

A LÓGICA BINÁRIA QUE GUIA A APLICABILIDADE DOS DIREITOS INFANTO-JUVENIS: PROTEÇÃO *VERSUS* PUNIÇÃO¹

Betânia de Oliveira Almeida de ANDRADE²

RESUMO: O presente trabalho se insere em um conjunto de pesquisas sobre a relação entre justiça, juventude, criminalidade e violência. Tenho por objetivo analisar a transição do “Direito do Menor” para o “Direito da Criança e do Adolescente”, de modo a compreender este marco no processo de (re)democratização da sociedade brasileira. As contribuições empíricas, neste sentido, apresentam-se como fundamentais para compreensão da aplicabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente – evidenciado por seu caráter protecionista integral aos direitos infanto-juvenis – nesta sociedade hierárquica. Trato dos paradoxos embutidos no código jurídico que estabelece normas uniformes em um contexto de desigualdade.

PALAVRAS CHAVES: Direito. Menor. Criança. Adolescente. Desigualdade.

Introdução

O presente trabalho se insere em um conjunto de pesquisas que visam indagar a relação entre justiça, juventude, criminalidade e violência. Por intermédio de pesquisa empírica e bibliográfica pretende-se analisar a **construção social** da figura do “*menor*”³, tendo em vista a antinomia aparente entre o “ser”

¹ A pesquisa que deu fruto a este trabalho foi financiada pelo CNPq, na modalidade de Pesquisa de Iniciação Científica, intitulada: “A construção dos Direitos Infanto-Juvenis e a Manutenção da Clientela da Justiça Juvenil por mais de um século”, coordenada para Professora Vivian Gilbert Ferreira Paes, em 2015/2016.

² Universidade Federal Fluminense (UFF), Faculdade de Direito, Niterói - RJ - Brasil. Mestranda no Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito. betaniaalmeida@id.uff.br.

³ O uso do termo **menor**, neste contexto, tem por objetivo enfatizar o fato de que ainda que tenha ocorrido a alteração do Código de Menores, para o Estatuto da Criança e do Adolescente, o termo “menor” continua a ser considerado pejorativo, o mesmo continua a ser usado para classificar um grupo seletivo de crianças ou adolescentes.

e o “dever ser” do direito. Para tanto, terei como foco o período de transição, quando houve alteração de uma *legislação menorista*, que previa a repressão, por outra que teria por objetivo a proteção integral às crianças e adolescentes, para então pensar as práticas institucionais que atualizam e reinterpretam estas legislações.

Analiso o período de transição do “**Direito do Menor**” para o “**Direito da Criança e do Adolescente**”, de modo a compreender este marco no processo de (re)democratização da sociedade brasileira. A transição do Código de Menores (BRASIL, 1979) para o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990a) foi uma das consequências deste processo. A partir destas alterações normativas, o ‘*menor*’ passa a ser juridicamente considerado um sujeito de direitos, a lógica de repressão e controle é substituída pela lógica da proteção integral.

Conforme salienta Clifford Geertz (2002), o “direito” é parte de uma forma específica de pensar a realidade. Assim como a etnografia, este funciona a luz do saber local. No entanto, o mesmo não pode ser concebido como uma “[...] onipresença que paira para os céus, sobre tudo e todos [...]”, muito menos como um conjunto de “[...] artifícios engenhosos para evitar disputas [...]” (GEERTZ, 2002, p.261). Neste contexto, há uma grande problemática, uma vez que, a princípio, a representação jurídica do fato é meramente normativa.

As contribuições empíricas, neste sentido, tornam-se fundamentais para compreensão sobre de que modo, no universo das práticas, a alteração legislativa não resultou em alteração efetiva na realidade social brasileira. Afinal não é possível interpretar a realidade pela mera análise da norma jurídica, deixando de lado uma parte importante do contexto social. Pois, se assim fizermos, não seremos capazes de “[...] identificar com clareza grande parte daquilo que um processo jurídico realmente é.” (GEERTZ, 2002, p.271).

Em contraposto a lógica protetiva aos direitos da criança e do adolescente, que rege a normativa internacional sobre os direitos infanto-juvenis, o presente trabalho tem por objetivo ressaltar a marcante característica punitiva presente no universo das práticas. Neste sentido, destaco a referida característica punitiva que guia a aplicabilidade dos direitos infanto-juvenis a partir do trabalho de campo desenvolvido na Vara da Infância e da Juventude, comarca de Niterói, no Rio de Janeiro.

A transição do “Direito do Menor” para o “Direito da Criança e do Adolescente”

O “Direito do Menor”

Na Doutrina do Direito Penal do Menor, concentrada nos Códigos Penais de 1830 e 1890, a criança ou o adolescente não eram reconhecidos enquanto sujeitos de direito, mas como “coisas” que estavam sob inteira responsabilidade de seus donos, seus Pais. A referida fonte doutrinária preocupava-se com delinquência praticada pelo *menor*, imputando responsabilidade ao mesmo após uma “pesquisa do discernimento” (PEREIRA, 2008). Neste período havia uma única Lei Penal aplicável aos maiores e menores de idade. Deste modo, os menores de idade recebiam o mesmo tratamento que os demais, sendo aplicadas as mesmas penas pelos mesmos delitos, diferenciando pela aplicabilidade de uma atenuante.

Esta doutrina teve vigência durante o Século XIX e início do XX, sendo possível caracterizar este período por uma etapa penal diferenciada que se dá a partir do surgimento dos primeiros Códigos Penais. Tanto o primeiro Código Penal do Brasil, que entrou em vigor em 1830, quanto o Código Republicano adotaram o critério **biopsicológico**, de modo que era feita uma análise do discernimento dos jovens.

No Código Penal de 1830 a responsabilidade penal é fixada aos 14 anos, mas menores de idade na faixa etária de 7 (sete) à 14 (quatorze) anos poderiam ser recolhidos em casas de correção se praticassem crimes e se seu discernimento fosse comprovado para prática de tal delito, podendo permanecer privados de liberdade até completar 17 (dezesete) anos. Aos jovens de idade entre os 14 (quatorze) e 21 (vinte e um) anos as penas seriam atenuadas (BRASIL, 1830 apud SPOSATO, 2011). Neste contexto, estas crianças ou adolescentes eram juridicamente tratadas como “**menores**”, termo claramente associado a prática da “**vadiagem**” e “**gatunagem**”. Em 1830, o Código Criminal do Império, em seu Capítulo IV, tratava especificamente de vadios e mendigos, criminalizando as respectivas condutas:

Art. 295; CP/1830: Não tomar qualquer pessoa uma ocupação honesta, e útil, de que passa subsistir, depois de advertido pelo Juiz de Paz, não tendo renda suficiente. **Pena:** de prisão com trabalho por oito a vinte e quatro dias.

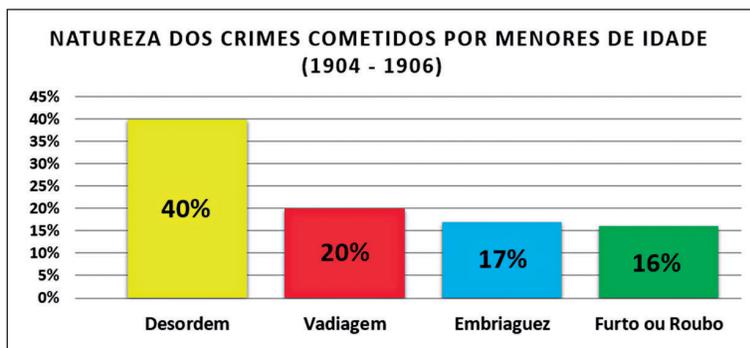
Art. 296; CP/1830: Andar mendigando: **1º** Nos lugares, em que existem estabelecimentos públicos para os mendigos, ou havendo pessoa, que se ofereça a sustentá-los; **2º** Quando os que mendigarem estiverem em termos de trabalhar, ainda que nos lugares não haja os ditos estabelecimentos; **3º** Quando fingirem chagas, ou outras enfermidades; **4º** Quando mesmo inválidos mendigarem em reunião de quatro, ou mais, não sendo pai, e filhos, e não se incluindo também no número dos quatro as mulheres, que acompanharem seus maridos, e os moços, que guiarem os cegos. **Penas:** de prisão simples, ou com trabalho, segundo o estado das forças do mendigo, por oito dias a um mês. (BRASIL, 1830, grifo nosso).

No Código Penal de 1890 a responsabilidade penal permaneceu a mesma do código anterior. O que viria a ser novidade é o fato do menor de 9 (nove) anos não ser considerado criminoso, conforme estabelece o Art. 27, § 1º do referido dispositivo legal. Mas, entre 9 (nove) e 14 (quatorze) anos é possível verificar a permanência da utilização do caráter **biopsicológico**, fundamentado no discernimento, para recolher jovens que fossem considerados autores de atos infracionais para serem alocados em estabelecimentos disciplinares – não podendo exceder os 17 (dezesete) anos⁴. Entre 14 (quatorze) e 17 (dezesete) anos, o discernimento é presumido, com redução de 2/3 da pena base aplicada aos adultos. E, por último, entre 17 (dezesete) e 21 (vinte e um) anos as mesmas penas para os adultos seriam aplicadas para estes (BRASIL, 1890 apud SPOSATO, 2011). Conforme sinaliza Pinto (2008), neste período os “menores” eram percebidos como invisíveis.

Neste sentido, cabe destacar que a prática de condutas criminosas por menores de idade está presente nas estatísticas criminais desde quando se iniciou sua elaboração. As estatísticas cada vez mais precisas sobre a ocorrência de crimes na cidade, demonstram que entre 1900 e 1916 “[...] o coeficiente de prisões por dez mil habitantes era distribuído da seguinte forma: 307,32 maiores de idade e 275,14 menores de idade” (SANTOS, M., 2015, p.214). No entanto, “[...] a natureza dos crimes cometidos por menores era muito diversa daqueles cometidos por adultos.” (SANTOS, M., 2015, p.214), uma vez que estes refletem uma menor agressividade, como é possível perceber por intermédio do gráfico 1.

⁴ Estes poderiam ser recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que o Juiz estabelecer, com a restrição destes não poderem permanecer nos estabelecimentos após seus 17 (dezesete) anos (SANTOS, M., 2015).

Gráfico 1



Fonte: Marco Antonio Cabral dos Santos (2015, p.214).

Note-se que, entre os anos de 1904 e 1906, 77% dos crimes praticados referiam-se delitos que criminalizavam uma classe, como os motivados por “desordens”, “vadiagem” ou embriaguez. Os dados indicam uma menor agressividade dos delitos envolvendo **menores**, uma vez que dentre os crimes cometidos por menores de idade, apenas 16% referiam-se a furto ou roubo. Em relação aos crimes de homicídio, se for feita uma comparação com os índices da criminalidade adulta, veremos que 93,1% dos homicídios foram praticados por adultos, enquanto 6,9% foram praticados por menores de idade (SANTOS, M., 2015).

Vê-se um exemplo claro do que Edmundo Coelho (1978) classifica como “**criminalização da marginalidade**”, uma vez que a lei é elaborada de tal forma que é elevada a probabilidade de ser violada por tipos sociais específicos. “Assim, determinados papéis sociais são **roteiros típicos** que se fazem acompanhar da atribuição, a certas classes de comportamento, da probabilidade de que sejam desempenhadas por tipos particulares de atores sociais.” (COELHO, 1978, p.285). Neste sentido, a repressão a vadiagem está claramente relacionada ao processo de libertação dos escravos e o enorme crescimento da cidade, através do fluxo de imigrantes. A plebe urbana formada por desocupados, subempregados, pequenos delinquentes e aventureiros constituem o setor deserdado, visto pela sociedade como potencialmente perigoso.

Com a criação do primeiro Juizado de Menores, em 1923, no Brasil, é possível perceber a incidência de uma nova doutrina, a Doutrina Tutelar da Situação Irregular. Esta promoveu a separação dos processos que tinham como objeto a prática de condutas criminosas por menores de idade da esfera do

Direito Penal. Assim, o que vemos é um direito tutelar de menores diferenciado. As crianças e adolescentes passam a ser considerados juridicamente incapazes, sendo necessário que os mesmos sejam tutelados e protegidos. Deste modo, não são compreendidos enquanto sujeitos de direito.

Com a vigência do Código Mello Matos de 1927 já era possível perceber campanhas contra esta teoria do discernimento, bem como em relação a aplicação de medidas repressivas contra os menores em vez de simples medidas educativas (PEREIRA, 2008). A partir da criação do primeiro Juizado de Menores do Brasil, em 1923, surgiu o primeiro Código destinado a menores em nosso país. Deste modo, fica vigente a responsabilidade penal plena de adultos fixada aos 18 anos e dos menores aos 14 anos. Entre 14 e 18 anos, ocorrendo a prática de delito, seria aplicada um processo penal de natureza especial (SPOSATO, 2011).

Da entrada em vigor do Código Penal de 1940 em diante, passam a ser considerados inimputáveis os menores de 18 anos. A partir disso, resalto dois aspectos centrais: o critério biológico, de modo que a falta de idade torna o indivíduo imputável e a não utilização do mesmo sistema de responsabilização para menores, aspecto esse que é de natureza político-criminal. Entretanto, pelo fato de considerar o menor de 18 anos uma pessoa ainda incompleta, existe uma forte característica de perspectiva **menorista** se observado as adoções de políticas penais para jovens anteriores (SPOSATO, 2011).

O Art. 59 do Código Penal de 1940 (Decreto-lei 3.688/1941) previa uma contravenção relativa a conduta da vadiagem, que consistia em: “Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, em ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita” (BRASIL, 1940). Obviamente, o artigo penaliza indivíduos das camadas mais baixas da sociedade, como: pessoas desempregadas, por mais que os mesmos estejam à procura de emprego; os que se dediquem ao mercado informal de trabalho; ou, os jovens que buscam ingressar pela primeira vez no mercado de trabalho (COELHO, 1978, p.285). Esta **estigmatização** das camadas sociais destituídas com o rótulo de “vadios”, é o que ocorre na história brasileira desde o período colonial.

Vale destacar que para o Código de Menores de 1927 e o Código Penal de 1940 conciliarem foi necessário a adoção de um Decreto-lei, nº 6026, para criar sintonia harmônica entre os dois Códigos. Posteriormente a tentativa de harmonia entre ambos foi sendo modificada até o segundo Código de Menores, em 1979 (SPOSATO, 2011).

Além da questão referente a idade, surge a presença de duas categorias: os abandonados e os delinquentes. A presença dessa diferenciação implicou na abrangência do número de menores e diminuição de crianças e adolescentes. Desse modo, fica claro que havia uma distinção quanto a forma que era visto o jovem, seja pela sua situação econômica como física (SPOSATO, 2011). Neste sentido, é possível perceber a criminalização da pobreza, de modo que mesmo sem a prática de condutas antijurídicas os menores de idade poderiam ser institucionalizados se percebidos como abandonados.

O “Direito da Criança e do Adolescente”

“A Carta Constitucional de 1988 trouxe e coroou significativas mudanças em nosso ordenamento jurídico, estabelecendo novos paradigmas.” (AMIN, 2015, p.49). Do ponto de vista político, após o período da ditadura militar, caracterizado pela restrição de direitos, desponta-se a necessidade de reafirmar valores caros que nos foram ceifados. De um sistema normativo, garantidor do patrimônio do indivíduo, passamos para um novo modelo jurídico que tem em vista resguardar a dignidade da pessoa humana. “O binômio individual-patrimonial é substituído pelo coletivo-social” (AMIN, 2015, p.49). Neste contexto, o novo perfil social almejado pelo legislador constitucional não poderia deixar que o sistema jurídico da criança e do adolescente permanecesse restrito aos “menores” em abandono ou estado de delinquência (AMIN, 2015).

No período de Processo Constituinte (BRASIL, 1988) foram realizadas duas campanhas por agentes interessados em assegurar os direitos infanto-juvenis. Na década de 80, houve a insurgência de um grande debate sobre diversos aspectos referentes à proteção da infância e da adolescência, em que a orientação buscava subsídios nos documentos internacionais específicos no que se referem à proteção e promoção dos direitos humanos. Consistia em um “Movimento Pró-Constituinte”, que coletava assinaturas para as emendas populares referentes aos direitos da criança e do adolescente. Neste sentido, merece destaque o trabalho das organizações sociais, que especialmente a partir de 1985, através de efetivas campanhas, atraiu debates com setores governamentais e segmentos da sociedade civil voltados para o atendimento da criança e do adolescente (PEREIRA, 2008). Como produto do trabalho destas organizações nasceu o “Fórum Nacional Permanente de Direitos da Criança e do Adolescente – Fórum DCA” que atuou como principal articulador da ampla mobilização social pela Emenda na constituição apresentada ao Congresso Nacional com mais de 250

mil assinaturas (PEREIRA, 2008). No total, foram coletadas as assinaturas de mais de duzentos mil eleitores e de um milhão e quatrocentos mil crianças e adolescentes.

A campanha “Criança e Constituinte” (Setembro/86) ocorreu por iniciativa do Ministério da Educação, voltada ao atendimento das crianças e adolescentes. A segunda campanha, “Criança-Prioridade Nacional” (Junho/87), foi uma mobilização nacional para coleta de assinaturas, visando aprovação de uma emenda. O trabalho das organizações sociais e a consequente mobilização nacional forneceram ao legislador constituinte subsídios para elaboração de normas de proteção à infância e adolescência. A Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) condensou os preceitos fundamentais da Declaração Universal dos Direitos da Criança, corrigindo uma grave omissão na história jurídica brasileira. Essas duas campanhas tiveram como fruto os Artigos 227⁵ e 228⁶ da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que posteriormente influenciaram o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990a).

Notadamente, no que se refere aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, a Declaração Universal dos Direitos da Criança (UNICEF, 1959) traz em seu corpo o primeiro conjunto de valores da Doutrina da Proteção Integral, caracterizada por princípios fundamentais reconhecidos universalmente. As nações unidas, por conseguinte, proclamam que a criança tem direito a cuidados e assistência especiais. Por fim, a Convenção sobre os Direitos da Criança (BRASIL, 1990b) reconhece a criança como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade.

Assim, a intensa mobilização de organizações populares e de atores da área da infância e juventude, acrescida da pressão de organismos internacionais⁷, foi essencial para que o legislador constituinte se tornasse sensível a uma causa já conhecida como primordial em diversos documentos internacionais (AMIN,

⁵ **Art. 227; CF/88:** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 3º; V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; [...]VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins [...]. (BRASIL, 1988).

⁶ **Art. 228; CF/88:** São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. (BRASIL, 1988).

⁷ Como a UNICEF, Fundo das Nações Unidas para a Infância, que está presente no Brasil desde 1950, apoiando as mais importantes transformações na área da infância e da adolescência no País.

2015), como: a Declaração de Genebra, de 1924⁸; a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (Paris, 1948)⁹; a Declaração dos Direitos da Criança, de 1959; a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, de 1959¹⁰; e, Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça da Infância e da Juventude, de 1985¹¹.

É possível ressaltar diversas alterações trazidas pela Carta Magna ao Direito Penal Juvenil. Pois, com esta, se inicia a etapa **garantista**. E, para que tal momento seja reconhecido é preciso notar que a Constituição é dotada de carácter social ao defender a garantia e os direitos da sociedade e estabelecer assim as diretrizes para que tais direitos possam ser efetivados. O Direito Penal Juvenil vem ser abordado na Carta Magna no Capítulo VII, com destaque para os Artigos 227, V¹² e 228¹³ (BRASIL, 1988).

Houve um avanço no paradigma dado a infância e adolescência no Brasil, substituindo-se o tutelar/**menorista** pelo **garantista**, englobando direitos e garantias não somente aos menores de 18 (dezoito) anos em situação irregular, mas a todas as crianças e adolescentes (SPOSATO, 2011). Portanto, ocorreu uma constitucionalização do Direito da Criança, trazendo transformações significativas, como aborda a autora:

⁸ A Declaração de Genebra foi aprovada pela Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Genebra, 1948, sofrendo alterações em 1968, 1984, 1994, 2005 e 2006.

⁹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada pela Organização das Nações Unidas em Paris no dia 10 de dezembro de 1948.

¹⁰ A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, é um tratado internacional entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos e que foi subscrita durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José da Costa Rica. Entrou em vigor em 18 de julho de 1978, sendo atualmente uma das bases do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos.

¹¹ Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing), Adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 40/33, de 29 de novembro de 1985.

¹² **Art. 227; CF/1 988:** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010); § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade. (BRASIL, 1988)

¹³ **Art. 228; CF/1988:** São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. (BRASIL, 1988).

A começar pela superação da categoria de menoridade, como desqualificação e inferiorização de crianças e jovens, agora em condições de igualdade perante a lei. E finalmente, a incorporação do devido processo legal e dos princípios constitucionais como norteadores das ações dirigidas à infância e ao mesmo tempo, limites objetivos ao poder punitivo sobre adolescentes autores de infrações penais. (SPOSATO, 2011, p.44).

Segundo Sposato (2011), para que os princípios constitucionais do Direito da Criança e do Adolescente tenham harmonia e validade é necessário assegurar proteção integral aos jovens, sendo esta materializada por políticas universais, de proteção ou socioeducativas. Somente assim poderá ser visível a constitucionalização do Direito das Crianças.

Estamos diante de uma Etapa Garantista dos Direitos da Criança e do Adolescente, uma vez que se torna evidente a extensão das garantias constitucionais do processo penal de adultos aos processos relacionados à imposição de medidas socioeducativas, como as medidas privativas de liberdade aplicadas a crianças e adolescentes (SPOSATO, 2011). Como principal característica desta etapa, vemos o reconhecimento do menor de idade como pessoa, “[...] e, portanto, sujeito de direitos e titular de uma capacidade progressiva para exercê-los”. (SPOSATO, 2011, p.71). “De tal capacidade, deriva o modelo de responsabilidade, que neste caso está condicionada à prática de um fato penalmente típico.” (SPOSATO, 2011, p.71).

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990a) trouxe consigo a determinação de “prioridade absoluta” para a infância e a adolescência por intermédio de uma norma constitucional. Neste sentido, estabelece-se uma primazia ou preferência para políticas públicas voltadas às crianças e adolescentes. Os princípios da prioridade absoluta e o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento inspiraram a doutrina proteção integral à criança e ao adolescente.

Com a adoção da Lei Federal 8.069 de 13 de julho de 1990 (BRASIL, 1990a), o Estatuto da Criança e do Adolescente, é possível verificar a superação formal do modelo tutelar ou de proteção e a adoção do modelo de responsabilidade (SPOSATO, 2011). O referido modelo de responsabilidade se caracteriza pela combinação entre o educativo e o judicial. O caráter educativo, neste sentido, se refere ao conteúdo das medidas que tem em vista responsabilizar o adolescente pela conduta antijurídica praticada, uma vez que as mesmas devem possuir caráter pedagógico e excepcional. O aspecto judicial, por contrapar-

tida, guarda a semelhança da justiça juvenil com a justiça penal de adultos. Neste modelo ocorre a isenção da responsabilidade criminal do menor de 18 (dezoito). A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), em seu Artigo 228¹⁴, estabelece a imputabilidade penal aos 18 (dezoito) anos. O referido dispositivo atribui à legislação especial a normatização da questão, o que fez o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990a) ao responsabilizar os adolescentes (12 [doze] aos 18 [dezoito] anos incompletos) e isentar de responsabilidade as crianças (até 12 [doze] anos incompletos) pelas condutas antijurídicas praticadas.

O respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento é algo que deve ser levado em consideração neste contexto, uma vez que a condição atribuída à criança e ao adolescente é consequência de determinações de tratados internacionais como: a Declaração de Genebra de 1924 que já determinava a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial; a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 que previa o direito a cuidados e assistência especiais; a Declaração Universal dos Direitos das Crianças de 1959; a Convenção Americana de Direitos Humanos que prevê a todas as crianças os direitos as medidas de proteção que a condição de menor requer; e, por fim, as Regras de Beijing que estabelece normas mínimas para a administração da Justiça da Infância e Juventude (PEREIRA, 2008). Com destaque especial, vale ressaltar a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança que é resultado de um esforço comum de vários países que buscaram definir direitos humanos comuns a todas as crianças e adolescentes, relacionados à característica específica de condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (PEREIRA, 2008).

A Convenção Internacional consagra os Direitos da Criança e traz como pressuposto a Doutrina Jurídica da Proteção Integral, ou seja,

[...] que os direitos inerentes a todas as crianças e adolescentes possuem características específicas devido à peculiar condição de pessoas em vias de desenvolvimento em que se encontram, e que as políticas básicas voltadas para a juventude devem agir de forma integrada entre a família, a sociedade a ao Estado. (PEREIRA, 2008, p.22).

¹⁴ **Art. 228; CF/1988:** São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. (BRASIL, 1988).

Neste contexto, vemos a grande dificuldade de se enxergar um modelo puro no sistema de justiça juvenil. De um lado é possível identificar características de um modelo ainda tutelar, e de outro, a introdução pelo ECA de mecanismos extrapenais no trato de alguns conflitos envolvendo adolescentes que são próprios de um modelo educativo ou de bem-estar social (SPOSATO, 2011). Assim,

A manutenção da lógica tutelar no modelo de regulação de justiça juvenil brasileiro é confirmada pela presença das cinco principais características dos modelos de proteção: a) a negação de sua natureza penal, b) a indeterminação das medidas aplicáveis, c) recusa ao critério de imputabilidade, d) ausência de garantias jurídicas e) amplo arbítrio judicial. (SPOSATO, 2011, p.75).

Uma análise empírica sobre a aplicabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente

Kant de Lima e Baptista (2010) demonstram a importância do uso da interdisciplinaridade entre o Direito e outras áreas do conhecimento, pois a partir desta se pode relativizar categorias e conceitos, assim como desconstruir verdades consagradas reproduzidas pelo fazer jurídico. A pesquisa empírica, com um olhar direcionado ao contexto fático, busca analisar a realidade. Neste sentido, este trabalho não busca corrigir o raciocínio jurídico, mas trabalhar a partir de um “[...] ir e vir hermenêutico entre os dois campos.” (GEERTZ, 2002, p.171). A partir da interdisciplinaridade, utilizando do conhecimento das diferenças entre as sociedades humanas, busco ‘estranhar’ minha própria sociedade, descobrindo nela aspectos inusitados e ocultos por uma familiaridade embotadora da imaginação sociológica (KANT DE LIMA; BAPTISTA, 2010).

Inserção em Campo

O trabalho de campo na Vara da Infância e da Juventude de Niterói foi desenvolvido por observação direta das audiências realizadas, tendo em vista obter conhecimento sobre os direitos infanto-juvenis, com ênfase na rede de jovens em conflito com a lei, a fim de compreender o universo das práticas. Para tanto, elaborei um caderno de campo onde fiz minhas anotações que depois

foram digitalizadas para acessos futuros e melhor compreensão do que foi apreendido em perspectiva. Em cada informação descrita foi levado em consideração o “status de segredo de justiça” que envolvem os litígios da justiça infanto-juvenil. Dessa forma, os relatos a seguir discorrem apenas sobre o conteúdo discutido nas audiências e não sobre os processos que informam a ida dos jovens a estes locais.

A realização da pesquisa empírica no Judiciário se deu em dois momentos distintos. Deste modo, as percepções apresentadas neste trabalho podem ser em relação a qualquer um dos períodos direcionados ao trabalho de campo.

Primeiro momento direcionado a campo

No primeiro dia direcionado ao trabalho de campo fui à 1ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da Capital, no Rio de Janeiro¹⁵. O prédio tinha uma estrutura precária. Na entrada havia uma mulher uniformizada atrás do balcão que solicitou que eu me identificasse e para tanto pediu minha identidade. Ela anotava o nome e o RG de todas as pessoas que se identificavam ao entrar em um caderno. Perguntei para esta pessoa como eu poderia assistir audiências, ela me informou que eu deveria subir as escadas e no segundo andar me informar sobre o procedimento necessário.

Antes de subir foi possível analisar o ambiente em que estava e percebi ainda no primeiro andar diversos cartazes sobre adoção ou abandono de crianças, cartazes que tentavam trazer aspectos positivos a esta circunstância. Mas, o que mais me chamou atenção foi uma frase que estava escrita na parede que se referia a um avanço quanto à alteração legislativa que ocorreu, quando o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990a) entrou em vigor, substituindo o Código de Menores (BRASIL, 1979); mencionava um marco significativo que seria a ampliação da noção de cidadania para pessoas menores de 18 anos e o reconhecimento destes enquanto sujeito de direitos; agradecia a uma ‘pessoa ilustre’ que teria sido de grande influência para que ocorresse este avanço. Na subida da escada havia, em toda parede, imagens de diversas crianças brincando demonstrando estar felizes.

Assim que cheguei ao segundo andar do prédio pude avistar o cartório e neste perguntar sobre o que eu deveria fazer para assistir audiências. Neste local

¹⁵ A competência desta Vara é para atuar na área da Infância - matérias cíveis -, da Juventude e do Idoso. Em um outro momento frequentei esta Vara como estagiária do Cartório, período em que foi possível assistir audiências e perceber o funcionamento da rotina.

vi imagens de Santos¹⁶ em todo lugar, assim como imagens de Jesus em quadros ou na Cruz. A pessoa que me atendeu no cartório me informou que as audiências que envolvem crianças, adolescentes ou idosos são ‘segredo de justiça’, mas que se fosse para fins acadêmicos eu deveria levar um requerimento feito pelo coordenador do meu curso uma semana antes da audiência que eu gostaria de assistir. Deste modo, seria necessário que eu solicitasse autorização para assistir cada audiência específica e ficaria a critério do Juiz responsável por esta autorizar.

Ao conversar com colegas sobre a dificuldade encontrada para desenvolver a pesquisa, me informaram que uma colega de sala haveria assistido algumas audiências na Vara da Infância, da Juventude e do Idoso, Comarca de Niterói¹⁷. Procurei conversar com esta colega, que por sua vez me falou sobre a facilidade que encontrou para assistir audiências; afirmou que foi necessário apenas que se identificasse enquanto aluna da UFF e a partir disto permitiram que ela assistisse as audiências. Segui as instruções da minha colega e no dia seguinte fui à referida Vara.

Na entrada não encontrei medidas de segurança, sequer solicitaram identificação. Segui as instruções da minha colega e esta segunda etapa do trabalho de campo se desenvolveu de maneira mais fácil. Ao chegar no andar descrito pela minha colega, direcionei-me ao Cartório e um Senhor que estava lá me informou que deveríamos bater em uma porta e falar com o oficial de justiça, nos apresentando como estagiários da Faculdade de Direito da UFF.

Assim que cheguei ao servidor que me atendeu (policial) logo me reconheceu como estagiária e pediu que eu sentasse para esperar que as audiências iniciassem. Enquanto esperava, os adolescentes que aguardavam a audiência permaneceram na mesma sala que eu. De cabeça baixa, algemados, sem pronunciar uma palavra, com o uniforme da unidade de internação (blusa branca, bermuda azul e chinelo branco), os meninos jovens e negros esperavam o início da audiência.

Assim que se iniciaram os preparativos para o início da audiência permitiram que eu entrasse. O Juiz sinalizou para que eu sentasse nas cadeiras localizadas no fundo da sala e durante os 4 meses e meio de trabalho de campo que desenvolvi foi deste local que assisti as audiências. Neste sentido, é impor-

¹⁶ Imagens de santos relacionados a religião católica.

¹⁷ A Vara da Infância, da Juventude e do Idoso, Comarca de Niterói, é classificada como Comarca Única por ter competência para tratar de todas as matérias, como questões da esfera civil - como guarda, adoção, medidas protetivas - e atos infracionais. Geralmente há uma divisão por diferentes Varas, em diferentes espaços, em relação as matérias: matérias cíveis *versus* atos infracionais; quando esta não ocorre, a Vara é classificada como Comarca Única.

tante frisar que em nenhum momento me foi informado que as audiências que assistimos eram “segredo de justiça” e que, por este motivo, nada do que seria exposto ali poderia ser divulgado. Havia apenas um cartaz na porta da entrada da sala que informava ser proibido o uso de celular dentro da sala, regra que sequer era respeitada pelo Juiz responsável pela audiência, assim como pelos demais profissionais que estavam naquela sala.

Segundo momento de ida a campo

No segundo momento direcionado ao trabalho de campo dediquei 6 meses para realização da pesquisa. Retornei a mesma Vara da Infância, da Juventude e do Idoso e logo na entrada pude perceber que os procedimentos de segurança estavam claramente mais rigorosos. Para que eu entrasse no prédio foi necessário passar por um detector de metal, assim como minha bolsa foi submetida a análise de um scanner. Em seguida, ao chegar no andar destinado a Justiça Infanto-juvenil, me deparei com um grande número de policiais armados no local¹⁸.

Como não percebi um ambiente informal como de costume, me dirigi ao cartório para perguntar qual procedimento deveria ser adotado para que eu pudesse assistir audiência. O senhor que me atendeu informou que eu deveria procurar o Oficial de Cartório e perguntar a ele qual o procedimento necessário. Este Senhor, que foi o mesmo que me atendeu quando tive o primeiro contato com a pesquisa de campo, me fez uma série de indagações sobre quais motivações me levavam a ter interesse em assistir audiências. Informei-lhe que estava desenvolvendo uma pesquisa.

Sentada no corredor, esperando o início das audiências, foi possível perceber o movimento dos Jovens Representados chegando, assim como dos agentes públicos. O termo “menor” era usado com grande facilidade pelas pessoas daquele local. Tanto os funcionários do cartório, como as pessoas que estavam no corredor se referiam aos jovens como “menores”. Outro fator que despertou minha atenção foi a nova forma utilizada para chamar as pessoas que estavam no corredor para a sala de audiência. A Juíza utilizava um microfone dentro da sala de audiência que reproduzia o som pelos corredores.

O Oficial de Cartório pediu para que eu ficasse esperando ainda no corredor enquanto ele perguntava à Juíza se ele autorizaria minha entrada na sala

¹⁸ A maioria das pessoas que estavam ali eram policiais fortemente armados.

de audiência. Fiquei aproximadamente 30 minutos sentada aguardando até que ele me convidou a entrar e me direcionei à sala de audiência, que em nada aparentava estar modificada. Sentei na lateral da sala, em um ângulo que me possibilitaria ter uma visão ampla do local. O Promotor e o Defensor também eram os mesmos. No entanto, o Juiz responsável pela Vara haveria sido alterado, assim como o escrivão.

A sala de audiência

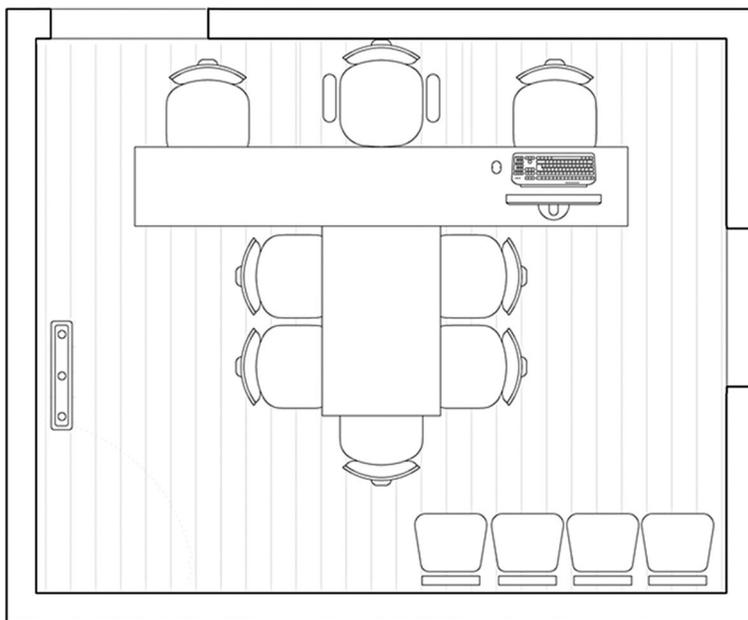
Percebo a sala de audiência com um espaço fundamental para compreender diversos aspectos que construção do discurso jurídico. O ritual da audiência, neste sentido, torna-se fundamental para que se compreenda o campo jurídico. Assim, a audiência é fonte de dados para pesquisa empírica (GARAPON, 1999), consiste em um lugar delimitado e pré-determinado para que ocorresse o referido ritual. Deste modo, torna-se fundamental a descrição do referido espaço.

Era uma sala de audiência relativamente pequena. Ao entrar me sentava atrás de onde os jovens costumavam ficar, o que me possibilitou visualizar alguns diálogos entre os atores envolvidos nos episódios, além de propiciar uma visão ampla da sala. Havia uma mesa enorme no meio, com cinco cadeiras, duas do lado direito, uma no centro e duas do lado esquerdo. De frente para essa mesa encontra-se a da Juíza, que senta no meio. Ao lado direito dela senta a escrivã – com um computador modelo antigo anotando tudo que é falado - e do lado esquerdo a procuradora.

Um ponto que merece destaque é o fato de que o local onde fica o Juiz, o representante do MP e escrivão são mais altos do que a mesa onde fica o defensor ou advogado, o adolescente, e/ou as testemunhas, o que demonstra a existência de uma estrutura hierarquizada entre esses atores. Na lateral esquerda havia um suporte com a bandeira do Brasil e a do Estado do Rio de Janeiro e no centro uma cruz com Jesus.

O espaço era consideravelmente pequeno, de modo que entre os intervalos das audiências eu tinha que levantar para que as pessoas pudessem entrar e sair sem que esbarrassem em mim. Era uma sala pequena, simples, com ar-condicionado e um computador de modelo antigo. Da sala de audiência era possível ver uma porta que possibilitava uma passagem para outra sala, onde funcionava o gabinete do Juiz.

Imagem 2 – sala de audiência



Fonte: Planta feita pela estudante de Arquitetura da Universidade Federal do Rio de Janeiro Alexandra Rosa.

Análise empírica

A partir da pesquisa empírica desenvolvida foi possível perceber a reprodução de uma dogmática jurídica. O campo jurídico estava coberto por uma rotina que ocasionava um atuar inconsciente por parte dos juristas. Em todas as audiências que assisti durante os dois momentos direcionados ao trabalho de campo, os referidos ritos tratavam-se majoritariamente de audiências sobre atos infracionais e era possível perceber a reprodução de um protocolo, de uma rotina.

Dentre as audiências assistidas, nos dois momentos destinados ao trabalho de campo, selecionei parte das anotações realizadas que se mostram mais significativas para o desenvolvimento da pesquisa. Trabalhei com o modelo de saturação dos resultados, e muitas informações que se tornaram repetitivas acabaram me informando sobre as rotinas. Isso é interessante, pois, há uma orientação para o acompanhamento individualizado destes adolescentes, mas observamos que, em alguns casos, havia a reunião de alguns casos semelhantes para serem tratados em uma mesma audiência, visando a economia do tempo de andamento das mesmas.

Neste sentido chamo atenção para o fenômeno da simplificação dos fatos destacado por Geertz (2002), uma vez que estamos diante da interpretação da tradução que as instituições fazem da linguagem da norma (se, então) para a do fato (como, portanto). A simplificação dos fatos se dá a partir da limitação das questões morais, de modo que as mesmas passam a ser percebidas como se pudessem ser solucionadas pelo simples uso de regras específicas. O lugar dos fatos no ordenamento jurídico passa pelas seguintes etapas: a explosão dos fatos, o temor dos fatos e em resposta a essas ocorrências, a esterilização dos fatos. Deste modo, compreendendo o direito como um saber local, a análise das narrativas a serem descritas poderão me auxiliar na compreensão da sensibilidade e cultura jurídica local.

Durante o trabalho de campo desenvolvido na Vara da Infância e da Juventude de Niterói, um advogado, atuante na área dos direitos da criança e do adolescente, disse que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) não haveria sido criado para o ‘pivete’, mas para o jovem “de família” que comete um “deslize”. Afirmação que me fez refletir sobre a cultura jurídica local. Pois, por mais que o ECA tenha adotado um caráter protecionista integral aos direitos infanto-juvenis, visando ampliar a noção de cidadania para todas as crianças e adolescentes, tornando-os sujeitos de direito, a afirmação deste advogado me fez perceber que a lógica protetiva se aplica a um seletivo grupo.

Vemos aqui um reflexo de nossa cultura jurídica que “[...] concebe a estrutura social brasileira como sendo hierárquica, atribuindo diferentes graus de cidadania e civilização a diferentes segmentos da população.” (KANT DE LIMA, 1989). Conforme sinaliza Roberto Kant de Lima (1989), a cultura jurídica demonstra uma permanente ambiguidade na relação da população com os procedimentos judiciais quando se torna necessário a aplicação da lei. Tal ambiguidade exprime-se, no Brasil, “[...] na classificação popular das leis que ‘pegaram’ e das leis que ‘não pegaram’.” (KANT DE LIMA, 1989). Ainda é possível perceber isso no fato de que “[...] dependendo da situação, a *mesma* lei pode ser ou não aplicada.” (KANT DE LIMA, 1989, grifo do autor).

Neste sentido, é possível destacar o fenômeno descrito por Patrice Schuch (2003) de que mesmo após promulgada a legislação protetiva se pôde perceber um agravamento do encarceramento juvenil e da ideia de periculosidade do adolescente. Schuch (2003) trata dos paradoxos embutidos no código jurídico, que na esperança de promover justiça social em uma sociedade democrática, exigem normas uniformes que nem sempre são bem adaptadas ao contexto dos grupos-alvo das ações. Com o objetivo de assegurar igualdade

entre os indivíduos, promulgam legislações que pressupõe igualdade em um contexto de desigualdade.

Durante o trabalho de campo, desenvolvido na Vara da Infância e da Juventude (Comarca de Niterói), presenciei o magistrado afirmando - quando a mãe de um dos jovens indagou sobre qual seria a diferença entre CRIAAD e CRIAM¹⁹ - que: “nada mudou, só tiraram o ‘menor’ e colocaram adolescente.” A seguinte fala evidencia que a realidade do discurso encontrado na prática difere do discurso presente no texto legal, perpetuando a doutrina anterior que como efeito, incide na trajetória crimínável dos jovens. Um exemplo disto é um relato de audiência – isto é, prática jurídica - obtido em fevereiro de 2016, no trabalho de campo ulteriormente mencionado:

O menino chegou algemado.

A mãe o acompanhava e chorava antes mesmo do início da audiência. Ela se sentou ao lado do filho na parte direita da mesa.

O garoto estava com calça azul, blusa branca e chinelo, o vestuário padrão dos meninos já internados em uma unidade socioeducativa e a mesma sandália.

A Juíza deu começou dizendo: Vou ler sua representação.

Segundo o que estava escrito, o menino era acusado de portar 250g de maconha em 274 embalagens, 4g de crack em 36 embalagens e mais uma quantidade x de cocaína também em x embalagens, estava com dois maiores na hora do flagrante pela polícia e estava fazendo uso de armas de fogo sem registro. Nesse momento, em que a Juíza falava do porte de armas, ela lia da representação que o mesmo havia atirado na PM no ato, seguido de dois tiros dos maiores.

Enquanto a Juíza falava, o jovem interrompeu para dizer que era mentira.

Mas, a mesma continuou lendo sem notar o que ele dissera.

A Juíza prosseguiu dizendo: Recebia R\$250,00, ligado ao tráfico de drogas e realiza atividade.

¹⁹ Durante o trabalho de campo realizado na Vara da Infância e da Juventude, Comarca de Niterói, no decorrer de uma audiência, o Juiz informa à mãe que seu filho será novamente levado ao CRIAAD. Quando o magistrado faz uso deste, a Mãe pergunta o que seria CRIAAD e ele informa que era onde o jovem estava internado. Por conseguinte, a mãe pergunta se CRIAAD é o mesmo que CRIAM, e o Juiz afirma que sim. A única alteração entre do CRIAM, para o CRIAAD seria de uma letra.

CRIAAD – Centro de Recursos Integrados de Atendimento ao Adolescente

CRIAM – Centro de Recursos Integrados de Atendimento ao Menor

Ao terminar, ela perguntou: São verdade esses fatos?

O Jovem responde: Não.

A Juíza responde: Me fala o que não é verdade.

O Jovem responde: Na parte da abordagem. Eles abordaram e começaram a bater nos “de maior”. Deram um tapa na minha cara. Foi aí que dei o tiro para o alto. E os “de maior” atiraram na PM.²⁰

A Juíza pergunta: Por que você disse para a promotoria outra história?

O Jovem responde: Porque falaram que se eu confessasse pra eles, iam me matar. Me ameaçaram de morte.

A Juíza pergunta: Então foi por isso que alterou as histórias?

O Jovem responde: Sim, me ameaçaram de morte.

A mãe do jovem interrompeu nesse momento, aumentando o barulho do choro e expressando querer falar algo. A juíza virou para ela e disse: “É melhor não dizer nada. Sei que é difícil ver o filho nessa situação, mas você não estava lá, não pode fazer nada”.

A Juíza deu continuidade as perguntas ao jovem:

Você tem 17 anos?

Sim.

Você estuda?

Não.

Parou em que ano?

Segunda série.

Terceiro ano.

Já trabalhou?

Parei.

Quanto tempo trabalhou para o tráfico?

Um mês?

Você conheceu os sujeitos aonde?

Na favela mesmo.

²⁰ Na representação e nos depoimentos anteriores, o jovem havia dito que ele atirou na PM na hora do flagrante e os dois maiores para o alto.

Você tinha pistola?

Sim.

Nesse dia você tinha vendido alguma coisa?

Sim.

Quanto você ganhava lá?

250 reais.

Sua função?

Atividade.

Também era vapor?

Não.

E essa balança de precisão²¹? Ficava com você? Para que era?

Pesar a droga.

Você tinha uma 9 mm?

Sim.

Quanto tempo leva para ganhar uma arma dessa?

Ganhei quando entrei, deram na minha mão.

Os outros também estavam armados com uma 38 mm e uma 9 mm?

Sim.

Sabe qual arma com quem?

Nesse momento o jovem disse o nome dos sujeitos e quem era dono das armas.

Em seguida a juíza virou para a mãe do menino e perguntou: Você sabia que ele estava envolvido no tráfico?

A Mãe respondeu: Sim, tentei tirar... Falei... Passei uma semana atrás dele...

Fui ao Conselho pedir ajuda... Nada.

A Juíza pergunta: Você tem outros filhos?

A Mãe responde: Sim, uma menina e um menino.

A Juíza pergunta: Já te deram problema?

A Juíza voltou seu olhar para a documentação que estava na mão dela, virou para o jovem e falou: Seu aniversário é em junho... Se continuar, nem preciso te falar para onde vai, né? Tá pertinho, vai fazer 18 anos.

²¹ Balança apreendida junto as armas de fogo e drogas no momento do flagrante.

Sim.

A Juíza informa que a próxima audiência é dia 30 de março.

Nesse momento o jovem saiu com sua mãe e a Juíza falou para trazer o menino da próxima audiência. Como anteriormente, voltou a conversar com as outras pessoas do recinto.

Com base no relato supracitado - assim como nas demais audiências assistidas ao longo do trabalho de campo -, foi possível perceber que quando o adolescente está próximo de completar a maioridade (os “18 anos” ressaltados), a magistrada reproduz um discurso das consequências de suas atitudes a partir do momento que atingir a maioridade penal. Aparenta não estar de acordo com medida socioeducativa aplicada. Seu discurso sinaliza as fragilidades da classificação biológica, do critério etário para classificação da imputabilidade penal.

Para além da análise do caso concreto em questão na audiência, da conduta antijurídica praticada pelo adolescente, a magistrada apresenta um discurso repressivo em relação à suposta trajetória criminosa do adolescente. Perguntas como: “A quanto tempo você trabalha no tráfico?”, “Você estuda?”, “Você trabalha?”, demonstram uma grande atenção com o papel que esta pessoa desempenha enquanto sujeito na sociedade, o que evidencia uma análise que vai além da conduta típica praticada pelo adolescente.

Em suas colocações, parece como irreduzível o futuro dos jovens na carreira criminal e na institucionalização destes a partir das prisões. Sendo assim, é possível destacar a primeira dimensão da classificação do sujeito enquanto sujeito criminal, uma vez que o Juiz vai para além do fato típico em questão.

Num primeiro momento, é selecionado um agente que possua uma trajetória criminável, para atender a demanda de incriminação; posteriormente, se faz necessário identificar neste agente uma experiência social específica da área; e por fim, é realizada uma identidade do agente com o curso da ação. Isto é, a sujeição criminal (MISSE, 2007) é um processo social de construção de identidades que podem habitar no chamado “mundo do crime”. O crime se torna a razão de ser do agente criminável e não uma ação criminosa. Por conta disso, tem-se uma incriminação preventiva, onde se detém o poder de prever num indivíduo sua capacidade de praticar um crime.

Deste modo, se atribui ao agente uma tendência de praticar crimes, com base na crença de que sua trajetória confirma, geralmente com a expectativa de

que ações incrimináveis venham ocorrer com regularidade. Isto torna-se perceptível a partir de falas como:

[...] T., seu aniversário é em junho... Se continuar, nem preciso te falar para onde vai, né? Tá pertinho vai fazer 18 anos [...];

[...] Fazendo 18 anos não será mais brando. Ao contrário, você vai preso e não internado. Precisa ter consciência disso. É sua última chance! [...].

[...] Por esse caminho não vai dar certo para você, você tem que ouvir sua mãe. Vai fazer 18 anos daqui a pouco e aí vai poder ficar preso, muito preso, preso de verdade [...].

[...] você sabe que falta menos de 2 meses para fazer 18 anos, né. Com essa idade as coisas mudam [...].

“Antes que haja crime, inicia-se o preventivamente o processo da incriminação.” (MISSE, 2007, p.192). Assim, o que ocorre é a cristalização do crime no indivíduo, “[...] a transformação do evento possível de ocorrer em um sujeito social que incorpora em si o evento criminal.” (MISSE, 2007, p.192). Este processo ocorre quando os próprios indivíduos frequentemente suspeitos ou acusados incorporam em sua identidade essa suspeita e acusação (MISSE, 2007). Michel Misse (2007) classifica este fenômeno como “sujeição criminal”: neste o crime é incorporado no sujeito, naturalizado em sua personalidade. Assim, o jovem torna-se um sujeito criminal, alguém de quem esperamos que sempre continue a cometer crimes.

Neste sentido, vale ressaltar que quando a magistrada pergunta: “Onde ele estava?”, “Você sabia o que ele estava fazendo?”, “Ele trabalhava?”, busca demonstrar que a trajetória do referido sujeito é criminoso. Assim, vai além de uma análise da trajetória criminal do adolescente, deixa de preocupar-se apenas com a conduta do fato típico praticado pelo adolescente e aponta a existência de uma trajetória criminoso (MISSE, 2014). Ocorre a criminalização não só do sujeito, mas de suas práticas rotineiras, de suas condutas como um todo. Ocorre a seleção do agente a partir de sua trajetória criminal, pois se considera que em algum momento poderá voltar a cometer tal crime. E, quando a Juíza pergunta: “Os outros filhos dão problema?”, a mesma busca demonstrar como a trajetória da família é criminoso e não só a do sujeito que praticou a conduta antijurídica. Assim, a criminalização vai para além da figura do menor.

Para além da responsabilização da família, é necessário ressaltar a responsabilização da figura materna. Mais do que a culpabilização da família, há a culpabilização da mãe que tem vários filhos “dando problema”. Pois, na maioria das audiências, quando havia acompanhamento do responsável legal dos adolescentes, majoritariamente era a figura materna que estava ali, seja pela figura da mãe, seja pela da avó. Esta é percebida como principal responsável pela educação dos adolescentes, pois são elas que criam seus filhos sozinhas. Deste modo, por mais que o ECA responsabilize a sociedade como um todo pelas crianças e adolescentes, as referidas mães são percebidas como as principais responsáveis pelo fracasso na educação dos mesmos. A mãe é culpabilizada por não ser capaz de punir e corrigir o filho, o que supostamente faz com que o mesmo se desvie do “caminho correto”.

Mas, o que é “caminho correto”? É uma construção social. Caminho correto é o papel que a sociedade espera que as pessoas desempenhem. Por mais que não se espere do “menor” um “futuro promissor”, espera-se que o mesmo se adeque ao papel que ele deve desempenhar enquanto pessoa na sociedade, como trabalhando em uma oficina ou em um lava jato. Por conseguinte, não causa nenhum espanto que o jovem esteja atrasado na escola ou que tenha deixado de estudar, afinal não se espera que aquele jovem estude.

Por diversas vezes, nas audiências, a Juíza fez perguntas como: “Ele já deu problema?”, “Seus outros filhos já deram problema?”, “Ele só está dando problema agora?”, “Vamos resolver esses dois problemas logo?”, a partir dessas perguntas se pode perceber a correlação imediata destes jovens que praticam atos infracionais como filhos que dão problema. Mas este fato leva à seguinte indagação: “Será que só esses meninos dão problema? Afinal, qual adolescente nunca ocasionou algum problema?”. A maioria dos adolescentes “dão problema”, mas apenas uma pequena parcela é percebida como desviante.

Considerações finais

A partir do trabalho desenvolvido chego à conclusão de que a lógica da punição está atrelada à figura do jovem infrator, do menor ou até mesmo do “menino que tem cara de menor”²². Pois, este adolescente é percebido como

²² “*Aquele menino tem cara de menor*”: Essa fala foi reproduzida por uma das pessoas que trabalhavam no cartório da Vara da Infância da Juventude (matérias cíveis). Um adolescente estava na Vara para uma audiência de guarda e foi classificado como “*um menino com cara de menor*”. Por mais que as pessoas que trabalham com o serviço interno não tenham contato com os representados, é possível vê-los quando é necessário resolver algo em outro

criminoso, um sujeito que deve ser punido pelo que praticou. O fenômeno da criminalização trabalhado por Michel Misse (2007) se faz presente na figura do **menor infrator**, afinal, a criminalização é derivada da estratificação social, é uma forma de criminalizar uma determinada parcela e um determinado grupo passa ser concebido como mais vulnerável a prática de delitos. Há um grupo seletivo que é concebido como menor, que está sujeito ao fenômeno da criminalização, não são todos os adolescentes que são classificados de tal modo. Quando ocorre a classificação de um sujeito como “menor” pelas suas características físicas ou de gênero, ocorre a incriminação deste sujeito.

Logo no início do trabalho de campo foi possível perceber que existe uma lógica binária que guia o funcionamento da justiça infanto-juvenil: a proteção e a punição. Lógicas que se aplicam de forma seletiva a grupos específicos. Antes mesmo de iniciar a efetiva participação nas audiências foi possível perceber que há divisão até mesmo dos espaços para aplicabilidade das duas perspectivas de tratamento as crianças e adolescentes. Na Cidade do Rio de Janeiro há uma divisão entre a Vara da Infância e da Juventude que tratará de matéria penal e da que tratará da matéria civil. Na prática, o que se pode perceber é que eles se dividem entre a Vara da Infância e da Juventude que aplicará a perspectiva da proteção para crianças e adolescentes que tiveram seus direitos violados em alguma medida, e, portanto, merecem ser protegidos, e a que aplicará a perspectiva da punição para adolescentes autores de atos infracionais, e, portanto, merecem ser punidos.

A localização das Varas da Infância e da Juventude nos dizem muito a respeito desta lógica binária pela qual se guia aplicabilidade dos direitos infanto-juvenis. Enquanto a Vara da Infância da Juventude e do Idoso que trata de matérias cíveis, abrangendo a perspectiva da proteção, localiza-se na Praça Onze, no Centro do Rio de Janeiro, em local de fácil acesso, a Vara da Infância da Juventude e do Idoso que trata de atos infracionais, abrangendo a perspectiva da punição, localiza-se em Olaria, bairro da Zona Norte do mesmo município.

Na Vara da Infância e da Juventude localizada na Praça Onze era possível perceber diversas frases ou imagens que objetivavam demonstrar como ocorreram significativas mudanças positivas em relação a conquista de direitos para crianças

setor. Quando uma das precisou sair, se deparou com este jovem e falou: “*nossa, tem um menino lá fora com cara de menor*”. A partir desta fala, sai do local onde eu estava para tentar identificar que tipo de menino se enquadrava na classificação “menor”. Havia um único adolescente sentado no corredor, ele estava ao lado de duas mulheres. Tanto ele, quanto elas tratavam-se de *corpos negros*, vestiam-se de forma humilde. O jovem usava roupas de cores fortes (vermelho sangue e azul marinho), que chamavam bastante atenção, cordões dourados e largos, estava de bermuda e camisa regata, calçava um chinelo de tiras largas, da marca *kener*.

e adolescentes. Em diversos espaços do local haviam imagens de crianças brincando, de frases de amor e de cartazes de conscientização quanto a necessidade do fomento a adoção, apresentando a mesma como um ato de amor.

Neste sentido, cabe destacar que o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990a) adotou um caráter protecionista integral aos direitos infanto-juvenis. No entanto, esta legislação visava instaurar direitos universais em uma sociedade ainda relativista e hierárquica, e como consequência, houve um aumento da criminalidade entre a juventude; se pôde perceber um agravamento do encarceramento juvenil e da ideia de periculosidade do adolescente. Deste modo, concluo que a nova legislação, que propunha metas universalistas, tem como parâmetro um determinado grupo social. Quando o advogado, atuante na área dos direitos da criança e do adolescente, diz que o ECA não haveria sido criado para o “pivete”, mas para o jovem de família que comete um deslize, é possível concluir que a lei não foi criada para ser aplicada de forma igualitária, por isso a doutrina da proteção aplica-se para jovens da classe média e a da punição para jovens das demais classes. Não importa, portanto, a conduta antijurídica praticada, mas sim a qualidade das pessoas envolvidas.

A maioria dos adolescentes praticam condutas antijurídicas, mas apenas os que são vítimas da sujeição criminal (MISSE, 2014) são punidos por tal fato. Aos percebidos como sujeitos criminais aplica-se a perspectiva punitiva, aos não sujeitos ao fenômeno da criminalização aplica-se a perspectiva protetiva. Pois; os conflitos derivados de condutas antijurídica praticadas por adolescentes que não estão sujeitos ao fenômeno da criminalização muitas vezes não se resolvem por mecanismos judiciais, mas na esfera privada. E; quando são solucionados por mecanismos judiciais, a estes jovens não se aplica a medida de internação, mesmo não é concebido como “bandido” e a perspectiva que se sobrepõe é a da proteção, portanto não merece a privação de liberdade, ficar preso ou “pagar cadeia”²³.

Deste modo, por mais que crime seja um fenômeno social geral, a criminalidade é fenômeno da minoria. Segundo Juarez Cirino dos Santos (2001), a criminalidade registrada indica apenas a atividade de controle, como função de denúncia e perseguição penal, mas não indica a extensão real da criminalidade, integrada, também, pela criminalidade oculta, a chamada **cifra negra da**

²³ Quando os jovens se referem à medida de privação de liberdade eles tratam a mesma como se fosse prisão ou uma cadeia. Até mesmo a Juíza, quando afirma ao Jovem que o mesmo ficará “preso de verdade”, ela nos leva a compreender que quando o jovem está privado de liberdade ele já está preso, por mais que haja diferença entre a “prisão dos menores de idade” e a prisão dos maiores de idade.

criminalidade. Para as crianças pobres parece haver um caminho já delineado, a criminalidade registrada indica apenas a seleção de uma minoria criminalizada, pois grande parte dos adolescentes praticam atos infracionais. No entanto, há um grupo selecionado institucionalizado.

Os principais atos infracionais pelos quais os jovens são punidos estão relacionados ao tráfico de drogas e a crimes patrimoniais. No Anuário Brasileiro de Segurança Pública do ano de 2015 foram apresentados dados que evidenciam o fato das condutas análogas²⁴ a crimes que os jovens praticam se condensam basicamente nas condutas criminosas análogas aos crimes de roubo e tráfico de drogas. O crime de roubo equivale a 42% dos atos infracionais praticados pelos adolescentes, enquanto o crime de tráfico equivale a 24,8% e o crime de furto equivale a 3,6%. De modo que, os três juntos nos fazem chegar a porcentagem de 66,8% dos atos infracionais praticados pelos adolescentes no Brasil, enquanto os homicídios equivalem a 9,2%.

Neste sentido, vale mencionar que a referida problemática torna-se ainda mais evidente no Rio de Janeiro (ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2015, p.88), uma vez que os atos infracionais pelos quais os jovens são apreendidos são predominantemente tráfico e roubo. Assim percebe-se que os dois juntos equivalem a 77,87% dos atos infracionais praticados, sendo o roubo 40,83% e tráfico 37,04%. Deste modo, percebe-se que diferente do que ocorre na conjuntura nacional, o crime de tráfico quase se equipara ao de roubo no estado do Rio de Janeiro, sendo apenas 3,79 % inferior. Além disto, a porcentagem em relação ao ato infracional homicídio é significativamente inferior em relação aos dados nacionais, uma vez que enquanto no Brasil como um todo equivale a 9,2%, no Rio de Janeiro equivale a 5,95 % e a tentativa de homicídio equivale a 0%.

Vemos assim que os direitos infanto-juvenis, bem como diversos outros, não possuem uma eficácia universal, foram criados para um grupo social específico e para circunstâncias específicas. Existem tipos sociais preestabelecidos. Jovem, menor, criança e adolescente são categorias usadas para classificar grupos específicos e atribuir direitos diferenciados a cada um deles. É possível perceber o que Roberto Da Matta fala quanto ao fato de que as leis se aplicam de forma relativa, uma vez que a quem está inserido em uma rede de importância de dependência pessoal a aplicação da mesma pode ser majorada ou minorada (DA MATTA, 1979).

²⁴ Refiro-me a condutas criminosas, mas crianças e adolescentes não praticam crimes, mas condutas análogas aos crimes tipificados no nosso código penal, classificadas como ato infracional.

THE BINARY LOGIC THAT GUIDES THE APPLICATION OF CHILDREN'S RIGHTS: PROTECTION VERSUS PUNISHMENT

ABSTRACT: *The present paper is inserted in a group of researches about the relation between justice, youth, criminality and violence. The objective is to analyze the transition between the “minor’s rights” to the “children and adolescents rights”, in order to understand this landmark in the process of (re)democratization of Brazilian society. Empiric contributions, in this way, shows themselves as essential foundations to the understanding of the applicability of the child and adolescents statute – which has to be highlighted for its integral protection to youth rights – in this hierarchic society. Also I analyze paradoxes inserted in legal legislation, which establishes uniform regulations in a context of inequality.*

KEYWORDS: *Right. Minor. Child. Adolescent. Inequality.*

REFERÊNCIAS

AMIN, A. R. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, K. R.; CARNEIRO, R. M. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 8.ed, rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2015. v.6, p.60-73.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2015. Disponível em: <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/wp-content/uploads/2015/10/9-Anuario-Brasileiro-de-Seguranca-Publica-FSB_2015.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017.

ASSEMBLEIA GERAL DA ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. **Declaração de Genebra**. Genebra, 2007. Disponível em: <<http://www.pactoglobal.org.br/Public/upload/ckfinder/files/Publicacoes/DeclaracaoGenebra.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2017

BRASIL. Lei n.8.069, de 13 de julho de 1990a. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: República Federativa do Brasil: Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 21 set. 2017.

BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990b. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**: República Federativa do Brasil: Poder Legislativo, Brasília, DF, 21 nov. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 21 set. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 set. 2017.

BRASIL. Lei n.6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. **Diário Oficial da União**: República Federativa do Brasil: Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 out. 1979. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 21 set. 2017.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. **Carta de Lei**, Rio de Janeiro, 16 dez. 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n.2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: República Federativa do Brasil: Poder Legislativo, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

COELHO, E. C. A criminalização da marginalidade ou a marginalização da criminalidade. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v.12, n.2, p.139-161, 1978.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Costa Rica, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 25 jul. 2017.

DA MATTA, R. **Carnavais, malandros e heróis**: para uma sociologia do dilema brasileiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

GARAPON, A.; HENRIQUES, P. F. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. 1999.

GEERTZ, C. **O saber local**. Petrópolis: Vozes, 2002.

KANT DE LIMA, R. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v.10, n.4, p.65-84, 1989. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_10/rbcs10_04.htm>. Acesso em: 30 de jul. 2017.

KANT DE LIMA, R.; BAPTISTA, B. G. L. O desafio de realizar pesquisa empírica no Direito: uma contribuição antropológica. In: ENCONTRO DA ACADEMIA

BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 7., Recife, 2010. Anais... Recife: ABCP, 2010. p.4-17.

MISSE, M. Sujeição criminal. In: LIMA, R. S.; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. G. (Org.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014. p.204-214.

MISSE, M. Notas sobre a sujeição criminal de crianças e adolescentes. In: SÉ, J. T. S.; PAIVA, V. (Org.). **Jovens em conflito com a lei**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007. p.191-200.

NAÇÕES UNIDAS. **Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude**: Regras de Beijing. Paris, 1985. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinaseRegrasdeBeijing.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2017.

PEREIRA, T. S. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. São Paulo: Renovar, 2008.

PINTO, B. L. **Ideologias e práticas dos tribunais criminais do Distrito Federal no tratamento de “menores” (1890-1912)**. 2008. 247f. Tese (Doutorado em História) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2008.

SANTOS, J. C. O adolescente infrator e os direitos humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v.2, n.2, p.90-99, 2001. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/32/33>>. Acesso em: 22 set. 2017.

SANTOS, M. A. C dos. Criança e criminalidade no início do século XX. In: PRIORE, M. D. (Org.). **História das crianças no Brasil**. 7.ed. São Paulo: Contexto, 2015. p.210-230.

SCHUCH, P. Trama de significados: uma etnografia sobre sensibilidades jurídicas e direitos do adolescente no plantão da delegacia do adolescente infrator e no juizado da infância e da juventude de Porto Alegre. In: DE LIMA, R. K. **Antropologia e direitos humanos 2**. Niterói: Ed. da UFF, 2003. p.157-202.

SPOSATO, K. B. **Elementos para uma teoria da responsabilidade Penal de Adolescentes**. 2011. 227f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

UNICEF. **Declaração universal dos direitos das crianças**, 1959. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf>. Acesso em: 21 set. 2017.

Recebido em 08 de jun. de 2017

Aprovado em 21 de ago. de 2017

