE EXCEÇÃO, SOB A BASE TEÓRICA DE GIORGIO AGAMBEN

Parte-se à análise da figura do estado de exceção, tal como estudada por Giorgio Agamben, em muito e declaradamente inspirado nos estudos de Walter Benjamin, e sua relação com a realidade social brasileira.

Agamben inicia sua obra admitindo a dificuldade de definir o termo “estado de exceção”, que habita a margem entre política e direito (2004, p. 11). Mas, não que haja aí uma carência do autor, uma deficiência retórica, uma falta de eloquência para traduzir o objeto estudado em palavras. Esclarece ele que a incerteza conceitual corresponde também a uma imprecisão da aplicação correspondente (AGAMBEN, 2004, p. 15). Portanto, a eloquência nesse caso reside justamente na imprecisão.

Não obstante, o autor define precisamente esse estado de exceção como “um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei [...], uma fictio por meio da qual o direito busca se atribuir sua própria anomia” (2004, p. 61). E essa fuga do direito não é identificada por ele como episódica, incidental ou acidental, mas como paradigma de governo, tal como proposto por Schmitt, que posiciona o estado de exceção como conceito chave ao conceito de soberania. Para ele, “soberano é quem decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT, 2006, p. 7).

Carl Schmitt, teórico de crucial importância para o regime nazista, intentava justificar tanto a soberania quanto o estado de exceção ao apontar esse último como necessário e estrutural, embora não situado no Direito, em uma medida de suspensão da ordem preservadora da própria ordem (D'ÉLIA FILHO, 2015, p. 88 – 89). Por meio da exceção, o ato decisório libertar-se-ia da vinculação normativa para saciar uma necessidade real:

[...] precisa-se de uma competência, a princípio, ilimitada, ou seja, a suspensão de toda ordem existente. Entrando-se nessa situação, fica claro que, em detrimento do Direito, o Estado permanece. Sendo o estado de exceção algo diferente da anarquia e do caos, subsiste, em sentido jurídico, uma ordem, mesmo que não uma ordem jurídica. A existência do Estado mantém, aqui, uma supremacia indubitável sobre a validade da norma jurídica. A decisão liberta-se de qualquer vínculo normativo e torna-se absoluta em sentido real. Em estado de exceção, o Estado suspende o Direito para fazer jus à autoconservação, [...] Apesar disso, o caso excepcional também permanece acessível ao conhecimento jurídico, pois ambos os elementos, a norma e a decisão permanecem no âmbito jurídico. (SCHMITT, 2006, p. 13).

Mas, esse paradigma de governo já havia sido identificado por Walter Benjamin em sua oitava tese sobre o conceito de história como manobra política capaz de reverter (por violência) a exceção em regra. Isso, não apenas no sentido quantitativo-temporal, referente à recorrência numérica (ocasiões) de recursos à consideração das excepcionalidades casuais, mas também em sentido normativo, de adoção da exceção como meio para se governar. Para Benjamin, “a tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ em que vivemos é na verdade a regra geral” (BENJAMIN, 1940).

Por exemplo, Agamben cita o Terceiro Reich, “como um estado de exceção que durou 12 anos” (AGAMBEN, 2004, p. 13) na Alemanha. Vê o totalitarismo pretensamente legal (mas, ainda, ilegal), desde então, como meio que viabiliza a eliminação de cidadãos marginais nos sistemas políticos contemporâneos. Uma técnica que se desloca do status de provisória e excepcional para tornar-se uma postura paradigmática de governo, em um “patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo” (AGAMBEN, 2004, p. 13).

É o caso também identificado pelo autor do chamado ato patriota norte-americano de 2001, que permite a prisão de estrangeiros que aparentem ameaçar a segurança

pública nos EUA. Sob argumentos de urgência e necessidade, desaplica-se em relação a ele as qualificações típicas de indivíduo sujeito de direitos, sequer a qualidade de prisioneiro de guerra é atribuída (AGAMBEN, 2004, p. 14).

Para o autor, nesses casos, em que o estado de exceção torna-se regra (um preceito), há mais do que a adoção de medidas casuais e excepcionais, há a inauguração de uma nova paradigmática de governar, por meio dos argumentos de exceção (AGAMBEN, 2004, p. 18), com um executivo ativo e um legislativo conivente (AGAMBEN, 2004, p. 19) em uma verdadeira “ditadura constitucional” (AGAMBEN, 2004, p. 21).

Embora essa técnica governamental tenha sido declaradamente utilizada na França por De Gaulle ao recorrer expressamente a um estado de exceção com previsão legal (AGAMBEN, 2004, p. 27), Agamben nota que essa manobra de se justificar atos políticos ilimitados por argumentos de segurança (de necessidade e de urgência) vem sendo adotada no ocidente como meio normal de governar, sem que sequer seja necessário o embasamento legal correspondente (AGAMBEN, 2004, p. 28).

Isso, mediante um vislumbre da necessidade como fonte do direito (AGAMBEN, 2004, p. 31), por meio da concepção de que o necessário justifica e até exige a adoção de medidas com força de lei, embora não decorrentes diretamente delas. Mas, a necessidade “se limita a subtrair um caso particular à aplicação da norma” (AGAMBEN, 2004, p. 41), não sendo, pois, fonte do direito. A necessidade é redutível ao ato decisório que a declarou (AGAMBEN, 2004, p. 47) e coincide com a absoluta arbitrariedade típica do juiz que inventa um “direito” de crise (AGAMBEN, 2004, p. 48), em uma crise que, por ser inventada, tende a se perpetuar.

Aliás, se o que é essencialmente característico ao estado de exceção é a suspensão do ordenamento – seja essa uma total suspensão ou uma suspensão parcial – essa não deve ser compreendida como interna ao direito (AGAMBEN, 2004, p. 39). “Como pode uma anomia ser inscrita na ordem jurídica?” (AGAMBEN, 2004, p. 39). Sem contar que, se o que embasa a exceção é exatamente uma circunstância fática crucial, não é coerente que justamente essa, a despeito de sua importância, escape à tutela da lei (AGAMBEN, 2004, p. 39).

Não, o estado de exceção não é puramente interno ao direito. Porém, tampouco se poderia situá-lo no âmbito do que é externo ao ordenamento jurídico, já que sua justificativa, da qual depende, é pretensamente jurídica e, por vezes, é dotado, sim, de previsão normativa.

Por isso que Agamben localiza a exceção em uma “zona de indeterminação” (AGAMBEN, 2004, p. 39), nem interna e nem externa à ordem, mas marginal, em uma região limítrofe (entre o interno e o externo), análoga a um túnel escapatório do direito. A manobra que suspende a ordem normativa não importa em sua abolição total e a anomia decorrente dessa manobra, por vez, tampouco é de todo desvinculada em relação ao direito, já que dele procura sobreviver (AGAMBEN, 2004, p. 39). Em um oportunismo, faz-se do direito um pretexto, mas um pretexto fundamental para sua violação.

O estado de exceção viabiliza-se por uma lacuna e direciona-se à abertura de uma lacuna, mas não uma lacuna normativa, referente à ausência de previsão legal, embora possa se fundamentar em textos de lei vagos e genéricos para conservar sua existência. Trata-se de uma lacuna em relação aos fatos, à abertura de uma fenda para arbitrariedades:

[...] em que consiste a lacuna em questão? [...] Ela não se refere, aqui, a uma carência no texto legislativo que deve ser reparada pelo juiz; refere-se, antes, a uma suspensão do ordenamento vigente para garantir-lhe a existência. Longe de responder a uma lacuna normativa, o estado de exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal. A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, à possibilidade mesma de sua aplicação. (AGAMBEN, 2004, p. 207).

Ou seja, tem-se o estado de exceção não como um direito, mas como um não direito, ou melhor, como um meio autorizador para o não direito. Como a “suspensão da própria ordem jurídica” (AGAMBEN, 2004, p. 15). Trata-se de uma medida ou estado jurídico que busca a violação interna do direito, que o depõe (e por isso não pode ser considerada propriamente direito). Consiste em um estado jurídico que destitui o direito internamente, ainda que mediante justificativas externas (de “necessidade” e

“urgência”), ao suspendê-lo. Daí a expressão: “lei sem lei” (2004, p. 61): uma medida ou estado jurídico violatório do direito.

Assim, a exceção não pode ser entendida mediante uma teoria dos conjuntos (matemática) que a colocasse como pertencente ao conjunto do direito (norma) ou do não direito, nem tampouco como a interseção entre eles. Não. O estado de exceção é a passagem do direito em direção à anomia. Melhor seria representado por um vazio no direito, um túnel que escapasse a ele, em direção ao não direito. Há aqui é uma “zona de absoluta indeterminação” (AGAMBEN, 2004, p. 89), uma “zona de anomia” (AGAMBEN, 2004, p. 92), em que o direito é sabotado internamente (ou ao menos com justificativas pretensamente internas à ordem). Trata-se justamente do paradoxo de se recorrer a uma medida fundamentada em lei para escapar à lei. No estado de exceção, recorre-se à lei para fugir da lei. Veja-se:

[...] o que define o caráter da pretensão soberana é precisamente que ela se aplica à exceção desaplicando-se, que ela inclui aquilo que está fora dela. A exceção soberana é, então, a figura em que a singularidade é representada como tal, ou seja, enquanto irrepresentável. Aquilo que não pode ser em nenhum caso incluído na forma da exceção. [...] Ela é aquilo que não pode ser incluído no todo ao qual pertence e não pode pertencer ao conjunto no qual está desde sempre incluído. O que emerge nesta figura-limite é a crise radical de toda possibilidade de distinguir com clareza entre pertencimento e inclusão, entre o que está fora e o que está dentro, entre exceção e norma. (AGAMBEN, 2010, p. 31).

Essa fuga do direito não é inovadora; mas é identificada por Agamben no direito romano como o instituto do “*iustitium*” (2004, p. 67), referente a providência de se suspender o direito (2004, p. 68), por motivo de alegadas conveniências ou urgências (2004, p. 73). Não se restringe à atuação do executivo e nem tampouco identifica-se com regimes ditatoriais declarados. A exceção não rompe de todo com o direito, ao contrário, relaciona-se com ele constantemente ao substituí-lo, tendo o próprio direito como subterfúgio para essa operação de substituição (FERREIRA, 2011, p. 143).

O estado de exceção insere-se no ordenamento como espécie de cláusula de arbitrariedade, autorizadora de suspensão da lei (AGAMBEN, 2004, p. 74), prevista em cláusula (tipicamente genérica) que viabilize amplo grau de arbitrariedade nos procedimentos de subsunção e que não se encontra em um estado ditatorial de amplos poderes, onde vige a arbitrariedade absoluta desprovida de qualquer

necessidade de fundamentação para os atos do soberano, mas em um estado de direito que nega-se a si sob discurso de necessidade, urgência e temporalidade (AGAMBEN, 2004, p. 79). E não poderia ser diferente, pois a exceção pressupõe uma regra.

O estado de exceção não é encontrado, pois, em um estado ditatorial despótico de amplos poderes (até porque não se mostra necessário nesse caso), mas em um estado que considera a si estado de direito, que prevê, em disfunção sistemática, a revogação de si próprio, sob discurso de necessidade, urgência e temporariedade (AGAMBEN, 2004, p. 79). A exceção sucede uma regra (aqui, o estado de direito), ainda que uma regra a ser violada constantemente, em exercício da decisão soberana por ela estruturada.

Se a exceção é a estrutura da soberania, a soberania não é, então, nem um conceito exclusivamente político, nem uma categoria externa ao direito (Schmitt), nem a norma suprema do ordenamento jurídico (Kelsen): ela é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão. [...] A relação de exceção é uma relação de bando. Aquele que foi banido não é, na verdade, simplesmente posto fora da lei e indiferente a esta, mas é abandonado por ela, ou seja, exposto e colocado em risco no limiar em que vida e direito, externo e interno se confundem. Dele não é literalmente possível dizer que esteja fora ou dentro do ordenamento [...]. (AGAMBEN, 2014, p. 35).

Esse conceito é apresentado pelo autor (2004, p. 102), com base em Walter Benjamin, não como de fato excepcional, com relação a sua periodicidade, mas como o já mencionado paradigma de pragmática de governo. Essa “lei sem lei” (AGAMBEN, 2004, p. 61), em suspensão do direito, seria ilegal – segundo as próprias regras internas do sistema – mas torna-se aplicável a partir de um misto de justificativas (ou pretextos) políticos e jurídicos, apesar da relação de contrariedade com o restante do ordenamento.

A “lei sem lei” (AGAMBEN, 2004, p. 61), como violação (“suspensão”) é também essencialmente associada à violência (AGAMBEN, 2004, p. 92) e uma violência que tende, ainda, a se tornar regra, uma vez que seja possível recorrer-se a ela indefinidamente. E, como regra, como preceito, transforma-se em uma forma de condução do estado, uma estratégia de governabilidade.

Transforma-se a exceção em regra. E a palavra “regra” não é usada aqui somente para se referir quanto a sua periodicidade, mas também, e principalmente, a seu caráter de preceito, uma vez que sua indeterminação conceitual (do estado de exceção) permite seu aproveitamento constante, independentemente das circunstâncias fáticas. Torna-se uma estratégia de condução estatal, um paradigma de governabilidade.

Ressalta-se mais uma vez, todavia, que esse paradigma não está restrito ao poder executivo, mas estende-se principalmente ao judiciário enquanto poder dotado de jurisdição. Por exemplo, é o que ocorria com o já citado *iustitium* do antigo direito romano que autorizava o magistrado a suspender a lei (AGAMBEN, 2004, p. 74) em casos “excepcionais” de considerada “necessidade” (AGAMBEN, 2004, p. 71) – e por “necessidade”, genericamente apontada, lê-se “arbítrio”.

A partir daí, consiste o estado de exceção em paradigma de governabilidade, *lato senso*, extensivo a todo processo decisório de caráter jurídico, quando há uma condução do direito mediante a violação do ordenamento com base declaratória nele próprio e em genéricas supostas causas externas como subterfúgios. Nessa (des)aplicação do direito, essencialmente violenta, eis o estado de exceção.

Portanto, identifica-se o estado de exceção como paradigma de sustentação e violação de um estado de direito, uma condução do direito mediante a violação dele próprio por meio de uma operação de banimento, de fuga, de escapatória em relação ao direito rumo a um não direito.

4.1.1 O estado de exceção, não como milagre, mas como tragédia

Ao se falar das medidas em estado de exceção como paradigma de governo, torna-se pertinente esclarecer que não se trata de uma salvação jurídica ao estado de direito. Trata-se mais de uma sabotagem a este.

Paulo Roberto Corval, que se apresenta aqui como contraponto, todavia, em análise do estado de exceção enquanto paradigma de governo no Brasil, vislumbra sua necessidade em uma sociedade brasileira que chama de “nova configuração sócio-política” (2007, p. 111), tomada pela insegurança, com demanda por centralização do poder, suspensão de direitos individuais e crise de representatividade no mundo globalizado (2007, p. 112). O autor defende a categoria do estado de exceção permanente como paradigma de uma teoria constitucional adequada ao século XXI, atenta às demandas por um judiciário mais atuante e com maior inserção política.

Embora as análises de Corval e Ferreira tenham suas similitudes durante o desenvolvimento de suas pesquisas, chegam a conclusões diametralmente opostas.

Corval conclui que o estado de exceção apresenta-se como alternativa válida, em especial mediante o aumento do teor político das decisões (CORVAL, 2007, p. 313), diante da inexistência de uma constituição autorrealizável (CORVAL, 2007, p. 135). Para ele, esse paradigma de governo (e de tomada de decisões) valoriza a capacidade criativa do homem enquanto sujeito de decisão; contribui para relevância de grupos excluídos; expande o conceito de democracia para além da vontade da maioria; e fomenta o respeito a direitos e garantias fundamentais (CORVAL, 2007, p. 140).

Por outro lado, como já referido, Ferreira (2011, p. 176) situa o estado de exceção como uma burla à democracia, um aval ao arbítrio, que despreza a relação entre poder constituinte e poder constituído (em um déficit democrático) para delegar o poder decisório a um judiciário (não eleito diretamente pelo povo, vale notar) ilimitado e sacralizado que passa a gozar de total independência para criação de normas gerais e abstratas.

Ora, também Agamben aponta nesse sentido ao afirmar que o estado de exceção não é “milagre mas, sim, a catástrofe” (2004, p. 88). Pensar o contrário, elegendo a exceção como salvação é insistir na defesa do arbítrio como medida de direito, voltado à segurança jurídica e concretização de garantias, em uma falsa inocência, uma ingenuidade cínica, forjada.

As necessidades eleitas em defesa da exceção (tais como a sociedade do risco, a sensação desmedida de insegurança, a demanda por concentração de poder, ou qualquer apontamento genérico de “necessidade ou urgência”) consistem em não mais do que pretextos para violação do direito. Veja-se: “são falsas todas aquelas doutrinas que tentam vincular diretamente o estado de exceção ao direito, o que se dá com a teoria da necessidade como fonte jurídica originária [...]” (AGAMBEN, 2004, p. 78).

Isso, porque a exceção não se situa no direito. Logo, suas pretensas justificativas jurídicas são falsas. “O estado de necessidade não é um ‘estado de direito’, mas um espaço sem direito ([...] anomia que resulta da suspensão do direito)” (AGAMBEN, 2004, p. 79).

Por fim, aqui conclui-se com Ferreira. É possível identificar no estado brasileiro atual o estado de exceção como paradigma de (des)aplicação do direito, em especial no judiciário. E, ao contrário do que pretende Corval (2007, p. 95), eventual tentativa de reconstrução desse paradigma com base em discursos de necessidade ou urgência só pode culminar em sua reafirmação pura e simples, em favor do arbítrio judiciário, pois essa justificativa em nada inova, é justamente sua justificativa original.

4.2 O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO MEDIDA PARADIGMÁTICA DE GOVERNO NO BRASIL

A partir do pensamento de Agamben, o estado de exceção toma forma do “paradigma da política contemporânea” (CASTRO, 2016, p. 75). No Brasil, Carvalho identifica justamente essa lógica da permanência contínua de um estado de exceção (o que fundamenta aqui, também, a escolha de base teórica), em especial, no contexto do sistema punitivo, marcado por práticas e por discursos derivados desse paradigma, “que impulsiona um modelo de controle social que ostenta, sem embaraço, a brutalização e o extermínio dos segmentos marginalizados da população” (2014, p. 166). O descompasso entre ideal (normativo ou discursivo) declaradamente adotado e pragmática correspondente é marca nacional.

Isso, porque do ponto de vista histórico, não houve no Brasil sequer a real adoção dos pressupostos valorativos liberais relacionados ao modelo de mercado importado de sua matriz europeia, tais como os ideais de igualdade (CARVALHO, 2014, p. 170) que lá foram consensualmente inseridos. Ou seja, na realidade brasileira não ocorreu ruptura efetiva com a lógica exploratória colonial e com as influências ibéricas que a acompanhavam (CARVALHO, 2014, p. 186), mas tão somente uma atualização dessas influências em adaptação forçada aos “valores e instituições modernas” (CARVALHO, 2014, p. 170), mantendo a estrutura básica de uma sociedade hierarquizada e essencialmente desigual.

Vejam-se as palavras do autor:

Nem mesmo os pressupostos da legalidade burguesa foram adequadamente estendidos a todos os estratos sociais. Tal fato deriva justamente da utilização do liberalismo como ideologia meramente pragmática, destinada a abrir pequenas brechas na ordem elitista e conservadora anterior. [...] No Brasil não se trata, pois, da emergência de esferas jurídicas alternativas em relação à legalidade estatal, mas da fragilidade desta. Claramente, as fronteiras do campo jurídico são nebulosas. (2014, p. 207).

Portanto, nota-se um estado de exceção permanente brasileiro, identificado por ele nesse trecho como “brechas na ordem” e como fronteiras jurídicas “nebulosas”. Todavia, como peculiaridade, aqui não se insere tão somente a lógica de eventuais ilegalidades como prática de governo em contraposição às expectativas sociais valorativas e prescrições jurídicas válidas. Não, na “cultura da (i)legalidade” (CARVALHO, 2014, P. 208) que se instaurou no País, a constituição “é carente de força normativa” (CARVALHO, 2014, 207), sequer dotada da expectativa de que efetivamente venha a ser concretizada.

Assim, explica Fabres de Carvalho, há uma “naturalização das hierarquias sociais” (2014, p. 166), uma naturalização da exceção, que, no caso do sistema punitivo (altamente seletivo) – seja juvenil ou adulto –, “não deixou de cumprir na realidade brasileira o seu importante (e secreto) papel (político) de gerir diferencialmente as ilegalidades” (CARVALHO, 2014, p. 166). Pois, a desigualdade passa a ser banalizada e normalizada, a seletividade do sistema penal é vista como natural, e um status de subcidadania é sistematicamente construído (CARVALHO, 2014, p. 167).

Desse paradigma de exceção permanente, adaptado ao contexto brasileiro de sociedade altamente desigual, o mencionado autor aponta que decorre outro fenômeno: o da “invisibilidade pública” (CARVALHO, 2014, p. 167), processo pelo qual o cidadão socialmente marginalizado deixa de ser percebido politicamente, a ele não é atribuída qualquer relevância significativa ou capacidade de expressão, o que termina por sabotar sua condição de sujeito de direitos (CARVALHO, 2014, p. 168). Há, assim, uma espécie de inserção do próprio indivíduo marginalizado no paradigma da exceção, pois, ele é cidadão juridicamente reconhecido, mas, na facticidade, é subcidadão.

Se o estado de exceção refere-se ao fenômeno da “lei sem lei” (AGAMBEN, 2004, p. 61), trata-se agora, no caso brasileiro, de um estado subjetivo de exceção, em que o sujeito marginalizado é cidadão sem que o seja, o cidadão que não é cidadão. Ele tem a cidadania reconhecida normativamente e até direito ao voto, mas, de fato, é apenas um subcidadão.

Percebe-se o fenômeno do estado de exceção como essa (des)aplicação normativa, uma fissura ou um rombo no ordenamento jurídico que pretende violá-lo internamente a partir de justificativas externas genéricas de cláusulas de arbitrariedade, tal qual estudado por Agamben. No Brasil, porém, esse descompasso entre o direito aplicável e o não direito aplicado assume uma conotação mais perversa, que atua na legitimação e perpetuação de um processo que Fabres de Carvalho chamou de “construção social da subcidadania” (2014, p. 167).

Em análise do fenômeno e de sua aplicação no Brasil, Janaína Fortes Ferreira, em uma ótica distinta mas não incompatível com a perspectiva de Fabres, debruça-se sobre o judiciário brasileiro nesse contexto de estado de exceção. Avalia ela que o que ocorre é uma “sacralização” discursiva da norma – em especial, da constituição, enquanto norma fundamental – seguida de sua suspensão (2011, p. 175). Enaltecida a constituição, instaura-se um “vale tudo” e, em sua (suposta) defesa, em seu nome, admite-se, inclusive, sua violação.

Eis a aparente contradição – diz-se “aparente” pois é justamente o apontado caráter sacro da norma constitucional que serve de fundamento escolhido para justificar a sua suspensão. A manobra é mesmo paradoxal.

Para Fortes Ferreira, o que ocorre no Brasil (2011, p. 178) é a suspensão da constituição pelo judiciário (pela corte constitucional) em nome da defesa dessa mesma constituição e mediante o desprezo (naturalizado, como se verá em maiores detalhes mais adiante) dos pressupostos democráticos de representação (do direito de voz), pela “castração da palavra” (CARVALHO, 2014, p. 69). Nesse sentido vige, então, o arbítrio.

Portanto, percebe-se que o fenômeno do estado de exceção, essa (des)aplicação normativa, essa fissura ou rombo no ordenamento jurídico que pretende violá-lo internamente a partir de justificativas externas genéricas de urgência e necessidade, caracteriza-se de forma peculiar no Brasil. As medidas de exceção, mais do que tornadas regras (preceitos) são naturalizadas pelo histórico de violações de direitos e políticas marginalizantes de manutenção e promoção da desigualdade, com a participação ativa do judiciário.

Assim, o descompasso entre o direito aplicável e o não direito aplicado (por meio da exceção) assume uma conotação mais perversa no Brasil, que atua na legitimação e perpetuação de um processo que Thiago Fabres de Carvalho chamou de “construção social da subcidadania” (2014, p. 167), que é reiterado, por conta de seu caráter estrutural. Nessa linha, o próximo tópico vai tratar da ideia de estado de exceção naturalizado na construção da subcidadania no Brasil.

4.2.1 A naturalização das medidas de estado de exceção no Brasil

Para melhor compreensão desse processo de naturalização e perpetuação do recurso a medidas de estado de exceção no Brasil, ou seja, à suspensão do direito, tratar-se-á mais profundamente do pensamento de Thiago Fabres de Carvalho, na obra

“Criminalidade, (in)visibilidade e reconhecimento”, em um diálogo a ser aqui estabelecido com Nelson Camatta Moreira.

O primeiro autor persegue o problema de pesquisa referente a como o sistema penal no contexto do capitalismo marginal brasileiro insere-se como gestor da subcidadania e fator da “naturalização de desigualdades” (CARVALHO, 2014, p. 13) que “reproduz sistematicamente, no âmbito de suas práticas e instituições, os fenômenos políticos da invisibilidade pública e da humilhação social” (CARVALHO, 2014, p. 13). Isso, no objetivo de esclarecer as “contradições internas existentes no projeto sociocultural da modernidade” (CARVALHO, 2014, p. 13), que não se dão por vetores excludentes, dada à contradição que lhes é própria, mas constitutivos, já que essa natureza paradoxal é própria de sua construção social.

Por exemplo, cita-se o princípio da dignidade da pessoa humana que, apesar de seu caráter constitucional, convive em (des)harmonia com sua reiterada violação e negação fática, seja pela omissão estatal em matéria de direitos e garantias fundamentais ou por sua postura ativa por meio de um sistema penal genocida e ilegal. É com essa contradição que se preocupa a análise de Fabres de Carvalho.

Fala-se aqui em (des)harmonia mediante essa estética peculiar para se referir à relação entre dignidade e a conjuntura penal, por conta do caráter parasitário que esta mantém com aquela. É uma interação desarmônica na medida da incompatibilidade entre a efetivação de ambas (a dignidade humana e a conjuntura penal), mas é harmônica no sentido de que o sistema penal só sobrevive a partir da sustentação discursiva de sua humanidade inexistente.

A hipótese desenvolvida por Fabres de Carvalho é exatamente esta: de que o sistema penal, em especial o brasileiro (incluso o sistema penal juvenil, na tradição da criminologia crítica), no contexto periférico latino-americano, é, em si, incompatível em relação à efetivação da dignidade humana (CARVALHO, 2014, p. 14), apesar de se alimentar desse princípio no âmbito discursivo. Examina ele a tese de que o sistema penal é negativo de direitos ao atuar como mecanismo útil na tarefa de gerir os processos de marginalização social para manutenção de uma sociedade

hierarquizada, inclusive, por meio da “naturalização da desigualdade” (CARVALHO, 2014, p. 14).

Nessas sociedades de avanço econômico tardio a importação de instituições e concepções modernas a respeito reconhecimento de direitos e garantias fundamentais, em sua maioria de um contexto europeu, não foi seguida pela efetiva implementação desses direitos. Mas, ao contrário, essa adoção meramente discursiva passou a servir como um mecanismo de ocultação da realidade que a contraria e, mais do que isso, permitiu que a conjuntura de violações a garantias fosse naturalizada na “diferenciação explícita entre os cidadãos e os não cidadãos (ou subcidadãos)” (CARVALHO, 2014, p. 15) viabilizada pela contradição entre o ideal discursivo (de dignidade da pessoa humana) e a dura realidade a ele contraposta (de violências institucionalizadas em um sistema penal seletivo).

O que se verifica no contexto marginal latino-americano é que o direito penal (incluso aqui o direito penal juvenil), em todas as suas instâncias (seja no âmbito simbólico-discursivo, no judiciário, na execução de penas, na atuação policial genocida) exerce importante papel de reprodução, controle, manutenção e gestão de desigualdades (CARVALHO, 2014, p. 165). O direito, em uma sociedade hierarquizada, para além de suas declarações não efetivas, atua em função de conservar as rígidas estruturas sociais e, para isso, tende a violar a si próprio constantemente em um processo de adoção do paradigma da exceção permanente (CARVALHO, 2014, p. 166). É a utilização do direito para sustentação do não direito.

Mas, se esse caráter político associado à seletividade dos processos de criminalização é inerente ao sistema penal, o que nota Fabres de Carvalho é que no Brasil essa realidade é agravada por uma recepção das hierarquias sociais como naturais, ainda que construídas historicamente por processos complexos e muito específicos atuantes por meio da promoção de invisibilidade e humilhação de populações já marginalizadas (CARVALHO, 2014, p. 166 - 167).

Essa categoria da “invisibilidade pública” é trabalhada pelo autor como “fenômeno político e psicossocial do ‘desaparecimento intersubjetivo de um homem no meio de outros homens’” (CARVALHO, 2014, p. 167). Ou seja, consiste nesse feito de

transformar um cidadão, por marginalizado, em um “subcidadão”, dentre outros que conservem o status de cidadão. Eis uma espécie do que já se chamou nesse trabalho de estado subjetivo de exceção, uma fuga (ou usurpação) à cidadania. Se o estado de exceção encontra-se na operação escapatória do direito por argumentos pretensamente jurídicos, o estado subjetivo de exceção consiste na afirmativa simultaneamente negativa do sujeito de direitos. O subcidadão é, seguindo a estática do estado de exceção de Agamben, da “lei sem lei” (2004, p. 61), um (não) sujeito de direitos.

A ele são reconhecidos, no plano discursivo, a mais ampla gama de direitos e garantias fundamentais. Todavia, esse reconhecimento não se concretiza no âmbito pragmático e, em verdade, até atua como vetor de sustentação da realidade oposta. Se o Direito assegura garantias individuais ao marginalizado, essas lhe são negadas pela conjuntura social (e pelo estado de exceção) em suas instâncias oficiais e extraoficiais. Assim, ao subcidadão é vetado não só aquilo que lhes deve o estado (direitos e garantias fundamentais) mas também a atuação política que lhe caberia, o direito de voz, a participação nos processos de troca cultural. Isso pode ser chamado de humilhação social reiterada porque é um processo de redução do marginalizado em relação aos demais, que não o caracteriza apenas como carente de direitos, mas como invisível, por não ser capacitado a se fazer notar (CARVALHO, 2014, p. 168). O subcidadão não é sujeito, nem é agente.

No estudo histórico de uma genealogia da construção da invisibilidade pública naturalizada, Carvalho ressalta a rotulação de um “*habitus* social” de diferenciação de condutas constituído por violências simbólicas e físicas a definirem o comportamento e a vida de setores marginalizados como de conotação inferior. Há o compartilhamento de uma moral hierarquizada e de um senso de legitimidade da estrutura social que conserva e naturaliza as desigualdades, mas não sem uma explicação histórica profunda, voltada à manutenção da lógica colonial exploratória (2014, p. 169 – 170), sem rupturas significativas até a presente data.

A matriz ibérica do estado brasileiro tem em si o modelo constitutivo penal, já que recebia excedentes populacionais e miseráveis do “Velho Mundo” (CARVALHO, 2014, p. 187), contendo a concepção de formação de uma sociedade verticalizada, apta a

sustentar a riqueza alheia mediante regime autoritário de exploração (ZAFFARONI, 2012, p. 41). É o que explica Gizlene Neder ao ressaltar a contribuição da ideologia dos jesuítas missionários no País durante o período colonial, voltada a uma fé institucional para a manutenção de estado de coisas e conformação com elas. Além disso, o pensamento português sobre o direito em relação à supremacia da lei e das instituições também destaca-se como fator de influência a uma cultura jurídica acrítica, que tende a não enxergar o caráter político (e seletivo) dos processos de criminalização e de tratamento legal desigual (Neder, 2007, p. 165 – 166).

Esse processo histórico, desprovido de rupturas com a lógica da submissão e do controle próprios da exploração colonial, é que culmina na legitimação e na naturalização das desigualdades sociais no Brasil, a refletir na reprodução e no endosso dos mecanismos de controle penal que se inserem aqui tanto como consequência desse decorrer histórico como meios de sua reprodução reiterada para a configuração de setores populacionais marginalizados de subcidadãos (CARVALHO, 2014, p. 195).

O pensamento liberal das sociedades centrais, que tem em si o valor da igualdade como fundante, na ideia de que está acima de eventuais arbitrariedades governamentais, foi assim introduzido e adaptado no Brasil a suas heranças históricas, sem representar um novo paradigma de condução do estado, mas um vetor legitimante da perpétua condução desigual que já lhe era imposta. Tanto, que, desde sua introdução, conviveu com formas declaradas e não declaradas de escravidão, aparentemente opostas ao liberalismo, mas que aqui ganhavam caráter harmônico em uma sociedade que se aproveita dos valores liberais em sua forma discursiva para manter sua configuração hierarquizada e desigual (CARVALHO, 2014, p. 172). Ou seja, o discurso do irreal igualitário em um consenso historicamente forjado contribui (afirma) para a promoção e manutenção da realidade desigual que nega, mas nega apenas no âmbito discursivo.

Nesse contexto, a ideologia da meritocracia (presente também no sistema socioeducativo e seus ideais retributivos e, principalmente, preventivos, associados à ideia de merecimento) exerce um papel fundamental para justificar e legitimar as desigualdades. A partir do fictício pressuposto de uma sociedade igualitária fixa-se

que as conquistas e derrotas de cada indivíduo são fruto exclusivo de seu trabalho, desempenho e responsabilidade. Com isso, oculta-se a realidade social, o histórico de abismo entre classes, e motiva-se a conformação com os mecanismos de exclusão (CARVALHO, 2014, p. 177), conforme explicação histórica sintetizada por Orlando Zaccone D'Élia Filho:

O processo de criação do Estado brasileiro traz a marca da obediência e da submissão, através do qual as elites hegemônicas constantemente repactuam com o contrato social, tendo por paradigma a conciliação/anistia daqueles abrigados pelo estatuto da cidadania e o extermínio dos grupos que são colocados à margem do estatuto-jurídico na forma da exceção. [...] O cidadão brasileiro surge ao lado do não cidadão. (2015, p. 232).

Há aí um sistema autolegitimante que convive com uma “contradição insolúvel” (CARVALHO, 2014, p. 205) e insolúvel porque autossustentável. Pois, é o discurso de igualdade e da meritocracia, fundamentado em ideais liberais e em um princípio da dignidade humana carente de efetividade normativa, que viabiliza a ocultação das desigualdades históricas naturalizadas no Brasil. Despreza-se, assim, a realidade latino-americana - na qual 59,3%, segundo relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, é composta de uma população que vive abaixo da linha de pobreza (CARVALHO, 2014, p. 116) – em prol de um modelo que foge à própria legalidade.

Esse quadro, de “contradição insolúvel” (CARVALHO, 2014, p. 205), levou o autor a indagar em tom de pergunta retórica (em outra pesquisa sobre semelhante temática):

Existe de fato alguma possibilidade de o sistema de Justiça Penal operar nos limites exigidos pela proteção da dignidade humana, uma vez que, no âmbito da modernidade, apresenta-se como mecanismo primordial da gestão da exclusão social? [...] Se as regras do sistema penal ‘põem em cena uma violência meticulosamente repetida’, é indispensável pensar qual a contribuição efetiva do imaginário punitivo à luta pela realização da dignidade de indivíduos históricos concretos. (2015, p. 223).

Ou seja, se o sistema penal mantém íntima relação de mútua dependência com a política excludente no contexto latino-americano de capitalismo tardio e marginal e exerce importante papel na manutenção de desigualdade por meio da marginalização de excluídos e da criminalização da pobreza para sua gestão (e não erradicação), coloca-se em questão como romper com essa relação. Mas, há de se ressaltar que, se a indagação parece insolúvel, também é inadiável enfrentar a oposição entre uma democracia alicerçada em direitos e garantias fundamentais efetivos e igualitários e o

sistema penal que aí está, fundamentado em argumentos de defesa social (seja nos clássicos do Direito Penal liberal ou em um retrógrado positivismo criminológico, que só se coadunam com regimes autoritários) (CARVALHO, 2015, p. 244).

Sem ambições resolutivas (elaborações propositivas não fazem parte do objetivo deste trabalho), indica-se pela necessidade de implementação de políticas de reconhecimento (social, cultural, político), para além da busca de eficácia normativa (já que a exceção, como se apontou, mantém sua relação com a normatividade, embora a exceção não seja medida de direito), e da interlocução entre a constituição (e a teoria constitucional) e outras ciências políticas e sociais (MOREIRA, 2010, p. 119).

Na busca por essa interlocução é que segue o estudo de Nelson Camatta Moreira, mediante base histórica e consciência sociológica, a respeito do fenômeno da invisibilidade social e da naturalização de desigualdades.

O autor ressalta que a transação do Brasil (colônia) até o modelo atual, apesar de gradual, deu-se mediante a importação drástica de um modelo liberal moderno europeu, a partir de bases muito distintas (de bases exploratórias) do feudalismo pré-moderno da Europa (marcado pelo surgimento de uma burguesia ascendente) e que, portanto, viria a resultar na construção de um estado tido como moderno (marginal) muito peculiar em relação aos estados de centro (MOREIRA, 2010, p. 125).

Dessa gênese decorre que tampouco a concepção de democracia e de cidadania viria a ser importada tal como é empregada nas sociedades centrais (MOREIRA, 2010, p. 126). Em especial, nota-se que o valor da igualdade assume posição de preceito e fundamento primeiro, de notória relevância jurídica, política, social e simbólica no imaginário popular, em estados de democracia avançada. Mas, em contraponto a isso, em sociedades periféricas, o valor de igualdade nunca alcançou a dimensão coletiva (MOREIRA, 2010, p.128). Ao contrário, a desigualdade (assim como o preconceito, a exclusão social, a degradação humana) é naturalizada e vista como fenômeno típico de uma ontologia inevitável ou decorrente de uma meritocracia justa.

Em países como o Brasil o ideal liberal veio a ser importado como ideologia útil às elites de uma minoria dominante, adaptado a seus interesses, desacompanhada de uma efetiva inclusão de marginalizados (MOREIRA, 2010, P. 130). A perpetuação desse componente histórico – a desigualdade de raiz (desde suas matrizes ibéricas) – no Brasil contribui a uma naturalização do desigual, o que legitima uma rígida hierarquia social, em um constante, como se natural fosse.

Isso, diferentemente do que ocorre na realidade europeia, por exemplo, em que, se a ideologia da igualdade não se concretiza em toda a extensão de sua dimensão teórica, ao menos esse fato causa estranheza e gera a demanda por efetivação de garantias. Ainda que a legitimação de desigualdades esteja presente em sociedades centrais, travestida pelo manto da legalidade e internalizada por um ideal de igualdade formal, no caso brasileiro a desigualdade se escancara e se naturaliza (MOREIRA, 2010, p. 132) e, o que causa mais espanto, na ausência de estranheza de seu próprio povo, que enfrenta dificuldade até para enxergar-se como unidade (MOREIRA, 2010, p. 123).

No Brasil, há uma disseminação do contentamento com a manutenção da miséria – e dessa desigualdade que aí esteve desde tempos coloniais –, em relação a qual, inclusive, as instâncias oficiais passam a contribuir, em flagrante, porém desprezada, contradição frente aos preceitos constitucionais, cuja violação passa a ser também naturalizada. As mazelas sociais da invisibilidade política e da humilhação coletiva de setores inteiros da população vem a ser, então, legitimada (sem que seja legítima), na medida dessa naturalização do desigual (MOREIRA, 2010, p. 134). Veja-se:

Nas sociedades periféricas o fato da igualdade nunca efetivamente existiu como fonte (imaginária) da Constituição da comunidade. Jamais atuou como elemento capaz de gerar sentimentos, de sugerir práticas, de fundamentar a origem das instituições, e muito menos de modificar tudo aquilo que fosse contrário ao seu reconhecimento universal. De maneira oposta, o que há de fato nestas sociedades é a prevalência das hierarquias, das relações personalistas e de parentesco, da apropriação privada do público, da lei como expressão de privilégios, enfim, da ‘naturalização da desigualdade’ e da ‘construção social da subcidadania’ [...] (MOREIRA, 2015, p. 18).

Nas palavras de Moreira, tem-se nesse processo a “invisibilidade pública como desaparecimento subjetivo de um homem e humilhação social como expressão da desigualdade política” (MOREIRA, 2010, p. 135). Ou seja, trata-se da promoção da invisibilidade social por meio da cassação de voz, da expressão de significado de um

cidadão. É a negação da existência política para a afirmação de uma existência desprovida de expressão.

Por fim, resta aplicar essas lições de Fabres de Carvalho e de Camatta Moreira, com relação às instâncias penais brasileira e à promoção naturalizada de desigualdade para gestão de subcidadania na construção de invisíveis políticos em decorrência de um histórico de mazelas sociais, também ao sistema penal juvenil. Todavia, aqui (no sistema penal juvenil) são elas mais perversas, porque mais ocultas, já que sequer se reconhece oficialmente a natureza penal do chamado sistema socioeducativo, que abarca, pois, os invisíveis dentre os invisíveis.

4.3 DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL: UMA DECLARAÇÃO DE DIREITOS E UM PROJETO POLÍTICO A (NÃO) SER IMPLEMENTADO

Como já se viu, o sistema chamado socioeducativo sustentado na esfera discursiva dogmática contrasta com o sistema penal juvenil de fato que se revela na realidade social brasileira. Passa-se a estudar como essa contrariedade entre ideal normativo e pragmática social é autossustentável (assim como o sistema penal adulto) em uma declaração de direitos e um projeto político a (não) ser implementado conforme o paradigma do estado de exceção.

Conforme tratado, o direito da criança e do adolescente no Brasil declaradamente segue hoje como modelo a chamada doutrina da proteção integral, ao menos na esfera discursiva, em detrimento de outras escolas, que João Batista Costa Saraiva identifica como “a Doutrina do Direito Penal do Menor” (SARAIVA, 2002, p. 14) e “a Doutrina da Situação Irregular” (SARAIVA, 2002, p. 14).

Em sistemas que declaradamente adotam o direito penal do menor pouco ou nada diferencia-se a responsabilidade penal entre o adulto e a criança ou o adolescente (SARAIVA, 2002, p. 14). Assim como responde o adulto responde o menor, que ganha relevância para o direito na medida que comete crimes (SARAIVA, 2002, p. 14).

Já a doutrina da situação irregular, presente no revogado código brasileiro de menores de 1979, volta-se à regularização daquilo que vê como “patologia social” (SARAIVA, 2002, p. 14). Nesse paradigma, vislumbra-se a ideia de que há um pressuposto de uma situação regular, que se resume, não a um conceito positivo de pleno estado de direitos garantidos ao sujeito, mas a um negativo, referente à ausência da prática de irregularidades pelo sujeito. Contraposta a essa ausência de irregularidades, está a situação irregular, vista como patologia, como doença social, um mal cujo remédio estaria nos “grandes institutos para ‘menores’” (SARAIVA, 2002, p. 14), que reuniam desde crianças abandonadas à menores infratores.

Trata-se, evidente, de uma ideologia coincidente com a da “defesa social” (BARATTA, 2011, p. 41), que resgata um positivismo criminológico, mediante a visão do crime (ou do ato infracional), da delinquência infanto-juvenil, como um mal em si, universal, ontológico e patológico. Identificam-se aí os fundamentos de um direito penal burguês tradicional, baseado em um “princípio de legitimidade” (BARATTA, 2011, p. 41), de que o estado está autorizado por sua natureza a agir contra a criminalidade, e um “princípio do bem e do mal” (BARATTA, 2011, p. 41), que contrapõe a sociedade, como bem, ao indivíduo desviante, como mal.

Despreza-se, pois, o caráter político e seletivo dos processos de criminalização para legitimar uma intervenção estatal destrutiva, já que não age para assegurar direitos, mas para reprimir, para criminalizar as situações irregulares, as situações de ausência de direito, de carência do próprio estado de direito.

A doutrina da proteção integral (SARAIVA, 2002, p. 14), por vez, em contraponto às anteriores, mediante as diretrizes traçadas na Convenção das Nações Unidas para o Direito das Crianças, adota (ao menos declaradamente) um paradigma distinto: o reconhecimento à criança e ao adolescente como sujeitos de direitos. Abandona-se aí a equiparação com do direito penal adulto, para se atentar à condição peculiar de pessoas em estado de desenvolvimento. Substitui-se o paradigma correccionalista do ataque às situações irregulares enquanto patologias sociais, para o enfoque da necessidade de garantia de direitos.

No Brasil, esse ideário veio a ser acolhido expressamente na constituição federal de 1988, em seu artigo 227 (BRASIL, 1988), mesmo antes da convenção pertinente ao tema promovida pela ONU na Assembleia-Geral das Nações Unidas de 1989 (SARAIVA, 2002, p. 15). E, posteriormente, seria reafirmado por meio da promulgação do estatuto da criança e do adolescente, a lei de número 8.069 de 1990, que adota a doutrina da proteção integral expressamente em seu art. 1º (BRASIL, 1990).

É de se ressaltar que o estatuto infanto-juvenil, em seu artigo 4º (BRASIL, 1990), ratificou a prioridade constitucional absoluta atribuída ao direito da criança e do adolescente por ocasião do art. 227 da carta magna (BRASIL, 1988), para traçar diretrizes de uma política pública voltada à assistência, ao reconhecimento à efetivação de direitos, à proteção integral da juventude (SARAIVA, 2002, p. 16).

A lei de número 8.069 de 1990 estruturou-se na previsão de direitos e garantias fundamentais; na de medidas protetivas; e sistema socioeducativo (SARAIVA, 2002, p. 16), com um projeto político inclusivo, rejeitando a anterior doutrina da situação irregular. No caso específico do sistema socioeducativo, referente a eventuais atos infracionais cometidos por adolescentes, passou a recusar a visão inquisitiva de um menor que fosse mero objeto do processo, sobre quem se debruçaria a investigação, o processamento e o julgamento, para vê-lo como efetivo sujeito e cidadão dotado de direitos e obrigações (SARAIVA, 2002, p. 18).

De fato, o rompimento teórico é inegável (o que não significa que o rompimento pragmático o seja), embora não necessariamente importe em abandono completo com a ideologia da “defesa social” (BARATTA, 2011, p. 41). Aliás, a criminologia crítica de Batista e Baratta viria a denunciar justamente que esse rompimento se restringiu somente à esfera discursiva e teria uma funcionalidade peculiar interna de perpetuação e legitimação de desigualdades. Nesse sentido, também aponta Acácio Augusto, ao atestar que “a realidade cotidiana nas Varas Especiais é traçada pela prática autoritária de juízes que, muitas vezes, negam o direito de ampla defesa e nada fazem para conter o dispositivo da seletividade que atinge os mais pobres” (2013, p. 72), em uma atuação que coaduna com políticas policiais, mas não com medidas de assistência social (AUGUSTO, 2013, p. 74).

Conforme já tratado anteriormente neste trabalho e demonstrado na obra de Vera Malaguti Batista (BATISTA, p. 133, 2003), o chamado sistema socioeducativo brasileiro (e a proteção integral), anos após sua inauguração legislativa em 1990, jamais fora implementado. O que se verifica, ao contrário, é que se trata apenas de uma espécie mais perversa, por sua visibilidade marginal, do próprio sistema penal.

Assim como o Direito Penal tradicional baseia-se em um “princípio da igualdade” (BARATTA, 2011, p. 42) que pressupõe falsamente tanto a igualdade de direitos entre os cidadãos como a igualdade de incidência do direito penal e da pena, a socioeducação, em sua dimensão declaratória de direitos, funda-se na ficção de igualdade de garantias entre crianças e adolescentes e na suposição da abrangência igualitária do sistema socioeducativo em relação aos infratores (SARAIVA, 2002, p. 16).

Todavia, essa igualdade jamais se mostrou real. Ao contrário, encarando o sistema socioeducativo como espécie de sistema penal, é possível perceber que conserva seu caráter seletivo. Ocorre que, se o estatuto da criança e do adolescente tem uma dimensão declaratória (de ficção) também apresenta uma esfera referente a um projeto político a (não) ser implementado.

Bem verdade que a socioeducação, como já tratado, não conserva com o garantismo de Ferrajoli identificação em relação à função atribuída à pena (ou medida socioeducativa). Ao passo que, em Ferrajoli, a pena e o direito penal têm a função essencial de conter a vingança privada, de refrear as reações populares revoltosas e ilimitadas diante do cometimento de crimes (FERRAJOLI, 2014, p. 309), o sistema socioeducativo brasileiro tem ambições declaradamente voltadas à prevenção especial positiva.

Na teoria do garantismo penal a pena serviria ao propósito de impedir um mal maior, de evitar as consequências sociais de eventuais revoltas populares que se voltassem contra infratores, no caso da inércia estatal. Ou seja, há no garantismo penal uma tentativa de inserir uma racionalidade mínima às punições, em substituição a reações exageradas pela sociedade, por meio de limites internos, em referência ao próprio

ordenamento, e externos, quanto à exigência de validade em relação à teoria garantista.

Mas, o garantismo abomina as pretensões teóricas de legitimar o direito penal ao se atribuir à pena uma função de modulação da personalidade do apenado, mediante a inserção de valores invasivos à dimensão individual do sujeito. Para Ferrajoli, essas pretensões educadoras só se identificam com regimes totalitários (FERRAJOLI, 2014, p. 246). Portanto, distancia-se aqui, mais uma vez, garantismo e socioeducação.

Entretanto, há uma aproximação da teoria garantista, enquanto teoria normativa (FERRAJOLI, 2014, p. 786), e a proposição do sistema socioeducativo, na medida em que em ambos se identifica uma lógica interna de contenção do poder punitivo (FRASSETO, 2006, p. 307). E, principalmente, o projeto político inclusivo apresentado pelo estatuto da criança e do adolescente brasileiro em muito assemelha-se com a racionalidade garantista como uma filosofia jurídica que diferencia “validade” e “efetividade” (FERRAJOLI, 2014, p. 786).

Segundo o garantismo de Ferrajoli (FERRAJOLI, 2014, p. 786), enquanto teoria e crítica jurídica, diferencia-se o direito válido ineficaz, teórico e compatível com o sistema, do inválido eficaz, que, embora seja contraditório em relação a direitos e garantias, é praticado. Para o autor, há aí um viés deslegitimante em sua teoria, já que permitiria identificar, e denunciar, momentos de ocorrência de violações ao direito válido.

Ocorre que essa ideia garantista de contrapor o direito válido ao ineficaz ressalta a necessidade de implementação do próprio sistema garantista e permite, assim, uma lógica de perpetuação das tentativas (frustradas). Ou seja, é justamente a não implementação efetiva do garantismo (o direito inválido eficaz) que o sustenta enquanto paradigma (direito válido ineficaz, que habita a esfera ideal).

Também esse efeito se percebe na socioeducação brasileira. Ao se apresentar como um projeto político sustenta-se pelo argumento de sua necessidade, que decorre da sua constante não implementação. É uma lógica de autopreservação.

A tentativa discursiva de salvar o insalvável (garantismo) é parte do empreendimento de manutenção do não direito. Ou seja, o garantismo opera, nesse sentido, em função do “decisionismo” (SPOSATO, 2013, p. 105) (a despeito da possível boa-fé de seus defensores) e a “contradição” (SPOSATO, 2013, p. 105) entre eles – entre garantismo e realidade social – é apenas uma contradição aparente (teórica), que acaba por contribuir à “naturalização” (CARVALHO, 2014, p. 166) de violações de direitos. A negação normativa das profundas desigualdades sociais configura-se como um fator que as sustenta. Ou seja, o discurso garantista (assim como o discurso socioeducativo) exerce, no sentido aqui identificado, o papel de sentinela ou de “guardião” em relação à exceção, à manobra de fuga do direito, já que “custodia o nada sobre o qual a porta se abre” (AGAMBEN, 2010, p. 59).

Por isso, usa-se aqui a expressão “a (não) ser implementado” para tratar do projeto político socioeducativo. Essa representação gráfica refere-se à tendência de violar as próprias proposições ideais discursivas (o que o sistema não é, mas, apenas declaradamente, pretende ser) em um mecanismo de sustentação do que ele é. Eis uma estética que pretende expressar a natureza paradoxal do direito da criança e do adolescente no Brasil enquanto projeto político: um direito a (não) ser implementado.

Portanto, esse discurso igualitário (de uma socioeducação igualitária), seja na dimensão declaratória de direitos ou em um projeto político a (não) ser implementado, acaba por contribuir à própria não efetivação. Mas, não que se trate de um equívoco teórico, espécie de cegueira em relação à realidade social. Não. O que se percebe é a vestimenta de uma máscara. O discurso legitimante não é um equívoco, por ser mentiroso, é, ao contrário, dotado de uma funcionalidade perniciosa precisa que o faz sobreviver.

Aliás, esse caráter pernicioso da (não) implementação está presente, inclusive, na recusa de parcela da doutrina em tratar o sistema socioeducativo como sistema penal, conforme se viu em Rosato, Lépore e Cunha (2011, p. 331), em Bianca Mota de Moraes e Helane Vieira Ramos (2011, p. 1071) e em Cristiane Dupret (2012, p. 216). Despreza-se o que o sistema de fato é (ao menos no que diz respeito à medida de internação) para considera-lo tão somente em seu viés discursivo, declarado,

sustentando uma socioeducação que não existe e negando a ela as garantias de um processo penal (por mais problemático que já seja esse).

Especialmente, entretanto, o caráter pernicioso da (não) implementação manifesta-se naquelas doutrinas que, apesar de reconhecerem o sistema socioeducativo como sistema penal juvenil, traçam a ele uma espécie de meta garantista, mediante a proposição de que se aplique a racionalidade de contensão do poder punitivo. É o caso de Ana Paula Motta Costa, Karina Batista Sposato, Sérgio Salomão Shecaira, Wilson Donizeti Liberati, Mauro Ferrandin. Acontece que o não alcançar dessa meta garantista proposta acaba por perpetuá-la enquanto tal, sustentando o próprio não alcance.

Alexandre Morais da Rosa, por sua vez, é caso à parte. Recusa a identificação entre sistema socioeducativo e sistema penal (2006, p. 277), defendendo o caráter autônomo do direito infanto-juvenil, no intento de superar a contradição presente na tentativa de conciliação entre um direito penal adolescente com pretensões de ressocialização e o garantismo penal, que inadmite a função preventiva especial positiva da pena, bem como por reconhecer as mazelas da “face oculta dos processos de criminalização: seleção e etiquetamento” (2011, p. XLI) do direito penal.

No entanto, essa tampouco é a perspectiva aqui assumida. Primeiro, porque não se entende que, dentro da ótica garantista, a incompatibilidade com um sistema político de pretensões reformadoras da esfera interna dos indivíduos seja restrita a uma teoria penal do garantismo, mas se estenda ao garantismo geral. Segundo, porque essa ótica acaba por sustentar também a lógica de um sistema de direitos a (não) serem implementados.

Ferrajoli, ao propor uma filosofia política extensiva a uma teoria geral do garantismo remete a um regresso à indagação da finalidade do Estado, um “a que se presta?” que incide sob a estrutura estatal e sob a pragmática do direito. É uma perquirição de legitimidade do ordenamento a partir do retorno à base justificativa do direito e do estado, de suas finalidades e pressupostos. Nessa filosofia política, vê o Estado como ente criado pelo homem, cuja racionalidade exige o cumprimento de direitos

fundamentais ao tempo que pressupõe uma “rígida separação entre direito e moral, ou entre validade e justiça [...]” (FERRAJOLI, 2014, p. 812).

Então, a socioeducação não é só incompatível com o sistema garantista se considerado o sistema socioeducativo como sistema penal. Essa incompatibilidade permanece ainda que não se considere a existência de um direito penal juvenil, pois, Ferrajoli inadmite a intervenção estatal reformadora da esfera individual ao tê-la como de âmbito moral, inacessível à intervenção jurídica. E, vale lembrar que o que o autor propõe com essa epistemologia não é só referente ao Direito Penal, mas a uma teoria geral garantista.

Fato que o modelo proposto por Moraes da Rosa, que apresenta o garantismo “como ‘um’ e não ‘o’ caminho possível (2011, p. 209), tem seu inegável valor instrumental para a pragmática forense no âmbito do sistema socioeducativo – em especial para casos individuais, amparados por assistência jurídica – na medida que viabiliza a exigência de fidelidade a princípios e garantias constitucionais, mediante a “revisão das ‘regras do jogo’ processual [...] a partir de uma oxigenação constitucional” (2011, p. 210). Todavia, se há esse valor na tentativa de frear a irracionalidade punitiva, permanece por viabilizar o efeito coletivo de ter o garantismo e o sistema socioeducativo como partes de um projeto político visado declaradamente, mas jamais efetivado em larga escala.

É nesse sentido que se nota, nessas doutrinas, a perpetuação de uma declaração de direitos e um projeto político a (não) ser implementado, que vai contribuir a uma permanência e naturalização de medidas excepcionais como se passa a tratar.

4.4 A CONFIGURAÇÃO DE UM SISTEMA SOCIOEDUCATIVO BRASILEIRO COMO SISTEMA PENAL JUVENIL EM MEDIDA DE ESTADO DE EXCEÇÃO CONTÍNUA

A inserção do termo “estado de exceção” quanto a essa operação escapatória do direito, que o afirma e o nega simultaneamente, recai por diversas vezes na realidade

do direito penal juvenil brasileiro a partir de sua dogmática, como se passa tratar em alguns exemplos que não exaurem a questão, por meio da ideia de uma lei sem lei; da (des)harmonia entre dignidade humana e realidade social; em um projeto político a (não) ser implementado; e do estado subjetivo de exceção.

Primeiramente, ressalta-se o exemplo do fato de o estatuto da criança e do adolescente deixar de adotar expressamente, com a clareza necessária, um determinado sistema processual penal específico. Por não se ter como direito penal juvenil, aponta um “modelo processual confuso” (COSTA, 2005, p. 106), que não se assume como inquisitivo nem como acusatório, ou como coisa alguma.

Evidente que se poderia argumentar que a opção constitucional é pelo sistema acusatório, já que a constituição delimita as funções de acusar e julgar ao atribuí-las a órgãos distintos. Mas, as disposições inquisitórias inseridas em um contexto de negação da existência de um processo penal juvenil, viabilizam a recorrente violação do que seria considerado um sistema acusatório.

É o caso da internação provisória de adolescentes que, verdadeiramente análoga à prisão cautelar – já que implica em privação de liberdade antes de decisão condenatória –, não contém argumentos de cautelaridade legítima, voltada à proteção (interna) do andamento processual (como seria possivelmente a garantia da instrução criminal ou da aplicação da lei). Os pressupostos exigidos para a medida são, ao contrário, todos externos, fundados em argumentos de defesa social, são eles: a exigência da gravidade do ato; de repercussão social; a hipótese pela garantia da ordem pública ou para a segurança do adolescente (art. 174 do Estatuto) (BRASIL, 1990). Portanto, “uma manifestação da concepção inquisitiva de processo” (COSTA, 2005, p. 109).

Além disso, nota-se que a vagueza do art. 185 não aborda o tema da internação decretada de ofício pelo juiz ao dispor apenas que uma vez apresentada a representação por ato infracional “a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, decidindo, desde logo, sobre a decretação ou manutenção” (BRASIL, 1990), sem expressar a necessidade do pleito pelo Ministério Público. Por óbvio que, em um sistema acusatório, seria inadmitida a efetivação de

prisão decretada de ofício. Mas, em um sistema que não se considera processual penal (nem inquisitivo, nem acusatório), torna-se viável.

Embora o tema (da internação provisória de adolescentes) seja tratado em seus pormenores mais afrente, devido a sua relevância, ressalta-se aqui essa vagueza semântica legislativa, seja na ausência da vedação de internação provisória de ofício, seja nos termos imprecisos que a justificam (como a ambígua hipótese da “ordem pública”). Apesar de haver uma possível solução no ordenamento brasileiro para a questão (a partir da referência constitucional), eis aí uma “lacuna” no sentido empregado por Agamben, que não é uma deficiência legislativa, mas um escape ao direito, uma suspensão dele. “A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade” (AGAMBEN, 2004, p. 48). É parte do fenômeno da “lei sem lei” (2004, p. 61) do estado de exceção.

Para se referir aqui a essa “lei sem lei” do estado de exceção no contexto do chamado sistema socioeducativo, traçando um paralelo com a forjada expressão doutrinária dos “jovens em conflito com a lei” (SPOSATO, 2013, p. 234), pode-se falar em uma lei em confronto com a lei, em uma estética apropriada ao paradigma do estado de exceção, para se aludir à violação do direito por algo que é pretensamente jurídico, mas não é jurídico, é lacunoso.

Outro exemplo é a ausência de exigência expressa de defensor presente para acompanhar adolescente em audiência que o apresente ao Ministério Público (COSTA, 2005, p. 110). Em face da previsão constitucional da ampla defesa e do contraditório, previstos também no próprio estatuto, em seu art. 111, III (BRASIL, 1990), não seria possível a oitiva sem advogado constituído. Todavia, a omissão em um sistema que não se considera a si como processual penal, é mais uma vez sintomático da exceção, ou seja, dessa manobra de viabilizar a fuga do direito.

Além disso, veja-se mais um exemplo de aplicação da lógica inquisitiva na medida de advertência como a previsão de uma pena (antecipada), embora o estatuto prefira a nomenclatura “medida” (art. 112, I, lei 8.068/1990), que, segundo a própria lei, é possível de ser aplicada meramente em razão de prova de materialidade e indícios de

autoria (sem que haja prova de autoria) (art. 114, parágrafo único), em uma inversão da presunção da inocência e antecipação do juízo penal.

Mais uma vez, os pobres, pretos ou quase pretos, moradores de favelas e periferias, são vistos como suspeitos e virtuais infratores a serem enviados para instituições austeras ou controladas pelos programas de medidas socioeducativas em meio aberto. Mais que isso, agora, investe-se em controla-los para antecipar a prática do ato infracional e para defende-los de quem a lei determina que deva lhe dar proteção integral. (AUGUSTO, 2013, p. 76)

Mais grave talvez seja a total carência de previsão de eventuais condições que motivem o não recebimento da representação do Ministério Público em função de suposto ato infracional (COSTA, 2005, p. 112). O estatuto não considera aqui as condições da ação penal (dentre elas a justa causa) como imprescindíveis para o exercício da acusação no âmbito juvenil. Em verdade, dispõe, por ocasião do art. 182, § 2º, lei 8.068/1990 (BRASIL, 1990), que a representação acusatória não necessariamente acompanha-se de provas de autoria e de materialidade.

Todos esses exemplos constituem omissões e informalidades que, por partirem do pressuposto de que a medida socioeducativa consiste em um benefício para o adolescente, acabam por viabilizar um processo (penal) absolutamente desregrado, em que vige o arbítrio, em nome de um etéreo e suposto “bem” (COSTA, 2005, p. 114) que esconde o sistema penal juvenil como tal. Nesse contexto, de uma proteção integral apenas discursiva, é que se nota uma (des)harmonia entre dignidade humana e realidade marginal (AUGUSTO, 2013, p. 74). Há desarmonia na medida em que os direitos e garantias fundamentais de setores marginalizados da população deixam de ser efetivados, mas, há, em certo sentido, harmonia, já que essa marginalização é sustentada e legitimada pela própria garantia discursiva de direitos não efetivos.

Ora, até mesmo o estudo governamental do mapa do encarceramento da juventude – promovido pela Secretaria Geral da Presidência da República e pela Secretaria Nacional de Juventude – reconhece o caráter penal do chamado “sistema socioeducativo” ao dispor que “na prática, o que se revela são instituições corretoras com ideologias e práticas muito semelhantes às das unidades penitenciárias de adultos” (BRASIL, 2015, p. 14). Mas, a insistente negação do status de direito penal a essa instância punitiva a renegou a um maior grau de invisibilidade. Tanto que a

referida pesquisa (mapa do encarceramento da juventude) admite não ter tido condições de aferir o grau de seletividade segundo os critérios de raça, cor e idade no sistema penal juvenil, ao contrário do que fez em relação ao adulto, por carência de dados disponíveis, ou seja, por falta de visibilidade. É a marginalização de invisíveis dentre os invisíveis, renegados ao esquecimento.

Mas, o referido estudo foi suficiente para concluir no plano empírico que a medida de internação (encarceramento) é a mais aplicada no Brasil (mediante o índice de 67 adolescentes internados a cada 100 mil habitantes no ano de 2012) dentre as chamadas socioeducativas, seguida pela internação provisória (24 adolescentes a cada 100 mil habitantes) (BRASIL, 2015, p. 78), o que por si só já contraria a disposição legislativa de ter a internação com última razão a ser recorrida – disposição presente no art. 122, §2º, lei 8.069/1990 – e ressalta a adoção do paradigma da exceção permanente.

Além disso, destaca o fato de que, dentre os casos de aplicação de medida privativa de liberdade, somente 11% corresponde ao suposto cometimento de atos infracionais graves, como os análogos aos crimes de homicídio e latrocínio. Os atos equiparados a roubo somam 39%; os referentes a tráfico ilícito de entorpecentes 27%; e homicídios apenas 9%, no ano de 2012 (BRASIL, 2015, p. 83). Ou seja, contraria-se também a figura do menor psicopata a ser contido a qualquer custo, que aparece muito mais como fruto do imaginário punitivo.

Esse quadro abstraído de uma empiria latente quanto ao chamado sistema socioeducativo atesta a existência de um estado de exceção contínuo, por meio do qual a exceção disfuncional dos adolescentes submetidos a um sistema penal de fato torna-se regra funcional de um sistema de manutenção de desigualdades em que socioeducação inexistente (ao menos em relação a suas finalidades declaradas, de prevenção e repressão de infrações). Esse estado permanente de exceção, como paradigma de governo, acaba por testemunhar em favor da tese de Benjamin, em que o progresso não insurge como uma norma histórica, mas um argumento fascista para tocar a história segundo seus preceitos (BENJAMIN, 1940), mediante a violência do poder constituído que se conserva a si (AGAMBEN, 2010).

No choque constante entre a declaração de direitos em uma doutrina da proteção integral e a realidade jurídico penal a ela contraposta e viabilizada por mecanismos de exceção por meio de vagueza e de imprecisão (lacuna) legislativa, tem-se mais do que a adoção do paradigma do estado de exceção. Tem-se uma espécie de estado de exceção subjetivo, como se tem aqui chamado, esse fenômeno no qual o status de sujeito é simultaneamente afirmado e negado ao adolescente criminalizado. Para se aprofundar na questão, tomar-se-á como exemplo mais emblemático o caso das internações provisórias, a ser tratado em seguida.

4.4.1 A internação provisória do adolescente apreendido em flagrante como técnica de manutenção da subcidadania por meio do estado de exceção

A internação provisória do adolescente apreendido em flagrante por suposta prática de ato infracional tem sua previsão expressa no artigo 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente como espécie de “prisão preventiva” do menor infrator flagrado, em tese, na prática de ato infracional. Segundo o art. 174, do Estatuto da Criança e do Adolescente, tal internação é possível “quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública” (BRASIL, 1990) no prazo máximo de quarenta e cinco dias.

Pela letra da lei, são hipóteses de internação provisória: os casos cuja gravidade da conduta, em tese, é alta; e os que repercutirem socialmente. Isso, quando presentes outros dois requisitos, quais sejam: a exigência de haver risco à segurança do menor; ou à “ordem pública”.

Todavia, essa previsão é de constitucionalidade absolutamente questionável, em face do princípio da presunção da inocência. Pois, a primeira hipótese (“gravidade do ato”) somente pode ser de fato aferida posteriormente ao processo, assegurado o devido processo legal (art. 110, do Estatuto da Criança e do Adolescente), que serve à essa apuração. Já a segunda (“repercussão social”), é essencialmente externa ao

processo, varia mais em função da divulgação midiática do que serve aos procedimentos investigativos e probatórios.

Ou seja, ambos os casos de internação pressupõem um juízo afirmativo (ainda que especulativo) sobre a culpabilidade do imputado antes que seja definitivamente julgado, em clara inversão da presunção de inocência. Não há aqui (seja na internação provisória por gravidade da conduta ou por repercussão social) qualquer caráter cautelar, interno, de proteção à idoneidade do andamento processual.

O que há é uma “aplicação antecipada da pena” (MORAIS DA ROSA, 2013, p. 139) de caráter instrumental, mas não instrumental ao processo. Configura-se um instrumento notoriamente discursivo de resposta para atender a demandas por punição (seja devido à gravidade ou repercussão do caso), mas nunca uma cautelar legítima que busque nada mais que “garantir o normal desenvolvimento do processo” (LOPES JR, 2014, p. 804).

Bem verdade que os autores referem-se em suas afirmativas especificamente à prisão preventiva do processo penal (e não à internação provisória de adolescente por suposto ato infracional), mas o princípio da presunção da inocência que concede fundamento a seu raciocínio aplica-se a qualquer pessoa – adulto ou não – por força constitucional (art. 5º, LVII).

E se aqui é usada a expressão “internação provisória” como análoga à “prisão preventiva” do processo penal, é porque não há diferenças substanciais entre sistema punitivo adulto e sistema punitivo juvenil (chamado “socioeducativo”), conforme já tratado (ao menos em relação à medida de internação).

O ponto é que se resgata aqui a instrumentalização do imputado (operação de reificação), que se desloca da posição de sujeito de direitos para ser utilizado como meio de se obter credibilidade perante a opinião pública. Ele é transferido da posição de “jogador”, no “jogo processual” (MORAIS DA ROSA, 2013, p. 23), e volta a ser tão somente objeto de acusação, como no sistema inquisitivo, em fenômeno correspondente à chamada “reificação” (CARVALHO, 2014, p. 167).

Mas, além das citadas hipóteses de aplicação da medida de internação provisória, a lei prevê como requisito a exigência de estar presente a finalidade de garantir a

segurança do imputado ou a ordem pública (art. 174 do estatuto infanto-juvenil). Todavia, tampouco tais requisitos coadunam-se com uma legítima cautelaridade.

A segurança do imputado é fator que deve ser assegurado pelo Estado (pela segurança pública), sem que para isso se sacrifique seu direito fundamental de liberdade (LOPES JR, 2014, p. 875). E a expressão “ordem pública” conserva a instrumentalidade externa, já comentada, acrescida aqui do mais alto grau de generalização.

Expressão essa que Moraes da Rosa associa à ideologia da defesa social, que se utiliza “de termos claramente ‘vagos’ e ‘ambíguos’ para acomodar matreiramente em seu universo semântico qualquer um, articulando-se singelos requisitos retóricos [...]” (2013, p. 130).

Mas, essa “necessidade” genericamente apontada (pelo termo “ordem pública”) não parece ser casual. Em verdade, é justamente esse ponto que viabiliza medidas excepcionais e, devido ao grau de abstração do termo normativo, arbitrárias, pode-se dizer.

Ora, Agamben identificara no regime fascista italiano de 1926 a possibilidade de se excepcionar o direito (por meio de um ato com força de lei), quando “‘nos casos extraordinários de necessidade e de urgência’, o governo poderia adotar ‘medidas provisórias com força de lei’” (AGAMBEN, 2004, p. 32). Veja-se que a expressão genérica “necessidade” é a mesma encontrada no parágrafo único do art. 108, do Estatuto da Criança e do Adolescente, como condicionante da internação provisória de adolescente.

E essas necessidades selecionadas como medidas excepcionais consistem em não mais do que pretextos para violação do direito: “são falsas todas aquelas doutrinas que tentam vincular diretamente o estado de exceção ao direito, o que se dá com a teoria da necessidade como fonte jurídica originária [...]” (AGAMBEN, 2004, p. 78).

Recorda-se que a exceção, tal como estudada por Agamben, não se situa no direito. Logo, suas pretensas justificativas internas ao ordenamento são traiçoeiras. “O estado de necessidade não é um ‘estado de direito’, mas um espaço sem direito ([...] anomia que resulta da suspensão do direito)” (AGAMBEN, 2004, p. 79).

Necessidade aqui associa-se também a outro conceito genérico: o de “urgência”. Segundo Alexandre Moraes da Rosa, comumente levantado como “subterfúgio para o exercício da força, [...] descumprimento do dever de acatar as diretrizes políticas assumidas pelo Estado” (2013, p. 126).

Portanto, identifica-se na cláusula da “necessidade” (e “urgência”) e na previsão de “ordem pública” do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos casos de internação provisória de menor infrator, exatamente o conceito de estado de exceção. Há uma cláusula genérica, viabilizadora de arbitrariedades, que permite a (des)aplicação do direito.

Ou seja, viola-se o princípio constitucional da presunção da inocência e aplica-se medida falsamente cautelar de restrição à liberdade, em verdadeira fuga do direito. Tudo, em nome da lógica da eficiência e do discurso do resultado (MORAIS DA ROSA, 2013, p. 125) em um verdadeiro “processo penal de exceção” (MORAIS DA ROSA, 2013, p. 4), ainda que no sistema chamado socioeducativo.

Se o discurso “socioeducativo” é permeado de considerações principiológicas e a respeito da conservação dos direitos fundamentais do adolescente infrator (DUPRET, 2011, p. 39), essas aparecem somente como “fictio” (AGAMBEN, 2004, p. 61), uma verdadeira ficção, ao se analisarem as colocações já expostas por Vera Malaguti Batista (2003, p. 57) sobre a real pragmática seletiva, estigmatizante e exterminatória, típicas do sistema punitivo juvenil.

Por fim, dessa evidente contrariedade entre ideal normativo discursivo e prática violatória correspondente (ainda que essa ocorra judicialmente por meio de aplicação normativa) percebe-se justamente a lógica do estado de exceção na internação provisória de adolescentes. Em detrimento do direito aplica-se uma fuga do direito, uma “lei sem lei” (AGAMBEN, 2004, p. 61). É o estado de exceção, que, conforme demonstrara Fabres de Carvalho, insere-se no Brasil como mais um instrumento contínuo de “construção social da subcidadania” (2014, p. 167).

4.5 ESTADO DE EXCEÇÃO SUBJETIVO: O ADOLESCENTE MARGINALIZADO COMO HOMO SACER

No presente trabalho tem-se aplicado o conceito de estado subjetivo de exceção como próprio do cidadão cuja cidadania é negada por meio de medidas de estado de exceção. Mas, a respeito também do âmbito subjetivo, aprofundar-se-á na categoria do *homo sacer*, resgatada pela base teórica de Giorgio Agamben, a ser aplicada aqui ao contexto do sistema penal juvenil brasileiro.

Agamben resgata do direito romano a figura histórica do *homo sacer* para aplicá-lo ao direito contemporâneo em uma referência ao indivíduo cujo assassinato não configura crime, embora a ele não pudesse ser imposta e executada legalmente a pena capital. O instituto, “enquanto sanciona a sacralidade de uma pessoa, autoriza (ou, mais precisamente, torna impunível) sua morte” (AGAMBEN, 2010, p. 74). A reconhecida sacralidade da vida fundamentava aí a não intervenção estatal (nem para punir, nem para proteger), mas o autor busca comprovação da tese que tem esse conceito para além de uma justificativa teológica, para esclarecer “uma estrutura política originária” (AGAMBEN, 2010, p. 76), que se situa em uma zona anterior e que não distingue o sagrado e o profano, o direito e a religião.

Na explicação de Castro, ele (Agamben) retoma a concepção de vida nua de Benjamin em um conceito que conecta a violência e o direito:

A vida do *homo sacer*, a vida nua, é a vida da qual se pode dispor sem necessidade de celebrar sacrifícios e sem cometer homicídio. [...] insacrificável, porém exposto à morte [...] uma dupla exceção que a exclui, incluindo-a, tanto do direito divino, e por isso não pode ser objeto de sacrifício, como o direito dos homens, e por isso se pode dispor dela sem cometer homicídio. Não é a ambiguidade do sagrado o que a explica, mas seu isomorfismo com a relação de exclusão inclusiva do dispositivo soberano. (2016, p. 64 - 65).

Para Carvalho, o *homo sacer* é identificado pela ideia de que o indivíduo concede, no momento que ingressa na vida política, ao soberano uma posição de senhor sobre

sua vida (e morte) e assume, assim, uma sujeição completa e, mais do que isso, um status de inutilidade, desprovido de significado, já que nem sua vida, nem sua morte é proveitosa (apenas a sua sujeição o é). E o soberano assume por meio dele uma condição desmedida de supremacia, a partir da possibilidade de promover sua morte, sem que cometa homicídio (CARVALHO, 2014, p. 74 - 75).

Ou seja, a sacralidade da vida assume aí um caráter político estruturante fundador (CASTRO, 2016, p. 65) consubstanciado na soberania como “relação política originária” (AGAMBEN, 2010, p. 176), a qual Agamben chama de “bando (o estado de exceção como zona de indistinção entre externo e interno, exclusão e inclusão)” (2010, p. 176). Essa operação de banimento trata-se de uma exclusão, na medida que promove uma escapatória à normatividade, mas uma exclusão inclusiva, já que mantém sua relação com o Direito (CASTRO, 2016, p. 60).

O autor não deixa de notar a ambivalência do termo (“banir”), que mescla os conceitos de “dedicar” e “afastar”, compõe-se do “puro” e do “impuro”, que causam temor e horror, referente ao santificado e ao profano (2010, p. 78 – 79). Todavia, vai além do âmbito religioso e do psicanalítico para adentrar e apresentar “a dimensão jurídico-política originária que se expõe no *homo sacer*” (AGAMBEN, 2010, p. 82).

A violência que se viabiliza praticar com a promoção de morte sem que seja essa morte passível de sanção gera um espaço do agir identificado como a decisão soberana, a suspender o direito sob a justificativa da exceção (AGAMBEN, 2010, p. 84), que não é tomada apenas por sua conotação de ambivalência teológica (do sagrado e do profano), mas por uma “formulação política original da imposição do vínculo soberano” (AGAMBEN, 2010, p. 86) em uma filosofia política, conforme já tratado.

A figura do *homo sacer* é, então, identificada como exatamente o “elemento político originário” (AGAMBEN, 2010, p. 112). Entretanto, não apenas isso. Agamben toma por base o conceito de Foucault de biopolítica para apontar que a vida sacra evoluiu da formulação fundante original para que houvesse, em tempos contemporâneos, a apropriação de corpos pelo soberano. Trata-se de um processo de “politização da vida” que simultaneamente promove a mortificação política, ou seja, ao tempo que

toma o indivíduo para si, em promoção da soberania estatal, renega-o à insignificância, por usurpar sua voz (2010, p. 116 – 117), tendo-o como descartável. A vida do cidadão é transformada, assim, em “vida nua em seu anonimato” (2010, p. 121), a morte do insacrificável lhe faz um “morto vivente” (2010, p. 128). E o estado de exceção, a partir da decisão soberana sob a estrutura originária do *homo sacer*, “é o dispositivo por meio do qual o poder soberano captura a vida” (CASTRO, 2016, p. 75), ou seja, exerce a biopolítica, a administração de seus subjugados.

Na sua forma extrema, aliás, o corpo biopolítico do Ocidente (esta última encarnação da vida do *homo sacer*) se apresenta como um limiar de absoluta indistinção entre direito e fato, norma e vida biológica. [...] cidade e casa tornam-se indiscerníveis, e a possibilidade de distinguir entre o que é incomunicável e mudo e o que é comunicável e dizível nos foi tolhida de uma vez por todas. E nós não somos apenas, nas palavras de Foucault, animais em cuja política está em questão suas vidas de seres viventes, mas também, inversamente, cidadãos em cujo corpo natural está em questão a sua própria política. (AGAMBEN, 2010, p. 182).

Portanto, nota-se a vida tornada nua em um paradoxo, que a conduz a sua concepção biológica (de mera existência) mas lhe priva de significado político, em uma existência que é ainda não existência (CASTRO, 2016, p. 58). Esse conceito insere-se também no espaço do paradigma de governabilidade do estado de exceção mediante a paradoxal afirmação que é também negação da cidadania.

Importada essa ideia para o contexto do Brasil, Carvalho ressalta exatamente esse processo de apropriação e renegação da vida nua em sociedades de avanço econômico tardio e democracia simulada, como a brasileira, em que o soberano é dotado de um poder ilimitado capaz de promover a manutenção de um exército de cidadãos descartáveis, cuja cidadania é sistematicamente negada e a mera existência é afastada para uma zona marginal. Cita como exemplo episódios de massacres como os do Carandiru, da Candelária, do Vigário Geral, além do próprio sistema penal, historicamente genocida em suas diversas agências, para caracterizar esse “Terrorismo de Estado” (2014, p. 82), que se aproveita de “fontes imaginárias da dignidade humana” (2014, p. 84) aliada à figura do *homo sacer* para manter um poder ilimitado de atuação e de mortificação impunível da vida marginal.

Surge, pois, no contexto brasileiro, o “*homo sacer da baixada*” em um direito penal do inimigo que prescinde de um direito penal do cidadão para assumir sem disfarces o

fetichismo da matabilidade da vida marginalizada. Direitos e garantias fundamentais são em definitivo abandonados para apenas sustentar, por meio de sua dimensão teórica, a exceção permanente. (CARVALHO, 2007, p. 9 - 10).

O cidadão contemporâneo, cuja cidadania é negada, encontra seu arquétipo no *homo sacer*, embora consagrado por direitos declarados em um Estado de Constituição fictícia, descartável por meio de argumentos fascistas de necessidade e urgência em prol de uma suposta e intangível segurança coletiva, que se reverte tão somente no endosso do poder soberano (CARVALHO, 2007, p. 13).

As demandas por segurança, apoiadas em uma economia capitalista que forja e alimenta mercados por necessidade criada em incentivo ao consumo ilimitado, levam à reafirmação do paradigma de governabilidade fundado no contínuo estado de exceção, de traços imperiais, justificado pelo imperativo de emergência permanente e inafastável (CARVALHO, 2007, p. 16) em favor da ação policial (e penal, em suas mais diversas instâncias) como instrumento básico de exercício do poder (CARVALHO, 2007, p. 32). Há aí uma “barbárie civilizada” (CARVALHO, 2007, p. 21), expressão usada aqui para se assumir a estética paradoxal própria do estado de exceção, da lei sem lei que, no Brasil, assume caráter “racista, excludente e dizimador” (CARVALHO, 2007, p. 31).

Escancaram-se as portas para a confecção da ‘barbárie civilizada’, pois a indigência improdutiva conduz à indiferença moral e à invisibilidade corporal. No horizonte de um mundo sem contornos éticos precisos, o sujeito se dilui e se coisifica e a dignidade humana reduz-se a um ideal metafísico distante e órfão de sentido e conteúdo. No momento em que se afirma e se justifica o caráter residual de amplos segmentos da população, ou mesmo de geografias humanas inteiras, torna-se possível proceder-se a seu sacrifício indiscriminado em face da perda de seu valor de uso (CARVALHO, 2007, p. 21).

Já no âmbito da socioeducação brasileira (ou do sistema penal juvenil de fato, como se tem aqui tratado) é possível pensar na figura de um *homo sacer* juvenil, o adolescente criminalizado e descartável, como assevera Alexandre Morais da Rosa (ROSA, 2006, p. 298) (embora esse autor não compartilhe da ideia de existência de um direito penal juvenil e pretenda aplicar pressupostos garantistas ao direito da criança e do adolescente, que não é a pretensão deste trabalho). Isso, por conta da

constante fuga do direito que se vislumbra em relação às garantias infracionais e processuais no contexto das medidas chamadas “socioeducativas”.

A medida socioeducativa, excluída que se encontra das garantias infracionais – porque ninguém sabe objetivamente *ex ante* seu conteúdo – é mais uma das faces da vida nua de que fala Agamben. O Direito de Exceção, em nome do bem dos adolescentes, suspende as garantias processuais, previstas na Constituição da República e nos Tratados de Direitos Humanos, por entender que elas são um entrave à redenção moral do adolescente [...] (ROSA, 2006, p. 299).

Mas, a pertinência semântica do termo *homo sacer* aqui (ou do *homo sacer* juvenil) vai muito além da extensão de mera analogia. Percebe-se, no âmbito das medidas chamadas socioeducativas a mesma ambivalência da sacralidade ressaltada por Agamben em relação ao *homo sacer*. Mesclam-se no adolescente infrator (ou melhor, criminalizado) as rotulações paradoxais da inocência e da perversão, do menor psicopata e do jovem, futuro da nação. Às medidas cabíveis a ele resta a tarefa não menos paradoxal de punir e ensinar, em uma pedagogia “cínica e charlatã” (ROSA, 2006, p. 300) que assume também conotações religiosas na pretensão de, como um ritual de exorcismo, sacralizar o adolescente, mantendo-o em uma zona de marginalização e invisibilidade social e política.

Exatamente essa ambivalência que se nota, por exemplo, na doutrina de Garrido de Paula ao defender que “a criminalidade infanto-juvenil brota, na maior parte das vezes, da ausência do Estado Social, ao mesmo tempo em que atenta gravemente contra a cidadania” (2006, p. 27) e ao falar em um “desvalor social inerente ao crime” (2006, p. 30). O autor aceita, assim, a criminalidade como ontológica e detentora de um mal inerente a ela, ignorando que provém, na verdade, de processos (políticos) de criminalização (NICODEMOS, 2006, p. 61). E mais, ao passo que reconhece a inocência juvenil, desviando sua responsabilidade para as carências sociais, também imputa ao adolescente criminalizado o status de agente atuante contra toda a coletividade (apesar do caráter individual de sua conduta) e contra a cidadania. Eis aí a ambivalência da sacralidade, da inocência e da perversão, do *homo sacer*.

A vagueza proposital (e perversa) da legislação pertinente, sua consideração como um direito especializado (excepcional), a pressuposição antidemocrática de que a finalidade máxima do suposto interesse do menor justifica qualquer medida são meios

já identificados nesta pesquisa como típicos da manobra de fuga do direito que se caracteriza como estado de exceção. E, também aqui, como elemento político originário, vislumbra-se a figura do *homo sacer*, no adolescente que a lei consagra e renega, simultaneamente declara seus variados direitos e garantias fundamentais, mas, viabiliza, por meio da exceção, e em nome da sacralidade, a violação dessas mesmas garantias. O adolescente criminalizado torna-se o ser humano cuja humanidade é negada, tomado pela política e rejeitado por ela, já que essa o cala, usurpa de voz e de visibilidade, restando-lhe tão somente a existência nua (inexistência), “a indignidade da vida e da morte” (D’ÉLIA FILHO, 2015, p. 194).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internação de adolescente por ato infracional tal qual prevista pelo estatuto da criança e do adolescente no Brasil coaduna-se com o estado democrático de direito ou constitui prisão de fato, aplicada em medida de estado de exceção? Foi o problema objeto da presente pesquisa.

Três hipóteses aqui foram conjecturadas, três teses levantadas: primeira, que o sistema socioeducativo não se insere em um contexto garantista e o garantismo de Ferrajoli sequer é efetivamente visado no Brasil; segundo, que a medida de internação socioeducativa configura uma espécie oculta do sistema penal; e, terceiro, que essa consiste, não em uma medida de direito, mas em um não direito, uma medida de estado de exceção.

A despeito de uma corrente dogmática que atribui feições garantistas ao direito da criança e do adolescente brasileiro e de outra, não menos tradicional, que, estabelece o garantismo como meta visada pelo sistema, procurou-se averiguar tanto a compatibilidade teórica (ou incompatibilidade) como a existência (ou inexistência) de conciliação entre a teoria garantista e as medidas socioeducativas, em especial, a de internação.

Ferrajoli atribui a seu garantismo penal três acepções distintas e complementares ao apontá-lo como um modelo normativo; uma filosofia jurídica; e como uma teoria política. Nesses três sentidos, a teoria garantista firma-se mediante uma racionalidade de contenção do poder punitivo, mas também impõe diferenciação entre as esferas jurídica e moral, inclusive, ao recusar as interferências estatais na dimensão interna, individual, dos cidadãos. Especificamente em relação à pena, o garantismo atribui função de prevenção geral, de evitar o cometimento de crimes, mas, principalmente, de conter reações populares desproporcionais aos delitos cometidos. Pune-se, nos ditames garantistas, para evitar punição desmedida e desregrada, a ser executada pela própria sociedade.

Essa orientação garantista e a teoria em si, em sua racionalidade peculiar, mostra-se diametralmente oposta em relação às ambições moralistas reformadoras da proposta socioeducativa no Brasil. Pois, a ideia de ressocialização por meio das chamadas

medidas socioeducativas tem como objetivo central declarado incutir fundamentos morais na pessoa do adolescente a quem é aplicada. Ou seja, consiste em uma interferência estatal na esfera interna do indivíduo e, essencialmente, localiza-se no âmbito moral, em uma interseção com o jurídico. Ora, essa confusão entre as dimensões da moral e do direito é justamente o que a teoria garantista de Ferrajoli intenta evitar, como típica medida de regimes totalitários. Logo, tanto o vislumbre garantista que algumas correntes doutrinárias atribuem à socioeducação como a meta garantista que outras estabelecem são falsas, incompatíveis e até contrários ao garantismo de Ferrajoli.

Mas, não que esse programa político (meta garantista) caracterize-se como uma utopia tão somente ou como um exercício de imaginação, uma divagação, sem qualquer coerência entre teoria e prática. Percebe-se aí, como no próprio garantismo, ao contrário, uma faceta sofisticada e perversa, não declarada, de perpetuação do não alcance dos direitos e garantias fundamentais declaradamente visados. É justamente a adoção discursiva dessa meta garantista que permite o recorrente descumprimento pragmático das garantias sustentadas em teoria. E, simultaneamente, é a existência dessas garantias individuais no plano teórico que viabiliza sua insistente negação na prática social. A esse fenômeno chamou-se aqui de um projeto político a (não) ser implementado.

Esse projeto político a (não) ser implementado acaba por omitir e contribuir à continuidade de uma realidade social muito distinta da qual afirma, conforme demonstrado pela criminologia crítica. O que se nota é que a internação no contexto da chamada socioeducação brasileira configura, em verdade, mais uma espécie ou agência do sistema punitivo, já que identicamente comporta suas características de privação de liberdade seletiva em um mecanismo de exclusão social e punição da pobreza, tal qual o sistema penal adulto. Ou seja, medida socioeducativa de internação é eufemismo para pena.

Mas, a insistente negação da essência penal do sistema socioeducativo reitera a invisibilidade social dos adolescentes criminalizados e a conduz a nível ainda superior ao sistema punitivo adulto. Como se viu no decorrer do trabalho, o estudo governamental do mapa do encarceramento da juventude – promovido pela Secretaria Geral da Presidência da República e pela Secretaria Nacional de Juventude –

reconhece não ter tido condições de aferir as especificidades do sistema penal juvenil, ao contrário do que fez em relação ao adulto (BRASIL, 2015, p. 14), por carência de dados, ou seja, por falta de visibilidade. É a marginalização de invisíveis dentre os invisíveis, renegados ao esquecimento, sem que tenham sequer a condição de apenados reconhecida.

O referido estudo, todavia, foi suficiente para mostrar no plano empírico que a medida de internação (prisão de adolescentes) é a mais aplicada no Brasil dentre as chamadas socioeducativas, seguida pela internação provisória (BRASIL, 2015, p. 78), o que contraria a disposição legislativa de ter a internação como último recurso. Além disso, dentre os casos de aplicação de medida privativa de liberdade, somente 11% corresponde ao suposto cometimento de atos infracionais graves; os referentes a tráfico ilícito de entorpecentes somam 27%; e homicídios apenas 9% (BRASIL, 2015, p. 83).

A empiria confirma, pois, a existência de verdadeiro sistema penal juvenil, que não corresponde a uma escola socializadora voltada a reconstruir o futuro da nação, mas a uma instância de manutenção de desigualdades; e nem recai, via de regra, contra a figura imaginária do menor psicopata, mas pune uma clientela em geral formada por adolescentes pobres marginalizados, em um mecanismo de manutenção da miséria típico do sistema punitivo, em especial, no contexto marginal latino-americano.

A esse descompasso chamou-se aqui de uma (des)harmonia entre dignidade humana e realidade social. A relação é harmônica na medida em que a afirmação de garantias é necessária à legitimidade em um Estado que se diz democrático de direito. Mas, é também uma relação desarmônica já que os direitos afirmados em teoria são negados pelo pragmática do contexto social. Ou seja, a ação violatória de garantias individuais é, nesse sentido, parasita dos direitos humanos, porque neles busca legitimidade, apesar de os contrariar constantemente.

Esses mecanismos – aqui analisados sob a estética peculiar de um programa político a (não) ser implementado e de uma (des)harmonia entre dignidade humana e realidade social – não foram identificados como acidentais, mas como componentes de um paradigma de governabilidade, o do estado de exceção, nos moldes do estudo de Agamben. Nota-se aí o fenômeno da “lei sem lei” (AGAMBEN, 2004, p. 61), da

fuga do direito. A exceção não é jurídica, mas depende do jurídico para escapar a ele rumo a um não direito.

No contexto de adoção desse paradigma – do estado de exceção – cita-se o caso, por exemplo, das internações provisórias de adolescentes, verdadeiras prisões preventivas aplicadas no âmbito do sistema penal juvenil, chamado socioeducativo. Essas que, por força de lei, seriam medidas cautelares excepcionais, convertem-se em penas antecipadas, mediante argumentos de defesa social, necessidade e excepcionalidade constante, fugindo ao próprio direito. Há uma manobra de suspensão da ordem normativa, que não importa em sua abolição total, já que dela pretende sobreviver, mas em uma situação de anomia, que não é anomia em relação ao direito, já que mantém sua relação com ele, mas em relação aos fatos. Abre-se uma fenda para arbitrariedades. Eis o estado de exceção.

Esse estado de exceção, no contexto do sistema penal juvenil brasileiro, foi analisado para além de um paradigma de governo, como um meio de usurpação de cidadania, em uma espécie de estado subjetivo de exceção. O adolescente criminalizado tem seus direitos simultaneamente afirmados pela norma, no plano teórico, e reiteradamente violados no plano fático, por argumentos de necessidade e urgência em medidas de exceção permanente. Traçado um paralelo com a forjada expressão doutrinária dos “jovens em conflito com a lei” (SPOSATO, 2013, p. 234), pode-se falar em uma lei em confronto com a lei, no âmbito do sistema chamado socioeducativo, para se aludir à violação do direito por algo que é pretensamente jurídico, mas não é jurídico.

Esse estado subjetivo de exceção – que constitui uma subcidadania, do cidadão que é, em verdade, um não cidadão – veio a ser, todavia, amplamente naturalizado no Brasil. É o que se nota a partir das decorrências históricas em um estado de industrialização tardia, que recebeu o pensamento liberal das sociedades centrais adaptado no Brasil a suas heranças históricas exploratórias, sem representar um novo paradigma de condução do estado, mas um vetor legitimante da perpétua condução desigual que já lhe era imposta.

A matriz ibérica do estado brasileiro tem em si o modelo constitutivo penal, contendo a concepção de formação de uma sociedade verticalizada, apta a sustentar a riqueza alheia mediante regime autoritário de exploração. Essa lógica da submissão e do controle, próprios da exploração colonial, é que permanece presente na legitimação e na naturalização das desigualdades sociais no Brasil, a refletir na reprodução e no endosso dos mecanismos de controle penal de setores populacionais marginalizados de subcidadãos.

Vê-se, pois, nos adolescentes criminalizados, dotados dessa subcidadania e de total invisibilidade social, porque desprovidos de voz e de cidadania real, a figura do *homo sacer*, em uma referência resgatada por Agamben do direito romano, ao indivíduo cujo assassinato não configura crime. São pessoas cuja vida se pode dispor. Esse é tido aqui como o elemento político originário, porque resume a sujeição política ao soberano, que assume uma posição desmedida de supremacia e passa a ser senhor sobre vida e morte de seus submissos. Mas, além disso, identifica-se também como uma medida de governabilidade, de administração e de disposição dos indivíduos que, aproveitados de sua significação política, a perdem, na transição para uma vida nua, sem significado político, sem representação, sem voz. Uma existência (biológica) que é renegada à não existência (política).

O cidadão contemporâneo, cuja cidadania é afirmada em teoria e negada na facticidade, encontra seu arquétipo, pois, na figura do *homo sacer*. Embora tenha por consagrados direitos e garantias fundamentais, são essas violáveis, e o indivíduo torna-se descartável por meio de argumentos de necessidade e urgência, que se reverte no endosso do poder soberano. No âmbito da socioeducação brasileira (sistema penal juvenil de fato), o adolescente criminalizado é também esse ser descartável, o *homo sacer* juvenil.

Por fim, o presente trabalho identificou, pois, três mentiras fundamentais: primeiro, que a internação de adolescentes em decorrência de ato infracional identifica-se com a teoria garantista ou é conciliável com uma meta garantista; segundo, que a medida de internação chamada socioeducativa não integra o sistema penal; e terceiro, que tal medida é medida de direito. Concluiu-se, ao contrário, que a chamada socioeducação brasileira não é compatível com um garantismo (geral ou penal); que a medida de

internação de adolescentes é pena privativa de liberdade e constitui espécie do sistema penal; e, finalmente, que consiste ela em uma medida, não de direito, mas de estado de exceção, de fuga do direito. Nem mesmo a sofisticação do garantismo resiste ao ambiente de estado de exceção.

6 REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

AUGUSTO, Acácio. **Política e polícia**: cuidados, controles e penalizações de jovens. Rio de Janeiro: Lamparina, 2013.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENJAMIN, Walter. **Teses sobre o conceito da história**. Disponível em: < <http://mariosantiago.net/Textos%20em%20PDF/Teses%20sobre%20o%20conceito%20de%20hist%C3%B3ria.pdf> >. Acesso em: 16 dez. 2016.

BRASIL, **Lei nº 8.069 de 1990**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm > Acesso em 02 nov. 2016.

BRASIL, **Lei nº 12.594 de 2012**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm > Acesso em 02 nov. 2016.

BRASIL. Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo. **Decisão de internação provisória no auto de apreensão por ato infracional nº 252/2015**, Vitória, ES, 3 abr. 2015.

BRASIL, Presidência da República. Secretaria Geral. **Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 2015.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **O direito penal do inimigo e o direito penal do homo sacer da baixada**. Disponível em: < <http://docslide.com.br/documents/o-direito-penal-do-inimigo-e-o-direito-penal-do-homo-sacer-da-baixada.pdf> >. Acesso em 02 dez. 2016.

COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional: sob o olhar do garantismo jurídico**. Florianópolis: Empório do direito, 2016.

CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. **Exceção permanente – introdução a uma categoria para a teoria constitucional no século XXI**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077279.pdf>. Acesso em: 25 set. 2016.

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

CASTRO, Edgardo. **Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência**. Belo Horizonte: Autêntica editora, 2016.

DUPRET, Cristiane. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 2. ed. Minas Gerais: ius, 2012.

FERRANDIN, Mauro. **Ato penal juvenil: aplicabilidade dos princípios e garantias do ato penal**. Curitiba: Juruá, 2009.

FERREIRA, Janaína Fortes. **Súmula vinculante e estado de exceção**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRASSETO, Flávio Américo. **Execução da medida sócio-educativa de internação**: primeiras linhas de uma crítica garantista. Disponível em: < <https://www.tjsc.jus.br/infjuv/documentos/midia/publicacoes/cartilhas/criancaeadolescente/Justi%C3%A7a,%20Adolescente%20e%20Ato%20Infracional.%20Socioeducac%C3%A7%C3%A3o%20e%20Responsabiliza%C3%A7%C3%A3o.pdf> > Acesso em 02 dez. 2016.

KONZEN, Afonso Armando. **Reflexões sobre a medida e sua execução (ou sobre o nascimento de convivência do jurídico e do pedagógico na socioeducação)**. Disponível em: < <https://www.tjsc.jus.br/infjuv/documentos/midia/publicacoes/cartilhas/criancaeadolescente/Justi%C3%A7a,%20Adolescente%20e%20Ato%20Infracional.%20Socioeducac%C3%A7%C3%A3o%20e%20Responsabiliza%C3%A7%C3%A3o.pdf> > Acesso em 02 dez. 2016.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Processo penal juvenil**: a garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELOSSI, Dario; Pavarini, Massimo. **Cárcere e fábrica** – as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. A prática de ato infracional. In: Maciel, Kátia Regina Ferreira Lobo de Andrade (coord). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma teoria da constituição dirigente**. Florianópolis: Conceito editorial, 2010.

MOREIRA, Nelson Camatta (Org.); CARVALHO, Thiago Fabres et al. **Teoria da Constituição**: modernidade identidade e (lutas por) reconhecimento. Iljuí: Unijuí, 2015.

NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro**: obediência e submissão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

NICODEMOS, Carlos. **A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional**. Disponível em: < <https://www.tjsc.jus.br/infjuv/documentos/midia/publicacoes/cartilhas/criancaeadolescente/Justi%C3%A7a,%20Adolescente%20e%20Ato%20Infracional.%20Socioeducac%C3%A7%C3%A3o%20e%20Responsabiliza%C3%A7%C3%A3o.pdf> >

[ente/Justi%C3%A7a,%20Adolescente%20e%20Ato%20Infracional.%20Socioeducac%C3%A7%C3%A3o%20e%20Responsabiliza%C3%A7%C3%A3o.pdf](https://www.tjsc.jus.br/infjuv/documentos/midia/publicacoes/cartilhas/criancaeadolescente/Justi%C3%A7a,%20Adolescente%20e%20Ato%20Infracional.%20Socioeducac%C3%A7%C3%A3o%20e%20Responsabiliza%C3%A7%C3%A3o.pdf) > Acesso em 02 dez. 2016.

PAULA, Afonso Garrido de. **Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização**. Disponível em: <
<https://www.tjsc.jus.br/infjuv/documentos/midia/publicacoes/cartilhas/criancaeadolescente/Justi%C3%A7a,%20Adolescente%20e%20Ato%20Infracional.%20Socioeducac%C3%A7%C3%A3o%20e%20Responsabiliza%C3%A7%C3%A3o.pdf> > Acesso em 02 dez. 2016.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Introdução crítica ao ato infracional**: princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Imposição de medidas socioeducativas**: o adolescente como uma das faces do homo sacer (Agamben). Disponível em: <
<https://www.tjsc.jus.br/infjuv/documentos/midia/publicacoes/cartilhas/criancaeadolescente/Justi%C3%A7a,%20Adolescente%20e%20Ato%20Infracional.%20Socioeducac%C3%A7%C3%A3o%20e%20Responsabiliza%C3%A7%C3%A3o.pdf> > Acesso em 02 dez. 2016.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 6. ed. São Paulo: RT, 2014.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid, Civitas, 1997.

SARAIVA, João Batista Costa. **Direito penal juvenil**: adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. **O estatuto da criança e do adolescente e sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade penal.**

Disponível em: <

<https://www.tjsc.jus.br/infjuv/documentos/midia/publicacoes/cartilhas/criancaeadolescente/Justi%C3%A7a,%20Adolescente%20e%20Ato%20Infracional.%20Socioeducac%C3%A7%C3%A3o%20e%20Responsabilizac%C3%A7%C3%A3o.pdf> > Acesso em 02 dez. 2016.

SPOSATO, Karina Batista. **Direito penal de adolescentes:** elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013.

SPOSATO, Karina Batista. **Princípios e garantias para um direito penal mínimo.**

Disponível em: <

<https://www.tjsc.jus.br/infjuv/documentos/midia/publicacoes/cartilhas/criancaeadolescente/Justi%C3%A7a,%20Adolescente%20e%20Ato%20Infracional.%20Socioeducac%C3%A7%C3%A3o%20e%20Responsabilizac%C3%A7%C3%A3o.pdf> > Acesso em 02 dez. 2016.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres:** A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan.

ZAFFARONI, **Em busca das penas perdidas.** 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.