

# INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UM OLHAR HERMENÊUTICO-HISTÓRICO

## HOW “TO INTERPRET” THE CHILD AND ADOLESCENT INTERPRETATION?

KARYNA BATISTA SPOSATO\*

### RESUMO

O presente artigo tem como referência a hermenêutica histórica situada no pensamento do autor Hans-Georg Gadamer ao propor o “lugar e o contexto” como elementos de relação entre o intérprete e a aplicação do Direito. Adotando tal perspectiva, busca-se confrontar os principais espaços de resistência na aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, desde a linguagem utilizada pela norma, a concepção de adolescência que se sobressai dela e os aspectos relacionados à infração na adolescência e sua associação à delinquência. Trata-se de revelar a dimensão cultural e o contexto no qual a lei incide como elementos determinantes da realidade interpretativa que rodeia o ECA nestes seus 27 anos de vigência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hermenêutica histórica. Estatuto da Criança e do Adolescente. Delinquência juvenil.

### ABSTRACT

*This article uses as a reference the historical hermeneutic from Hans-Georg Gadamer whose proposes the “place and the context” as elements that are related to interpret and the Law application. Adopting this perspective, it focuses on the main spaces of resistance against the Child and Adolescent law, regarding the language used by the norm, and also the conceptions about adolescence and juvenile delinquency. It is about revealing the cultural dimension and the context where the legislation influences as important elements da from interpretative reality that is around the Child and Adolescent law during its 27 years of validity.*

**KEYWORDS:** *Historical Hermeneutic. Child and Adolescent Law. Juvenile delinquency.*

## 1 INTRODUÇÃO

Entender o contexto no qual a lei incide como elementos determinantes da realidade interpretativa que rodeia o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seus 27 anos de vigência é um caminho necessário a ser trilhado. Uma possível e preliminar tentativa de explicação mora na constatação de que em que pesem

---

\* Professora e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Email: karyna.sposato@gmail.com.

as diferentes possibilidades interpretativas<sup>1</sup> disponíveis ao juiz, seu trabalho é na maioria dos casos, a adoção de uma espécie de “regra do jogo”.<sup>2</sup> Tal regra inicia-se com a concepção fictícia de um legislador racional e único e culmina na pretensão de alcançar um consenso também racional. À guisa de aprofundar a discussão, o tema do auditório universal de Perelman, é neste sentido, bastante significativo, assim como as noções de consenso e opinião pública, em correlação com a dupla crise que afeta o Estatuto da Criança e do Adolescente, no entendimento de Emilio Garcia Mendez.<sup>3</sup> Uma crise de interpretação e uma crise de implementação.

A começar pela linguagem adotada, destacam-se eufemismos que perpassam a legislação como um todo e em especial, por exemplo, a definição da medida privativa de liberdade como *internação em estabelecimento educacional* (artigo 116 do ECA) favorecendo que não raro, sua imposição não seja limitada pelos princípios do contraditório, da proporcionalidade, da lesividade e até mesmo

---

1 O reconhecimento de variadas possibilidades interpretativas não é novidade no âmbito da Teoria do Direito. Mesmo Kelsen admite que a atividade de interpretação resulte em uma decisão dentre outras possíveis, não havendo, portanto uma decisão única e correta. Apesar de seu formalismo positivista, revela uma visão meta-ética subjetivista e, portanto relativista da justiça chegando a afirmar que o juízo através do qual julgamos algo como justo não pode jamais pretender excluir a possibilidade de um juízo de valor oposto. A justiça absoluta lhe parece assim um ideal irracional. Em síntese, para Kelsen a interpretação que é realizada pelo órgão aplicador do Direito, sendo sempre autêntica, cria o Direito: “na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.” Portanto, o direito a ser aplicado representa um simples marco no interior do qual existem várias possibilidades de aplicação, sendo que todo ato que se ajuste ao marco é considerado adequado (KELSEN, 1991).

2 Numerosos são os exemplos de comparação entre o Direito e o jogo, realizada tanto por sociólogos e antropólogos como também por teóricos do direito: Alf Ross ao estudar a validade das normas jurídicas evoca uma ideia de validade das regras de um jogo social. Hart propõe uma distinção entre as regras jurídicas inspirando-se nas regras dos jogos esportivos (adesão à regra, sanção, arbitragem). Outra abordagem possível é aquela preconizada por Pierre Bourdieu ao descrever o “espaço judicial” pela imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que, não podem operar a conversão de todo o espaço mental – e em particular de toda a postura lingüística – que supõe a entrada neste espaço social. (BOURDIEU, 2001).

3 MENDEZ, 2006.

da legalidade – princípios indispensáveis quando é a liberdade do indivíduo que está em jogo. A falsa percepção de que a medida de internação constitui-se em uma “benesse” e reveste-se de caráter protetivo,<sup>4</sup> afasta sua verdadeira índole penal e conseqüentemente os limites ao poder de punir que deveriam ser exercitados neste campo.

Nesse sentido, para Garcia Mendez, a crise de interpretação do ECA não possui natureza técnica e sim está vinculada à persistência das “boas” práticas tutelares e compassivas, ou seja, vincula-se a uma cultura que aparentemente progressista, é em realidade messiânica, altamente subjetiva e discricionária.

Um diálogo com a hermenêutica histórica nos moldes do que Gadamer propõe: a característica inerente do “lugar e contexto” no qual se encontra o intérprete deve ser levada em conta, sendo que a consciência da história efetual<sup>5</sup> é em primeiro lugar consciência da situação hermenêutica. Este é um dos aspectos centrais desta reflexão, o que nos permite confrontar os principais espaços de resistência na aplicação do ECA, desde a linguagem até a concepção de adolescência e de delinqüência na adolescência. A dimensão cultural e o contexto ganham assim contornos importantes a serem considerados na busca por respostas de por que a lei é tão rechaçada, e para muitos não saiu do papel.

---

4 Em um grande número de casos os argumentos da proteção da sociedade e da auto-proteção do adolescente são invocados como fundamentação para a imposição da privação de liberdade.

5 A consciência histórica efetual, na formulação de Gadamer, representa a tomada de consciência da própria consciência histórica de que, na suposta imediatez com que se orienta para a obra ou para a tradição, estão sempre em jogo outros questionamentos, ainda que de uma maneira despercebida e, por conseqüência, incontrolada. Quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramos-nos sempre sob os efeitos dessa história efetual. Ela determina de antemão o que se mostra a nós de questionável e como objeto de investigação, e nós esquecemos logo a metade do que realmente é, mais ainda, esquecemos toda a verdade deste fenômeno, a cada vez que tomamos o fenômeno imediato como toda a verdade. A consciência da história efetual é em primeiro lugar consciência da situação hermenêutica (GADAMER, 1999).

## 2 TEORIAS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UMA APROXIMAÇÃO NECESSÁRIA

Na seara do Estatuto da Criança e do Adolescente são numerosos os autores que defendem, ainda que de forma despropositada,<sup>6</sup> a busca da *voluntas legislatoris*, enfatizando que em razão do momento histórico no qual se aprovou o Estatuto e dada sua ruptura com o modelo anterior,<sup>7</sup> do Código de Menores, é imperativo que a vontade do legislador estatutário seja observada nas práticas da Justiça Especializada.

Oportunamente, o reconhecimento de que o Estatuto da Criança e do Adolescente inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro um Sistema de Garantias e de Direitos para todas as crianças e adolescentes, consubstanciado em um conjunto de novos referenciais teóricos<sup>8</sup> é o fundamento utilizado para uma interpretação que

---

6 Consideramos despropositadas as propostas de interpretação do ECA que reivindicam a vontade do legislador sem refletir sobre o significado de tal estratégia no campo da teoria da interpretação do Direito.

7 É importante observar, contudo, que a recuperação dos diferentes sistemas de responsabilização de adolescentes revela que as primeiras legislações eram fundadas na lógica da mera imputação criminal, ou na lógica da tutela, sempre com vistas a coibir a criminalidade infanto-juvenil. A última etapa, correspondente à entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, é significativamente distinta, pela incorporação de instrumentos para a efetivação de direitos individuais diante da família, da sociedade e do Estado (SPOSATO, 2006, p. 55).

8 Do ponto de vista doutrinário, a superação da doutrina da Situação Irregular pela da Proteção Integral está explicitada no primeiro artigo do Estatuto da Criança e do Adolescente, evidenciando um caráter diametralmente oposto ao de vigilância presente no Código de Menores de 1979: “Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.” No que se refere à natureza das ações e à caracterização do novo Sistema, o caráter filantrópico é substituído pela criação de políticas públicas específicas voltadas à proteção e defesa dos direitos da infância e adolescência e, de outra parte, o fundamento assistencialista presente nas etapas anteriores é também abandonado pelo reconhecimento de que crianças e adolescentes, enquanto sujeitos de direitos, gozam de direitos subjetivos. Nesse sentido dispõe o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.” (SPOSATO, *op. cit.*, p. 55).

alcance a compreensão do pensamento do legislador, e, portanto se caracterize como *ex tunc*.

Nesse diapasão, de acordo com Tércio Sampaio Ferraz Jr., o fundamento da abordagem subjetivista repousa na concepção da ciência jurídica como ciência hermenêutica e da interpretação como compreensão do pensamento do legislador, e desta forma interpretação *Ex tunc* (desde então, isto é, desde o aparecimento da norma).<sup>9</sup>

Esta perspectiva interpretativa se coaduna com aquela de Savigny,<sup>10</sup> fundada na concepção de que o texto da lei era expressão de *mens legislatoris (ou voluntas)*, e sendo assim, “interpretar é compreender o pensamento do legislador manifestado no texto da lei”. Uma dimensão histórico-genética da lei, que carrega as tintas na consideração do processo de gênese da legislação.

Em outro sentido, o método objetivista/objetivo ou sistemático intenta independentizar o texto da lei de seu apoio subjetivo. Trata-se de buscar uma evolução em função do contexto jurídico e deste modo, o papel do juiz é atualizar a regulamentação de acordo com as mudanças legislativas que a cercam. Não é a lei que é considerada completa, e sim o sistema jurídico em seu conjunto e espírito.

Em Karl Larenz, podemos encontrar esta tendência mais objetivista na medida em que sua formulação aponta para a busca do sentido da lei. Para os objetivistas, a lei uma vez aplicada irradia uma ação que lhe é peculiar, que transcende aquilo que o legislador havia intentado, quase que adquirindo vida própria e, afastando-se desta forma dos ideais de seus autores. Larenz chega a afirmar categoricamente que:

O escopo da interpretação só pode ser, nestes termos, o sentido normativo do que é agora juridicamente determinante, quer dizer, o **sentido normativo da lei**. Mas o sentido da lei que há de ser considerado

---

9 FERRAZ JR, 1980, p.70.

10 Savigny, em fase anterior a 1814, chegou a afirmar que interpretar era mostrar o que a lei diz. A alusão ao verbo *dizer* nos faz ver que Savigny estava preocupado com o significado textual da lei. A questão técnica era determinar o sentido expresso nas normas. Daí a elaboração de quatro técnicas: a interpretação gramatical, que procurava pelo sentido vocabular da lei, a interpretação lógica, que visava ao seu sentido proposicional, a sistemática, que buscava o sentido global ou estrutural, e a histórica, que tentava atingir o sentido genético.

juridicamente determinante tem de ser estabelecido atendendo às intenções de regulação e às ideias normativas concretas do legislador histórico, e, de modo nenhum, independentemente delas.<sup>11</sup> (grifo nosso)

Cabe ponderar, contudo, que na proposta de Larenz também se pode perceber uma tentativa unificadora.<sup>12</sup> Ainda que privilegie a interpretação dirigida à indagação do sentido normativo (atual) da lei, rechaça a unilateralidade de ambas as teorias, na medida em que prescreve a necessidade de consideração da intenção do legislador histórico, o entrelaçamento do processo de gênese da lei com a adequação e acomodação do texto da lei ao presente vivo.<sup>13</sup>

Para a doutrina objetivista, portanto, a norma tem um sentido próprio, determinado por fatores objetivos, independente até certo ponto do sentido que quis dar-lhe o legislador. Nesta direção, a interpretação se constitui como compreensão *Ex Nunc* (desde agora, ou seja, em consideração à situação atual à qual se aplica), ressaltando-se o papel dos aspectos estruturais e do contexto significativo da lei.<sup>14</sup> A busca pela *voluntas (ou mens) legis* ou ainda o sentido normativo da norma indica que a atividade interpretativa do julgador prevalece sobre a vontade do legislador, delineando que o Direito seja mais aplicação que norma.<sup>15</sup>

Como ressalta Bourdieu:

A interpretação opera a historicização da norma, adaptando as fontes a circunstâncias novas, descobrindo nelas possibilidades inéditas, deixando de lado o que está ultrapassado ou o que é caduco.

---

11 LARENZ, *op. cit.*, p. 448.

12 Alguns autores a exemplo de Koch/Rüssmann denominam esta concepção de teoria unificadora. (LARENZ, *op. cit.*, p. 449).

13 Inegável novamente a influência de Savigny nesta formulação, pois seu pensamento sempre apontou para a existência “fundante” dos “institutos do direito” que expressam “relações vitais” responsáveis pelo sistema jurídico como um todo orgânico, um conjunto *vivo* em constante movimento.

14 O contexto significativo da lei determina a compreensão de uma passagem do texto codeterminada pelo contexto. É dizer, desempenha um papel de concordância objetiva entre as disposições legais singulares, oferecendo um apoio importante à interpretação, pois exprime a concordância material das disposições dentro de uma regulação.

15 GROSSI, 2003

Dada a extraordinária elasticidade dos textos, que vão por vezes até à indeterminação ou ao equívoco, a operação hermenêutica de *declaratio* dispõe de uma imensa liberdade.<sup>16</sup>

De plano se estabelece outra questão igualmente importante, qual seja a da liberdade do intérprete e do risco do arbítrio judicial, que pode decorrer como o próprio Larenz reconhece da:

tentação de deixar de lado o complicado e nem sempre satisfatório caminho relativo à interpretação e aplicação da lei, retirando assim a resolução de seu sentimento de justiça aguçado pela sua atividade judicial, do seu próprio entendimento do que aqui é justo e equitativo.<sup>17</sup>

Nesse aspecto uma abordagem puramente objetivista da lei levaria, de um lado à uma aplicação relativista do conteúdo sancionador das medidas socioeducativas, tendo em vista a dificuldade ou ilegitimidade do Estado em exigir responsabilidade quando não disponibilizou todos os elementos necessários para que a resposta do destinatário fosse conforme a norma. Esta é a posição decorrente de uma Teoria do Sujeito Responsável formulada por Bustos Ramirez e Hormazábal Malarée que concebem a discussão de responsabilidade com relação a uma pessoa determinada em um marco social concreto.

Segundo os autores, o problema da responsabilidade não diz respeito unicamente ao indivíduo ao qual se atribui um ato, e sim ao Estado no que concerne à sua capacidade ou legitimação política para exigir responsabilidade. Em outras palavras, a capacidade que possui o Estado de exigir a observância de suas proibições ou mandatos não é a mesma com relação a todas as pessoas. A dimensão ou intensidade desta capacidade de exigir varia de acordo com cada pessoa e a relação com suas circunstâncias pessoais e, de sua relação com o Estado. Consequentemente, o Estado somente pode exigir responsabilidade pelo comportamento antinormativo se disponibilizou todos os elementos necessários para que a resposta fosse conforme a norma.<sup>18</sup>

---

16 BOURDIEU, *op. cit.*, p. 223.

17 LARENZ, *op. cit.*, p. 492.

18 BUSTOS RAMIREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, 2004.

Assim, o reconhecimento da dignidade humana de todo adolescente impõe a existência de uma “justiça relativa” que introduza em seu funcionamento o critério da sanção mais adequada para cada caso concreto. A justiça, nessa perspectiva, passa a caracterizar-se como ação social, na medida em que reconhece também o delito ou o ato infracional praticado por adolescentes como fato social, para além dos marcos estreitos da lei e do direito penal.<sup>19</sup>

O outro extremo, que parece refletir a realidade de interpretação atual do ECA, toma como prioridade a defesa social, uma suposta prevenção especial da delinquência juvenil, e uma tendência de inocuização ou neutralização do infrator. Por inocuização, podemos compreender os efeitos altamente segregacionistas da resposta penal que deixa de se dirigir à ressocialização ou integração social para atuar como um instrumento de “apartação” e distanciamento dos indesejados.<sup>20</sup> Um adolescente autor de infração penal representa no imaginário coletivo o *portador do mal*, o *portador da violência*.

Para fundamentar, válido afirma os pensamentos de Norbert Lechner, em que discute as reações à violência e à delinquência, apontando sua dimensão como reflexo dos medos ocultos ou interiores de uma sociedade. Ele pondera que provavelmente nenhuma representação do imaginário coletivo seja tão funcional como a interpretação da delinquência juvenil, que resulta emblemática – por sua irracionalidade e imprevisibilidade.<sup>21</sup> O impacto social dos fatos delituosos cometidos por adolescentes e sua forte repercussão pública, que em muitas ocasiões excede os marcos de proporcionalidade em relação à preocupação com a criminalidade adulta, à corrupção, o comércio ilícito de drogas e outras expressões de violência que afetam nossa sociedade, pode encontrar uma explicação na falta de discussão das reais causas da violência, e também por que não dizer na busca de um bode expiatório.<sup>22</sup>

---

19 BUSTOS RAMÍREZ, *op. cit.*, p.173.

20 Francisco Muñoz Conde esclarece que a inocuização ou incapacitação se destina aos delinquentes considerados incorrigíveis, ou também para aqueles que cometeram delitos graves. Em regra, a inocuização substitui qualquer finalidade ressocializadora e tem como função assegurar o afastamento do condenado do convívio social. (MUÑOZ CONDE; HASSEMER, 2001).

21 LECHNER, 1995.

22 Winfried Hassemer trabalha com a chamada Teoria do Bode Expiatório para demonstrar que no que tange à ideia de reprovação presente nas sanções e disseminada

Nesta direção, o *contexto significativo da lei* se revela altamente punitivo e não por acaso permissivo de uma interpretação em prejuízo dos direitos individuais dos adolescentes acusados, configurando ainda uma categoria social definida, a do adolescente infrator.

Como assevera Bourdieu:

Em resumo, o juiz ao invés de ser sempre um simples executante que deduzisse da lei as conclusões diretamente aplicáveis ao caso particular, dispõe antes de uma parte de autonomia que constitui sem dúvida a melhor medida da sua posição na estrutura da distribuição do capital específico de autoridade jurídica, os seus juízos, que se inspiram numa lógica e em valores muito próximos dos que estão nos textos submetidos à sua interpretação, têm uma verdadeira função de invenção.<sup>23</sup>

Como se vê, ambas as abordagens apresentam fragilidades. A subjetivista se baseia na ideia de uma vontade do legislador a ser descrita e revelada pelo intérprete. Não considera, entretanto que se trata de mera ficção, já que o legislador, sobretudo, na atual dinâmica do processo legislativo não pode ser facilmente identificado e o resultado final do processo legislativo mais bem indica um resultado possível alcançado da correlação de distintas forças e setores que atuam na propositura de novas leis.

Em contrapartida, a teoria objetivista aposta na consideração dos fatores objetivos que possam determinar uma suposta vontade da lei,<sup>24</sup> sem considerar, contudo que sua delimitação também exige uma tarefa interpretativa, o que favorece um subjetivismo sub-reptício que coloca a vontade do intérprete acima da vontade

---

no senso comum, a sociedade afetada pelo mal o projeta sobre a pessoa individual, e acaba por desejar que a mesma seja afastada ou expulsa. A identificação de um Bode Expiatório resulta, portanto de um mecanismo psicosociológico diante do crime e da violência (SPOSATO, 2005).

23 BOURDIEU, *op.cit.*, p.223.

24 A expressão «vontade da lei» é criticada por Larenz pois encerra uma personificação injustificada da lei, que só é apropriada segundo ele, para encobrir a relação de tensão que a cada momento pode surgir entre a intenção originária do legislador e o conteúdo «em permanente reformulação» da lei, conteúdo que hoje deve ser considerado como determinante. O «sentido normativo da lei» não exclui, antes inclui, esta relação de tensão; está, portanto, sempre referido também à vontade do legislador.

do legislador, o que secundariamente desloca a responsabilidade do legislador na elaboração do Direito para o intérprete.<sup>25</sup>

Pode-se pensar que, da combinação das três abordagens, emerge um caminho interpretativo que inclui além do contexto formado pela linguagem jurídica, o contexto formado pelo sistema jurídico de referência e o contexto societário global<sup>26</sup> no qual as consequências da decisão irão impactar.

### 3 REALIDADES INTERPRETATIVAS EM TORNO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO DE ADOLESCENTES

A medida de internação consiste, desse modo, em real e efetiva privação de liberdade em estabelecimento destinado a adolescentes, porém assemelhado aos estabelecimentos prisionais, dadas suas características de instituição total. Trata-se do que Sotomayor identificou como estabelecimentos que se diferenciam das prisões apenas pelo rótulo externo.<sup>27</sup>

A imposição de qualquer medida socioeducativa implica a integração e observância de todos os princípios que informam o Direito Penal Juvenil.<sup>28</sup> E, em se tratando das medidas privativas de liberdade, mais intensa é essa necessidade, a fim de adequar devidamente cada resposta ao caso concreto – por isso os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de desenvolvimento do adolescente.

A privação de liberdade, assim sendo, somente é cabível ante a verificação dos pressupostos objetivos e como condição necessária para que se realize a socioeducação do adolescente.<sup>29</sup> A restrição

---

25 Expressão que simboliza esta posição é aquela que afirma “Direito é o que decidem os tribunais”, como bem ilustra o prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr. (FERRAZ JR., *op. cit.*, p. 72).

26 OST; KERKOVE, *op. cit.*, p. 272.

27 SOTOMAYOR ACOSTA, 1996.

28 Adotamos aqui a expressão “Direito Penal Juvenil” para designar a matéria correspondente à atribuição de responsabilidade a adolescentes autores de ato infracional que integra a normativa da Criança e do Adolescente. Para mais detalhes ver: SPOSATO, 2006.

29 “Durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades

da liberdade deve significar apenas limitação do exercício pleno do direito de ir e vir e não de outros direitos constitucionais.

A construção da ideia de periculosidade dos adolescentes é bastante frequente nos argumentos de justificação da internação. Há uma efetiva criação da periculosidade social dos adolescentes, que passa a ser legalmente presumida e decorrente de condições pessoais ou de status social como “comportamento tendente à delinquência”, reincidência e até mesmo pertinência a determinados grupos de amigos.

Trata-se do que Ferrajoli denominou de utilização de termos vagos, imprecisos e valorativos que derogam a estrita legalidade dos tipos penais e permitem um amplo espaço à discricionariedade e à “inventiva” judicial, o que não deveria ter guarida em um Estado democrático de Direito.

Assim, o que nota-se é a possibilidade de categorias fundadas no desvio de personalidade e na inadaptação ao meio são evocadas para constituir uma periculosidade/perigosidade social que não raras as vezes justifique a privação de liberdade. Tal posicionamento está em oposição ao firmado pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 338/STJ que inclusive remete aos parâmetros do Código Penal, especialmente a redução do art. 115 do mesmo Código.

Podemos aferir em primeiro lugar, aquilo que Gadamer denominou como ponto de partida essencial no método de interpretação: o pertencimento do intérprete a seu texto. Ou seja, o juiz não é livre para tomar distância histórica em relação a seu texto.<sup>30</sup>

Como já referido, a historicidade como característica inerente do “lugar e contexto” no qual se encontra o intérprete é formulada também por Gadamer como pilar de uma hermenêutica histórica. Para ele, não é a história que pertence a nós, mas nós é que a ela pertencemos, o que representa uma solução apenas aparente do problema que o conhecimento histórico nos coloca: “O homem é estranho a si mesmo e ao seu destino histórico de uma maneira muito diferente a como lhe é estranha a natureza, a qual não sabe nada dele”.

---

pedagógicas” (Artigo 123, parágrafo único da Lei 8.069/90).

30 GADAMER, 2007, p. 58.

Muito antes que nós compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira auto-evidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante. A auto-reflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser.<sup>31</sup>

Assim, Gadamer ainda elucida que na conversação hermenêutica, o texto, só pode chegar a falar através do outro, o intérprete. Somente por ele se reconvertem os signos escritos de novo em sentido. Ao mesmo tempo, e em virtude dessa reconversão à compreensão, o próprio tema, de que fala o texto, vem à linguagem. Tal como nas conversações reais, é o assunto comum que une as partes entre si, nesse caso o texto e o intérprete. Tal como o tradutor somente torna possível, na qualidade de intérprete, o acordo numa conversação, em virtude do fato de participar na coisa de que está tratando, também face ao texto, é pressuposto iniludível do intérprete que ele participe de seu sentido.<sup>32</sup>

Sob essa perspectiva, no que toca as visões que sobressaem acerca da adolescência, da prática de infrações penais e do papel e finalidade das sanções devemos ter em mente que toda motivação

---

31 A ideia de preconceito em Gadamer repousa no conceito de preconceito como um primeiro ponto de partida. Uma análise da história do conceito mostra que é somente no *Aufklärung* que o conceito do preconceito recebeu o matiz negativo que agora possui. Em si mesmo, “preconceito” (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes segundo a coisa. No procedimento jurisprudencial um preconceito é uma pré-decisão jurídica, antes de ser baixada uma sentença definitiva. Para aquele que participa da disputa judicial, um preconceito desse tipo representa evidentemente uma redução de suas chances. Por isso, *préjudice*, em francês, tal como *praejudicium*, significa também simplesmente prejuízo, desvantagem, dano. Não obstante, essa negatividade é apenas secundária. É justamente na validade positiva, no valor prejudicial de uma pré-decisão, tal qual o de qualquer precedente, que se apóia a conseqüência negativa. Preconceito” não significa pois, de modo algum, falso juízo, pois está em seu conceito que ele possa ser valorizado positivamente ou negativamente. É claro que o parentesco com o *praejudicium* latino torna-se operante nesse fato, de tal modo que, na palavra, junto ao matiz negativo, pode haver também um matiz positivo. Desta forma, preconceitos podem corresponder à despotenciação da tradição. O que na formulação kantiana representa a coragem de se servir de teu próprio entendimento.

32 GADAMER, *op. cit.*

de uma decisão é antes tentativa de persuasão, sendo certo também que nada garante como adverte Perelman, que cada juiz esteja perfeitamente consciente de todos os móbeis que o inclinam para certa solução.<sup>33</sup> Vale dizer que, a própria ideia de motivação, de justificação de uma decisão, muda de sentido ao mudar de auditório:

Enquanto pela motivação o juiz só tinha de justificar-se perante o legislador, mostrando que não violava a lei, bastava-lhe indicar os textos que aplicava em sua sentença. Mas, se a motivação se dirigir à opinião pública, esta quererá, além disso, que a interpretação da lei pelo juiz seja o mais conforme possível tanto à equidade, quanto ao interesse geral.<sup>34</sup>

No escólio de Perelman, motivar uma sentença é justificá-la, de modo demonstrativo, ou seja, de forma a persuadir um auditório, e o Direito passa a ser simultaneamente, ato de autoridade e obra de razão e de persuasão. Como exercício de um poder, há sempre a possibilidade de uma escolha razoável entre várias soluções, sendo certo que tal escolha inevitavelmente dependa de um juízo de valor.

De modo geral, acredita-se que o juiz preste contas na motivação para os ouvintes a que se dirige e conforme o papel que cada jurisdição deve cumprir. Igualmente, acredita-se que os tribunais inferiores se justifiquem perante as partes, a opinião pública e, sobretudo às instâncias superiores que podem exercer papel de controle em casos de recursos.

Entretanto, dos discursos que comumente se observam em torno da temática, não podemos afirmar que os tribunais estaduais estejam efetivamente preocupados em justificar-se perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que via de regra, vem apresentando uma tendência bem mais receptiva aos pleitos da defesa dos adolescentes. Conforme já assinalado por Flávio Frasseto,<sup>35</sup> um olhar apurado sobre os julgados indica de um lado, a receptividade da Corte Federal aos reclamos da defesa e, de outro, que os graus inferiores da Justiça não têm guardado, com a fidelidade esperada, os direitos

---

33 PERELMAN, 1996, p. 560.

34 PERELMAN, *op. cit.*, p. 560.

35 FRASSETO.

outorgados aos jovens que poderão receber ou que já receberam medidas sócio-educativas.

#### 4 CONCLUSÃO

No campo da interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, os juízes se refugiam no papel de intérprete que apenas realiza uma simples aplicação da lei, e quando realizam obra de criação jurídica tendem a dissimulá-la.<sup>36</sup> O enaltecimento do ato de interpretação visa sublimar a decisão, demonstrando que ela exprime não a vontade e a visão de mundo do juiz, mas sim a *voluntas legis* ou *legislatoris*.

As duas concepções, perspectiva subjetivista e objetivista, da interpretação são em verdade insatisfatórias. Enquanto a perspectiva subjetivista se concentra na revelação da vontade do legislador, acaba por encobrir em uma suposta atividade de historiador, o papel criativo daquele que decide. Em contrapartida, a concepção objetivista da interpretação se arrisca a substituir a vontade do legislador pela do juiz e a suprimir a diferença entre a regra que foi promulgada e aquela que se queria ver instaurar.<sup>37</sup>

Conforme analisa Perelman, “a dialética entre o legislativo e o poder judiciário, entre a doutrina e a autoridade, entre o poder e a opinião pública, que faz a vida do direito e lhe permite conciliar a estabilidade e a mudança”.<sup>38</sup> Cabe aqui destacar na esteira do pensamento habermasiano que existe tal qual advertiu Gadamer uma inegável incindibilidade entre aplicação e interpretação e de igual maneira não há como separar o Direito da Moral.<sup>39</sup>

A redução do direito à lei, ou a chamada “absolutização da norma” no dizer de Heron Gordilho,<sup>40</sup> permite constatar que positivamente e decisão podem ser vistos como termos correlatos, e mesmo

---

36 BOURDIEU, *op. cit.*, p. 219.

37 PERELMAN, *op. cit.*, p. 624.

38 PERELMAN, *Op. Cit.* p.631.

39 HABERMAS, 1997, p.191.

40 GORDILHO, 2008.

as tentativas modernas de fazer da ciência jurídica uma ciência da norma como se dá na Teoria Pura kelseniana não lograram afastar o problema do comportamento humano e suas implicações na elaboração e aplicação do direito. Assim, os intentos em separar o direito e os demais fenômenos culturais, como a política, a religião e a economia não são capazes de se sustentar em face das limitações do pensamento científico-jurídico.

Nesse sentido, o Direito é desafiado a encarar o mito da neutralidade, uma vez que o objeto central da Ciência do Direito não é nem a positivação nem o conjunto das normas positivas, mas o próprio homem que, do interior da positividade jurídica que o envolve, se representa, discursivamente, no sentido das normas ou proposições prescritivas que ele mesmo estabelece, obtendo, afinal, uma representação da própria positivação.

Desse modo, a abordagem jurídica pós-moderna aproxima o Direito da sociologia, pois enquanto aquela cuida dos objetos culturais na lógica do ser, o Direito cuida dos objetos culturais na lógica do dever ser.

Neste aspecto a fragilidade da doutrina jurídico-penal na área de infração penal praticada por adolescentes é sem dúvida uma das razões para a informalidade dos procedimentos que resultam em privação da liberdade. Acredita-se que é possível atribuir, parcialmente esse procedimento a um sistema anterior que limitava a abordagem do direito a poucos e imprecisos dispositivos procedimentais. Como se pode constatar, para a boa doutrina penal brasileira, a questão se resumia, praticamente, ao bom senso e à prudência do magistrado (nem sempre presentes). Tais atitudes subjetivas supririam qualquer outro cuidado externo por parte do poder público. Não havia desta forma, como construir um corpo doutrinário nem formar intérpretes e doutrinadores sobre tais bases. Este legado de exagerada atitude assistencial tem permitido que, mesmo sob a égide do Estatuto, as práticas judiciais atuais sejam ainda inspiradas, muitas vezes, no modelo anterior. Ou seja, a hesitação em adotar um modelo amplamente garantista para o adolescente tem permitido a discricionariedade na apuração da infração praticada e conseqüente aplicação da medida.

Como se pôde perceber, em seus 27 anos de vigência, o Estatuto da Criança e do Adolescente vem sendo interpretado de forma bastante homogênea. Não são poucos os exemplos, que denotam um automatismo na aplicação da medida de internação em desconsideração inclusive a regras expressamente indicadas pela legislação, como é o caso do princípio da excepcionalidade.

Observa-se de um lado, a dificuldade de superação da herança kelseniana do decisionismo e de outro que a discricionariedade foi reapropriada pelos procedimentos argumentativos, ou seja, sob o manto de uma racionalidade argumentativa ainda prevalece à subjetividade do decisor.

Finalmente, poder-se-ia atribuir a esta realidade interpretativa as dificuldades inerentes de uma legislação principiologia, posto que os princípios permitem uma comunicação mais aberta, um número indefinido de hipóteses, uma racionalidade material e não apenas lógico-formal e inevitavelmente enfrentam maiores dificuldades na formação e consolidação da jurisprudência.

Fato é que possivelmente, os juízes podem explorar com um grau substantivo de liberdade, a polissemia, as ambiguidades, as lacunas e a elasticidade da legislação, resultando na aplicação e utilização das medidas de internação como intervenção psicossocial destinada a modificar o sujeito em franco alheamento às regras e princípios processuais penais de garantia. As medidas sócio-educativas, aplicadas sem a observância do devido processo legal e do contraditório, constituem uma ferramenta de reforço da exclusão a que muitos ou a esmagadora maioria dos adolescentes estão expostos. A ironia é que no momento de sua imposição as medidas sócio-educativas se sustentam num discurso compensatório, já que os adolescentes envolvidos com a prática de infrações penais, sempre revelam em alguma fase de suas vidas direitos negligenciados, desde famílias problemáticas, violência doméstica, baixa escolaridade, defasagem escolar, precária inserção no mercado de trabalho, abandono e vivência institucional em abrigos ou vivência de rua.

A realidade nos remonta ao que Luigi Ferrajoli definiu como ideologia correcional. Historicamente, estas doutrinas e legislações penais de tipo genuinamente correcional se desenvolvem na segunda metade do século XIX, paralelamente à difusão de concepções

organicistas do corpo social: o são e o enfermo, acerca das quais são chamados a exercitar-se o olho clínico e os experimentos terapêuticos do poder. É quando o projeto ilustrado e puramente humanitário de castigar menos se converte no projeto disciplinar e tecnológico de castigar melhor.<sup>41</sup>

Deste modo, conclui-se que da interpretação e do discurso predominante podemos facilmente identificar a visão da sanção jurídico-penal como medicina da alma – mais um bem que um mal para quem a sofre. E finalmente identificar no funcionamento da Justiça da Infância e Juventude e secundariamente dos Tribunais, uma forma atualizada de pedagogismo penal.

## REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Nuevo Sistema de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

\_\_\_\_\_. **Introducción Al Derecho Penal**. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1994.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAVALIERI, Alyrio (Org.). **Falhas do Estatuto da Criança e do adolescente**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal**. 4ª edição. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 1980.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Editora Atlas, 1988.

---

41 FERRAJOLI, 2000.

FRASSETO, Flávio Américo. **Ato Infracional, Medida Socioeducativa e Processo: A Nova Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.abmp.org.br/sites/frasseto>.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. 3ª edição. Bragança Paulista /SP: Editora Universitária São Francisco, 1999.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Método**. Vol. II: complementos e índice. 3ª edição. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2007.

GORDILHO, Heron José de Santana. Por uma dogmática Pós-Moderna. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, homenagem ao Prof. Orlando Gomes, ano 2008.1.

GROSSI, Paolo. **Mitología Jurídica de la Modernidad**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia- entre facticidade e validade**. vol. 1. Trad. Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L. A. **O conceito do direito**. 5ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LECHNER, Norbert. **Los Pátios Interiores de la Democracia: Subjetividad y Política**. 2ª Edição. México/DF: Fondo de Cultura Económica, 1995.

MENDEZ, Emilio Garcia. **Infancia: de los derechos a la justicia**. 1ª edição. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

\_\_\_\_\_. Evolución histórica del Derecho de La Infancia: Por que uma historia de los derechos de la infancia? In: **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. ILANUD, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introducción a la Criminología**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

NINO, Carlos S. Justicia. In: VALDÉS. Ernesto Garzón; LAPORTA. Francisco J.(orgs). **El Derecho y la Justicia**. 2ª edição. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

ORTEGA Y GASSET, José. **O Homem e a Gente – Intercomunicação Humana**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano Ltda, 2005.

OST, François; KERKOVE, Michel van de. **Elementos para uma Teoria Crítica del Derecho**. Colección Teoría y Justicia. Universidad Nacional de Colombia/Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá/D.C.: Editorial Unibiblos, 2001.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996.

\_\_\_\_\_. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

PIRES, Alvaro Penna. Alguns Obstáculos a uma Mutação “humanista” do Direito Penal. **Sociologias**, Revista semestral do Programa de Pós-Gradua o em Sociologia da UFRGS, ano 1, n. 1, Dossiê Conflitualidades, Porto Alegre: 1999.

REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**. Introdu o   Epistemologia Jurídica. 2ª edi o. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. **Inimputabilidad y Sistema Penal**. Santa F  de Bogotá: Editorial Temis,1996.

SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. Culpa e Castigo: Modernas Teorias da Culpabilidade e Limites ao Poder de Punir. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 56, set.-out. 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso – Constitui o**. Hermenêutica e Teorias Discursivas, Da possibilidade   necessidade de respostas corretas em Direito. 3ª edi o. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2009.

VERNENGO, Roberto J. Interpretación del Derecho. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco J.(orgs). **El Derecho y la Justicia**. 2ª edi o. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou.** Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.

**Recebido em: 11/08/2017**

**Aprovado em: 30/10/2017**