



ASSUMPCÃO, André Del Grossi. **Poder punitivo e defesa social: fundamentos de criminologia e disciplina crítica do ato infracional.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2020, 376p.

Introdução

O estudo dos fundamentos do poder punitivo é um dos mais fascinantes assuntos entre todos os ramos do Direito e provavelmente o mais controvertido. Trata-se antes de mais nada da contraposição de argumentos de justificação da *violência*, uma vez que mecanismos de limitação e execução formal não obliteram sua natureza intrínseca como instrumento de afirmação de poder junto à convivência comunitária organizada, nem o sofrimento que vai envolvido.

Ao longo da história do pensamento penal, encontra-se a sucessão dialética entre sucessivas pretensões de avanços e retrocessos na extensão e gravidade das penas, que se reproduzem desde o pressuposto básico da igualdade de todos perante a lei, até a desconfiguração mesma da punição como *mal*, para que se entenda como *remédio* à doença individual ou social.

Mesmo hoje em dia, movimentos de política criminal nem sempre se mostram muito claros em relação a sua fundamentação teórica, seu enfoque justificador ou crítico, e por vezes não têm caráter unívoco. Por esse motivo, a

comparação da legislação com as teses doutrinárias sobre os fundamentos da pena tem ainda hoje potencial para surpreender e indignar.

Neste texto, estudam-se em três partes primeiramente as principais linhas doutrinárias de fundamentação do poder punitivo, em segundo lugar as críticas contemporâneas ao exercício da punição e por fim os aspectos que dizem respeito à evolução e sobrevivência do enfoque de Defesa Social sobre a repressão da delinquência juvenil, notadamente em nossa região de Brasil e Argentina.

No sentido destacado por Alessandro Baratta (prefácio a Batista, 2003: 25), é útil perguntar-se por que as características do poder punitivo têm importância para estudo do conflito de crianças e adolescentes com a lei penal; ou em sentido inverso, por que os mecanismos de repressão à delinquência juvenil são tão emblemáticos ao sistema punitivo de modo geral.

As respostas – não apenas uma – têm relação com o público a quem esteve historicamente dirigida a punição criminal: em sua maioria os pobres, os reconhecidos como fracos, os ditos

anormais, os marginalizados de toda forma, mas também o modo singular como a repressão penal juvenil surgiu como parte do direito penal comum e se separou ao longo do tempo para tomar formalmente um lugar diverso e mistificador de seu conteúdo sancionatório e sua carga retributiva.¹

Veja-se que se o poder punitivo se exerce preferencialmente entre os pobres, há que ponderar que a maioria dos pobres no Brasil e na Argentina são jovens, muitos deles ainda crianças e adolescentes.

De outra parte, a invocação de características *fundamentalmente* diferenciadas ao novo Direito Socioeducativo nem sempre permite que se vejam claros os objetivos de *castigo ou prevenção penal* puramente neutralizadora, que sobrevivem inadvertidamente em meio ao direito juvenil, por exemplo.

Com exceções, a crítica criminológica não parece sempre atenta ao problema da legislação para jovens em conflito com a lei e deixa passar muitas vezes fora de percepção o conteúdo marcadamente *penal* que existe nas medidas de integração social ou socioeducativas. Isso ao ponto de dizer-se que, citando-se Rosa del Olmo, “[...] na América Latina, a Criminologia crítica também ‘esqueceu-se’ das mulheres assim como dos menores, apesar de suas situações extremas, merecerem prioridade.” (Alimena, 2010: 44)

O público – talvez por ser adulto ao tempo destas ponderações - se esquece de que o direito não está dirigido somente aos mais velhos, mas também aos mais jovens e que todas as pessoas e povos já corresponderam um dia a meninos e

meninas, que há filhos e netos, todos “destinados a absorver as mudanças históricas de suas vidas e continuar fazer a histórica para seus descendentes” (Erikson, 1968: 45, em tradução literal).

Cada exercício específico do direito de punir do Estado leva consigo uma profunda carga simbólica e de objetivos que se devem ter sempre em vista para correção dos excessos ou debilidades relacionadas ao sistema legal. A revisão de suas características e a busca do sentido que verdadeiramente têm na atualidade está relacionado a um significado mais amplo de resistência às políticas criminais cegas que não consideram as consequências últimas da intervenção pública ou que as ocultam, propositalmente ou não.

Por isso, a atenção aos direitos e garantias em matéria de Direito da Infância e da Juventude não é assunto que interesse apenas aos adolescentes implicados por ato infracional, às vítimas da delinquência juvenil cotidiana ou mesmo aos profissionais da Justiça, mas a toda a sociedade. Buscar compreender o dilema e colaborar com respostas eficazes é mais propriamente um dever de todo cidadão. Em sentido semelhante, Boaventura de Souza Santos destaca sua visão de “cidadania” menos como simples atribuição de direitos, senão como “missão pública” de defesa do multiculturalismo contra a imposição de valores a quem sobre eles não foi sequer consultado:

“[...] a cidadania como um encargo, a cidadania como uma missão pública, a cidadania como uma prioridade do serviço à comunidade e à solidariedade e não apenas a cidadania passiva, reduzida a um

¹“La correlación entre la delincuencia y la clase baja o marginal es evidente. La reprimenda penal se encuentra dirigida a un segmento social de niños bien determinado, con el agravante de que

esta reprimenda se efectúa en grosera violación de elementales, y por ende fundamentales, derechos y garantías de esos niños.” (FELDMAN, 1998: 109)

conjunto de direitos pelos quais às vezes se luta, outras vezes nem isso e que no fundo fazem com que a vida privada e nomeadamente a vida econômica absorva totalmente o cidadão e o transforme no fundo num espectador, relativamente passivo do jogo político e do círculo político que à volta dele se desenrola. [...]” (Gandim; Hypolito – entrevista com Boaventura de Souza Santos, 2003: 11-13)

Especialmente no que diz respeito a nossa legislação juvenil, desde o final do Século XIX até as últimas décadas do Século XX, a repressão à delinquência juvenil no Brasil e na Argentina (como espelho da ideologia penal que se desenvolvia nas demais partes do mundo) experimentou um progressivo distanciamento do direito penal clássico em razão de considerações positivistas criminológicas e culminou por situar-se fortemente em um campo próprio do ordenamento jurídico.

Campo próprio mas não necessariamente menos repressivo, considerando-se que o antigo “Direito de Menores” foi então construído sobre teses correccionalistas de Defesa Social e noções extremamente imprecisas de “abandono” ou “situação irregular” que recusaram completamente a incidência do princípio da Legalidade Estrita (no Brasil consagradas pelo Decreto n. 17.943-A e pela Lei n. 6.697, famosos Códigos de Menores de 1927 e 1979; e na Argentina pelas Leis n. 10.903 e 22.278, respectivamente dedicadas à regulação do Patronato de Menores e do “Régimen Penal de Menores”, nos anos de 1919 e 1980).

O sentido dessas normas fica mais claro com a leitura dos artigos 14 e 15 do referido texto sobre o Patronato de Menores argentino :

“ARTÍCULO 14.- Los jueces de la jurisdicción criminal y correccional en la Capital de la República y en las provincias o territorios nacionales,

ante quienes comparezca una persona menor de 18 años, acusado o como víctima de un delito, deberán disponer preventivamente de ese menor si se encuentra material o moralmente abandonado o en peligro moral, entregándolo al Consejo Nacional del Menor o adoptando los otros recaudos legales en vigor. A ese efecto, no regirán en los tribunales federales ordinarios de la Capital Federal y de los territorios nacionales, las disposiciones legales sobre prisión preventiva, la que sólo será decretada cuando el juez lo considere necesario, y se cumplirá en un establecimiento del Consejo Nacional del Menor. Podrán también dejarlos a sus padres, tutores o guardadores bajo vigilancia del Consejo Nacional del Menor.

ARTÍCULO 15.- Los mismos jueces, cuando sobresean provisoria o definitivamente respecto a un menor de 18 años, o cuando lo absuelvan, o cuando resuelvan definitivamente en un proceso en que un menor de 18 años haya sido víctima de un delito, podrán disponer del menor por tiempo indeterminado y hasta los 21 años si se hallare material o moralmente abandonado o en peligro moral, y en la misma forma establecida en el artículo anterior.”

Também assim quando o que se vê da norma do artigo 2.º do referido Código de Menores brasileiro de 1979, que não faz tanto tempo assim definia em situação irregular – inclusive para fins de internação em casas de correção – o jovem que fosse ou estivesse:

“1) privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; 2) vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; 3) em perigo moral devido a: a) encontrar-se, de modo

habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; 4) privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; 5) com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; 6) autor de infração penal.”

Note-se que a condição de *autor de infração penal* é apenas uma (com igual importância que as demais) entre várias hipóteses *não delitivas* que autorizavam a intervenção repressiva do poder público. Não se distinguia a execução das medidas aplicadas aos internos em razão de pobreza ou abandono ou delinquência; e para todos cabiam as mesmas medidas de “prevenção” especial, sem distinção, apesar de seu caráter flagrantemente punitivo.

Já tivemos a oportunidade de assinalar (Assumpção; Silvestre, 2009) que existe uma destacada semelhança de tratamento normativo entre a atenção aos pobres durante o Século XX e a repressão à delinquência juvenil no mesmo período. De fato, a análise das fases de atenção à infância e à adolescência revela profunda conexão com as fases de evolução temporal das normas repressivas criminais (conforme será explicitado adiante em relação às principais teorias que levaram à identificação entre pobreza e delinquência).

Aliás, fruto de uma concepção de época, a negação da legalidade estrita na resposta à delinquência juvenil era inicialmente bem vista por juristas como o brasileiro Francisco Pereira Bulhões de Carvalho, cuja sutileza do discurso merece atenção:

“[...] não se pode admitir que os ‘menores infratores’ (denominação moderna dos ‘menores delinquentes’) constituam categoria jurídica. [...]

E pode [...] o menor não haver praticado nenhuma infração penal, e, entretanto, revelar tendência criminosa ou acentuada propensão para a mendicidade, vadiagem, prostituição ou indisciplina para os quais o simples internamento em estabelecimento de assistência se mostre insuficiente e, em tal caso, a tal menor NÃO INFRATOR deverá ser aplicada a medida de prevenção criminal mais grave, qual seja a de internamento em instituição de reeducação [...]” (Carvalho, 1977: 234 e 235)

Por isso, não se crê errado dizer que o direito *tutelar* da infância e da juventude se converteu historicamente em um rascunho, ou melhor, uma *caricatura do direito criminal dos adultos*. Assim, se por um lado o direito criminal avançou por experiências ruins junto aos Estados totalitários para em seguida avançar a uma nova perspectiva de políticas *garantistas* (mesmo que contrapostas a movimentos de nova criminalização que por vezes ocorrem), o Direito Penal Juvenil/Direito Socioeducativo não seguiu pelo mesmo caminho e *negando-se a si mesmo enquanto instrumento de repressão*, manteve-se de certo modo em uma perspectiva confusa de sentido, objetivos e destino.

De forma simples como convém a título de introdução ao texto, desde já adverte-se ao leitor que não se desconsidera o importante avanço verificado ao final do Século XX, quando a inspiração dos Direitos Humanos ajudou a traçar novos parâmetros para o Direito Socioeducativo e introduziu a preocupação com certas garantias e limites na repressão à delinquência juvenil. Assim se veem especialmente diferentes iniciativas das Nações Unidas, com destaque para as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (“Regras de Beijing”) de 1985, a Convenção Internacional sobre os

Direitos da Criança, aprovada em 1989, ou as Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil (Diretrizes de Riad), de 1990.

Em nosso país também houve avanços, com novos textos constitucionais e de lei que aprofundaram uma perspectiva mais garantista e exigente para o intento de mudança da realidade da repressão aos desvios praticados por jovens, buscando a promoção individual e social de toda a juventude, mas especialmente dos pobres e marginalizados.

No entanto, a indagação que insistir em persistir está relacionada ao nível de *garantismo* que efetivamente essas normas asseguram e se ao menos as crianças e os adolescentes estão detêm tantas garantias contra o poder punitivo quanto detêm os implicados adultos.

Pensar sobre o tema *é algo revelador*, que traz à luz aspectos que ainda não estão bem definidos na crítica (sempre ufanista) do novo Direito Penal Juvenil/Socioeducativo e que desafiam a afirmação de que o modelo tutelar está completamente superado em nossos países. Isso porque efetivamente *não está* e segue mais ou menos oculto ou mesmo em alguns aspectos abertamente recepcionado em diferentes formas que serão mais oportunamente aclaradas adiante.

Como se disse, o estudo está composto de três partes, a primeira delas relativa aos fundamentos do poder punitivo do Estado, com capítulos que descrevem o conteúdo principal dos enfoques clássico retributivo (como decorrem das lições dos filósofos contratualistas), positivista criminológico e preventivo de Defesa Social.

A segunda parte está composta pelo convite à crítica sobre o poder punitivo, desde o ponto de vista da Sociologia Criminal, Nova Criminologia ou também

chamada Criminologia Crítica, assim como chama a atenção para um caminho alternativo representado pelo movimento garantista (que não nega a necessidade da intervenção penal, mas busca controlá-la por meio de garantias de aplicação estrita).

Finalmente, na terceira parte, o texto está devotado ao desenvolvimento da repressão penal juvenil especificamente, incluindo o histórico da legislação de nossos países (Argentina e Brasil), seguindo-se a avaliação de nossos ordenamentos para confronto com as diferentes teorias fundamentadoras e críticas do poder punitivo, para avaliação de sua verdadeira vocação teórica.

Essa instigante revelação das ideias por trás das normas contraria o senso comum que a doutrina tem sobre problemas como a Legalidade Estrita e o nível de garantias que nossos ordenamentos reconhecem à matéria, assim como revela defeitos na legislação argentina e brasileira que permitem a persistência irrefletida de alto grau de discricionariedade dos agentes públicos e aponta o caminho para mudanças normativas pertinentes.

Ora, é sabido que a ideologia tutelar tem como panorama de fundo o encobrimento de conflitos sociais que estão relacionados à *identificação da delinquência e do delinquente* em meio ao universo dos fatos sociais, sem que necessariamente haja esforços genuínos para resolução daqueles conflitos mesmos:

“A análise das funções concretas da doutrina da situação irregular remete às vicissitudes das políticas sociais básicas no contexto latino-americano. A essência dessa doutrina se resume na criação de um marco jurídico que legitime uma intervenção estatal discricionária sobre esta sorte de produto residual da categoria infância, constituída pelo mundo dos ‘menores’. A indistinção entre

menores abandonados e delinquentes é a pedra angular deste magma jurídico. Nesse sentido, a extensão do uso da doutrina da situação irregular resulta inversamente proporcional à extensão e qualidade das políticas sociais básicas.

[...] No velho contexto da doutrina da ‘situação irregular’, as forças policiais eram colocadas institucionalmente para realizar o trabalho ‘sujo’ produto da ausência de políticas sociais básicas e de proteção especial.” (Garcia Méndez, 2004: 62 e 112, tradução do autor sobre a publicação em idioma espanhol.)

A revelação de que possam persistir características do Direito Tutelar em nossas legislações para a Infância e Juventude (mais do seria possível imaginar a uma primeira vista) é especialmente incômoda por isso mesmo, porque permite que o sistema repressivo continue servindo ao “trabalho sujo” que resulta da falta de políticas sociais básicas e de proteção especial, a despeito das reformas normativas que possam ser pertinentes.

Escrito originalmente em idioma espanhol para apresentação à banca examinadora do Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais da *Universidad del Museo Social Argentino* de Buenos Aires, o texto está aqui traduzido ao português, assim como vários dos excertos de publicações estrangeiras referidas. Mas foram mantidas no idioma original algumas das citações que – embora complementares ao

conteúdo principal – têm aspectos emblemáticos e/ou em relação às quais se pretende explicitar a precisão do texto original (há textos que são tão surpreendentes que é preciso “ver para crer”).

Outrossim, é preciso advertir que o texto não tem a pretensão de desmerecer os esforços históricos que conduziram ao chamado novo Direito Penal Juvenil (como se vê reconhecido na Argentina) ou Direito Socioeducativo (como é chamado no Brasil), nem há qualquer oposição às considerações críticas que possam ser apresentadas.

É devido ponderar, aliás, que o espírito crítico é próprio dos movimentos tão necessários de Política Criminal e especialmente de defesa de direitos das Crianças e dos Adolescentes em conflito com a lei penal. Por isso, toda crítica aqui exercitada traduz sentido de instigação intelectual, notadamente aos aplicadores e formuladores do ordenamento jurídico. “A agência de reprodução ideológica necessita exercer a crítica permanente das agências judiciais e, por evidência, das políticas (legislativas). É a única forma em que pode deixar de ser uma agência de reprodução ideológica para converter-se em uma agência de dinamização ideológica do sistema penal.” (Zaffaroni, 2009: 245, tradução do autor sobre o original em idioma espanhol.)

ANDRÉ DEL GROSSI ASSUMPCÃO