

# PUNITIVISMO, CRIMINOLOGIA E A IMPORTAÇÃO DE TEORIAS: UM ESTUDO A PARTIR DO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL

*PUNITIVINESS, CRIMINOLOGY AND IMPORT THEORIES: AN STUDY ABOUT YOUTH CRIME PROCEEDING*

**Érica Babini Machado<sup>1</sup>**

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE, Recife/PE, Brasil)

**Milena de Oliveira Santos<sup>2</sup>**

Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP, Recife/PE, Brasil)

**ÁREA(S) DO DIREITO:** criminologia; direito da criança e do adolescente; direito penal.

**RESUMO:** O trabalho discute implicações das características de um Direito Penal subterrâneo na sociedade brasileira, o qual é resultado de metamorfoses na recepção de teorias jurídicas estrangeiras, especialmente as relativas ao controle social formal, no âmbito do sistema juvenil. O problema de pesquisa é questionar em que medida essa particularidade brasileira

manifesta-se em lacunas legislativas da Doutrina da Proteção Integral, no que tange à apuração do ato infracional e à aplicação de medidas socioeducativas (responsabilização juvenil). O uso do marco teórico da criminologia crítica implica partir da compreensão sobre como as teorias criminológicas, importadas acriticamente da Europa, que fundamentaram o poder de punir, foram manipuladas na América Latina para atender aos interesses de manutenção de poder e estabeleceram

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora do Programa e Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Recife/PE. E-mail: ericababini@hotmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/7784333143703014>>.

<sup>2</sup> Promotora de Justiça do Estado de Pernambuco (MPPE). E-mail: millous@hotmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/4591704346984080>>.

uma cultura jurídica de exercício do poder punitivo e que marcam a hermenêutica judicial. Nesse cenário, as aberturas de discricionariedade no Estatuto da Criança e do Adolescente tornam-se práticas de arbitrariedade, como apontam diversas pesquisas. Por tudo isso, o operador do Direito deve exercer uma vigilância permanente na sua prática. Para essa abordagem, metodologicamente, realiza-se revisão bibliográfica e resgate de pesquisas que tratam sobre a aplicação da legislação nos Tribunais.

**ABSTRACT:** *The paper points out the consequences of the process of reception of foreign theories in the Brazilian society. The practice were metamorphosed by lawyers and create a under legal system – especially with themes about formal social control. Starting from this point, authors problematize gaps in the youth criminal law and, underlining the juridic culture created by that punitive power, indicate arbitrary rather than discretionary. The authors use the critical criminology by a decolonial point to understand power mechanisms. Theoric review is done and is used public research on the practice of youth justice.*

**PALAVRAS-CHAVE:** responsabilização juvenil; criminologia crítica; doutrina da proteção integral; ato infracional.

**KEYWORDS:** *youth responsabilization; critical criminology; integral protection doctrine; youth crime.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Criminologia: um saber-poder; 2 Criminologia na América Latina e a metamorfose no processo de importação; 3 A construção do Direito da Infância e da Juventude – As raízes do Código de Menores; 4 Doutrina da proteção integral e hermenêutica jurídica; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Criminology: a knowledge power; 2 Criminology in Latin America and the metamorphose importation; 3 The youth law in Brazil – roots of Minors Code; 4 Integral protection doctrine and judicial hermeneutics; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

O trabalho em questão parte da concepção da criminologia, que, historicamente, é um saber que fundamentou o poder de punir, sendo, portanto, durante muito tempo, um grande regime de verdade e opressões, de modo que ter a criminologia crítica como paradigma de análise significa que, por mais incômodo que seja, reconhecer isto é um ato de honestidade por parte do criminólogo crítico (Zaffaroni, 2003).

Outrossim, o processo de recepção desse saber europeu na sociedade brasileira foi pautado por uma série de metamorfoses ao longo da história e

constituiu uma cultura social e jurídica que ainda imprime formas de pensar e executar o controle social formal.

Partindo desse pressuposto, bem como o fato de que a teoria da Doutrina da Proteção Integral materializada no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) também foi importada e que guarda uma série de dispositivos ambíguos, especialmente no que tange à responsabilização penal juvenil, o objetivo deste ensaio é questionar se há inter-relações entre essas duas perspectivas e quais as consequências, em caso positivo.

Trata-se, portanto, em termos metodológicos, de revisão teórica de bibliografia e análise de legislação a partir do marco teórico da criminologia crítica latino-americana, com a revisão de algumas pesquisas que tratam sobre a aplicação do ECA.

## 1 CRIMINOLOGIA: UM SABER-PODER

Já foi mencionado que a criminologia foi, ao longo da história, um saber que fundamentou o poder de punir, de modo que ser portador do discurso da verdade significa, de certo, detenção de poder, pois “é no discurso que se organizam os regimes de verdades, ordenadores das formas de ver e instituir o mundo. Quem tem a ‘verdade’ tem o poder de dizer o que é normal e o que é desvio, por exemplo” (Brito, 2007, p. 86).

Aliás, o discurso é uma espécie de vontade de verdade que se põe em jogo o poder e o desejo de se dar a última palavra (Bourdieu, 2010); uma manifestação da representação social; é uma peça de oratória para a persuasão, uma ponte entre o pensar e o falar; o pensamento revestido de signo que se torna visível pelas palavras para produzir um sentido. Uma violência de imposição de verdade.

Sem pretender fazer uma incursão histórica, evitando o que Luciano Oliveira (2004) orienta em “Não fale do Código de Hamurabi”, mas que se justifica para se apreender os fundamentos do poder de punir, a origem do discurso criminológico, contrapondo-se à tradição de que o nascedouro tem marco afixado na Escola Clássica e Positivista, é possível identificar elementos da teoria criminológica já na época da Inquisição, em que o martelo das bruxas foi o primeiro livro de criminologia da história; os demonólogos, os primeiros teóricos; e os exorcistas, os primeiros clínicos (Zaffaroni; Batista, 2003).

Foi realmente no período do século XIX que se deu a cientifização do saber criminológico. Com a Revolução Industrial a todo vapor na Inglaterra, a mão de obra era intensamente demandada e teve na casa de correção uma alternativa fundamental para o disciplinamento daquelas pessoas tão bem acostumadas com o campo – de onde partiam em êxodo e a vida pacata e tranquila que desfrutavam (Melossi, 2006).

Para a fundamentação teórica desse exercício de controle, foi produzida uma matriz discursiva comum, baseada na neutralidade científica e na generalização, promovendo uma racionalização justificadora a partir de um quadro teórico centrado em estereótipos e etiológicas, naturalizando o aprisionamento sem qualquer questionamento acerca de seletividade e de questões sociais.

O saber médico, como visto desde a desconfiguração da demonologia, passou a realizar papel fundamental neste novo cenário, indicando, pela medicina individual, a psiquiatria alienista e o higienismo, aqueles sujeitos que seriam portadores de anomalias e imperfeições, devendo ser curados para o bem de todos.

Então a profilaxia social foi guiada pela medicina, que, além de sanar enfermidades, tinha por função estabelecer relações com organização social, indicando leis, auxiliando o Magistrado e vigiando a saúde pública. Tudo ordenado pelos cânones científicos.

A criminologia positivista tem berço neste contexto. Imunizada de críticas, devido ao caráter científico de suas investigações, a própria nomenclatura “estudo do crime” é construída com a finalidade de explicar cientificamente a criminalidade.

A Escola Positiva, originada do estudo da antropologia criminal e da análise dos dados, tem, em Lombroso, o início do estudo do homem sob perspectivas fisiológicas e psíquicas. Nas observações de loucos e delinquentes, percebeu o legista italiano que estes são uma variedade antropológica à parte que apresentam caracteres especiais, desde a patologia à degeneração e ao atavismo, representando, portanto, raças inferiores, diferentes do tipo normal de homem, desenvolvido e civilizado (Lombroso, 1897).

A figura do “homem delincente” define sinteticamente os esforços do saber, indicando um ente diferente, como uma espécie de outra raça da do ser humano. Estabeleceu-se a diferença entre seres inferiores e superiores, e este

mecanismo foi apropriado pelos sistemas punitivos como forma de justificação de sua atuação.

A proposta de defesa social baseava-se na prevenção geral, justificando o sequestro e o isolamento do indivíduo para, ao mesmo tempo, proteger a sociedade e tratar o desviado, afinal, o delinquente era um doente com desvios físicos e psíquicos, e deveria ser colocado em instituições disciplinadoras. Era necessário uma verdadeira rede, posto que as classes perigosas ameaçam naturezas diversas – criminal, sanitária e política – e podiam provocar epidemias, crimes ou rebeldias. O controle de instituições deveria ser completo.

A partir do instante em que se esboça a constituição de um saber médico sobre a sociedade, desde que se inventariam, com o objetivo de normalização, os componentes do espaço urbano, o objeto da medicina adquire uma dimensão de totalidade; o que é passível de intervenção da medicina passa a não possuir fronteiras no interior da vida social. (Machado, 1978, p. 234)

É de bom alvitre atentar para o fato de que o discurso darwinista, em termos políticos, foi a base de sustentação teórica para as práticas conservadoras, especialmente do imperialismo europeu de dominação do mais forte e mais adaptado à seleção natural – a Europa sobre o continente africano e asiático, fato que garantiu a visibilidade e a penetração da ciência evolutiva e determinista dos finais do século XIX, até então desconhecida (Schwarcz, 1993).

Não é necessário adentrar nos detalhes das obras do positivismo bioantropológico de Lombroso, o positivismo idealista de Garofalo e o penal-sociológico de Ferri, porque não é o propósito desta passagem, mas apenas assinalar que o determinismo biológico e social foram construídos como causas da criminalidade, cabendo às estruturas do Estado conter o avanço do doente e curá-lo (Baratta, 2002).

A ciência, portanto, exerceu papel fundamental para neutralizar as críticas e elaborar o desenho teórico da nova demanda, com o objetivo de “proteger o capital, conservar a ordem e não perturbar o progresso” (Del Olmo, 2004, p. 44), não sendo a criminologia somente o desenvolvimento do pensamento científico, mas manifestação para a práxis social da época.

O mais importante neste trabalho é perceber como este conhecimento foi recepcionado no Brasil, não perdendo a noção de que a criminologia é

essencialmente o estudo do curso dos discursos para ordenações em modelos econômicos e sociais (Batista, 2011, p. 33), de modo que é possível perceber como os discursos oficiais fizeram crescer o temor ao “outro”, associando-o ao demoníaco, autorizando a operacionalização e expansão do poder que se gestava como ferramenta para reprimir as emergências (Anitua, 2008, p. 12).

Considerando esse contexto, a presente análise está justificada, uma vez que é fundamental discutir em que medida a importação de teorias salvacionistas dos países centrais, por mais sedutoras que pareçam, estão carregadas da violência colonizadora sobre o mundo periférico. E além de ter se tornado um ente na cultura jurídica, necessário se faz, portanto, a fim de que os países latino-americanos resgatem a sua identidade, “negar o mito civilizatório” (Dussel, 2005, p. 42).

## **2 CRIMINOLOGIA NA AMÉRICA LATINA E A METAMORFOSE NO PROCESSO DE IMPORTAÇÃO**

No final do século XIX, o Brasil era apontado pelos viajantes como um caso único e extremado de miscigenação racial. Um cruzamento que rendeu à população um estigma da deterioração, nas menções europeias, tornando-se, portanto, a questão racial um elemento determinante para os destinos da nação. A hipótese que se lança é que esta é a razão do sucesso das teorias raciais na Europa dos oitocentos, chegada tardiamente no Brasil (por volta da década de 1970) e profundamente acolhida pelos centros de pesquisa e ensino que, à época, congregavam a elite intelectual nacional (Schwarcz, 1993).

Inclusive, esse o modelo racial no Brasil foi consumido e aplicado com originalidade e contradição, pois esse racismo floresce no modelo liberal de atuação política e concepção do Estado – projetando liberdade individual (liberalismo) em um grupo entendido em sua estrutura biológica singular.

Na verdade, o modelo teórico justificava o jogo de interesses da conservação de uma hierarquia social bastante rígida para estabelecer critérios diferenciados de cidadania (o que era contraditório ante a necessidade de ascensão internacional – projeto nacional – que se imperava), exemplificado exatamente na necessidade da elite local consumir a literatura estrangeira, crendo na inevitabilidade do progresso e da civilização. Um mal-estar excessivo, pois, “paradoxalmente, a introdução desse novo ideário científico expunha, também, as fragilidades e especificidades de um país já tão miscigenado” (Schwarcz, 1993, p. 46).

Nesse período, destaca-se o movimento dos propagandistas ou glosadores, nas palavras de Roberto Lira Filho, composto por intelectuais que replicaram o conteúdo do positivismo criminológico europeu sem qualquer preocupação local, em um processo maculado de importação da verdade.

Os glosadores foram, assim, os responsáveis pela “produção” inicial de conhecimento jurídico no País, consagrando o ideal de que a origem da verdade se encontrava nos estudos e escritos provenientes dos países centrais.

A partir da sedimentação teórica do conteúdo importado, o entendimento destes glosadores, a exemplo de Aurelino Leal, consolidou-se no sentido de combate aos incapazes, criminosos, anormais de todo o gênero, mendigos e negros, sob fundamento de que significavam ameaça e degeneração da classe dos homens bons. Viveiros de Castro, na mesma linha de entendimento, sustentava que “o crime é efeito do contágio, transmite-se como um micróbio” (1894, p. 363). E, acolhido por diversos juristas da Primeira República, a estruturação deste pensamento na realidade brasileira é, ainda hoje, extremamente presente.

Na segunda metade do século XIX, em decorrência da drástica redução do fornecimento de escravos e do crescimento vegetativo negativo das famílias escravizadas, iniciou-se um colapso da mão de obra no Brasil. A escassez de mão de obra e o ideal de embranquecimento da população incentivaram a imigração europeia. Entendia-se que “as raças estrangeiras sãs e fortes beneficiam o elemento nacional; da mesma maneira que se importa gado para ser cruzado com o de nossa propriedade econômica para incrementar o negócio” (Rodrigues, 1957, p. 179).

Dessa maneira, ocorreu, no período pós-abolição, no território brasileiro, um fenômeno interessante: o imigrante branco passou a ser visto como mão de obra qualificada, apta a quaisquer trabalhos minimamente intelectuais, enquanto que o ex-escravo passou a ser usado como mera ferramenta de trabalho para atividades exclusivamente braçais. “No caso da América Latina, para classes dominantes, a única raça capaz de obter progresso era a raça branca. As outras seriam consideradas perniciosas porque levavam consigo ‘elementos degenerativos.’” (Rodrigues, 1957, p. 175)

Fisicamente, havia liberdade, porém o negro e seus descendentes foram enquadrados como intelectualmente desqualificados, além de mais propensos, antropológicamente, ao delito, em razão de sua suposta individualidade inferior,

proporcionando, unicamente, a alteração na espécie de segregação, enraizando-se o ex-escravo na base da pirâmide social.

Abolida a escravatura a 13 de maio de 1988, não foi toda forma de atividade que passou a ter apreço no Brasil. [...] o trabalho só era compatível com um reduzido número de profissões e atividades. Nessa escala, todos os tipos de trabalho antes confiados aos escravos e artesãos, bem como as funções subalternas que historicamente lhes eram afins, no comércio e na indústria, estavam desde logo excluídos. (Trindade, 2002, p. 25)

Mais: todos os elementos estruturantes e psicossociais (manifestações culturais, crenças e valores) do ex-escravo eram sinônimo de inferioridade, desconfiança e objeto de criminalização; pontue-se a caça aos capoeiras. Neste sentido, destaca o médico legista Leonídio Ribeiro que as práticas religiosas dos negros eram preocupantes e consideradas um perigo para a sociedade e para a saúde pública (Ribeiro, 1945).

Entoando o discurso marginalizador, Raimundo Nina Rodrigues, importante voz acerca do tema, declarou, de forma recorrente, a suposta superioridade da “raça” branca, que deveria defender-se dos anseios daquelas inferiores (negros, índios, asiáticos e mestiços).

A civilização ariana está representada no Brasil por uma fraca minoria de raça branca a quem coube o encargo de defendê-la [...] contra os atos anti-sociais das raças inferiores, sejam estes verdadeiros crimes no conceitos dessas raças ou seja, ao contrário, manifestações de conflito, da luta pela existência entre a civilização superior da raça branca e dos esboços de civilização das raças conquistadas ou dominadas. (Rodrigues, 1957, p. 174)

Seguiu-se, assim, o processo de socialização dos ex-escravos nascidos em terras tupiniquins e seus descendentes, que não chegaram a conhecer a dor das correntes nos calcanhares, mas nasceram com a marca da segregação em seu tom de pele, suportando as consequências da herança da marginalização social.

Como se vê, a estruturação societária do Brasil foi inaugurada em uma organização fundada no escravagismo e uma servidão ao mercado mundial, com

profundas distâncias sociais, “gerada pelo tipo de estratificação que o próprio processo de formação nacional produziu” (Ribeiro, 1995, p. 82).

E, neste sentido, o sistema punitivo configurou-se como uma ferramenta indispensável para o estabelecimento da ordem, em que as elites – primeiro, lusitanas; depois, luso-brasileiras; e, afinal, brasileiras –, em pânico com o crescimento das classes oprimidas, utilizaram a brutalidade repressiva contra qualquer insurgência ao autoritarismo do poder central e para a dominação do corpo para executar o que era desejado.

Sim, porque o processo de consolidação das relações de produção capitalista precisava se naturalizar, o que se deu com o argumento colonial/imperial da submissão/conquista, devido à “superioridade evidente”, o qual foi vivenciado na carne dos índios, negros e camponeses em profundas transformações dos meios de vida ao longo do tempo, e aqueles que “não conseguirem se incorporar irão desaparecer na totalidade do tempo – espaço eurocêntrico para toda a humanidade” (Lander, 2005, p. 33).

Alertando que a importação do positivismo criminológico se deu de maneira acrítica pelos países periféricos, Rosa Del Olmo (2004, p. 160) pontua que houve uma espécie de escolasticismo, pois “bastava que um fato fosse afirmado por Galileu, Darwin ou Spencer para que fosse acreditado. Os fatos eram aceitos sem qualquer discussão”.

Ainda sobre a exacerbada e incômoda valorização da criminologia positivista europeia, em interessante diagnóstico sobre a aplicação reverencial realizada no Brasil, no que diz respeito à teoria foucaultiana, Luciano Oliveira destaca que, *a priori*, deve-se analisar em que medida a nossa sociedade preenche os requisitos que a caracterizariam como disciplinar. Isso porque este é o primeiro elemento considerado pelo filósofo francês para construção do panóptico, p. ex.

Isso evidencia que devemos estar sempre conscientes: em um país como o nosso, o buraco da disciplina sempre foi mais embaixo. [...] Na verdade, a prisão brasileira do século XIX, mas também a do século XX, desmente dois dos pressupostos fundamentais de uma instituição panóptica: em vez do adestramento das almas, o “espancamento na rua ou no posto policial” como regra (Holloway, 2009, p. 253); e em vez do “princípio da inversão da masmorra” (Foucault, 1977,

p. 177), a masmorra como princípio, pois a endêmica insuficiência de vagas leva à solução mais óbvia, imediata e barata, qual seja entulhar os exíguos espaços com o maior número possível de presos. (Oliveira, 2011, p. 323)

Com esses elementos, o olhar do pesquisador ao tratar de criminologia deve ser redobradamente cuidadoso, portanto. Inegáveis as contribuições dos renomados criminólogos europeus, principalmente na análise acerca dos elementos classe social e gênero. Todavia, existem peculiaridades inerentes aos países periféricos, que, por honestidade, devem ser consideradas na construção de uma teoria criminológica aplicável concretamente na América Latina.

Acerca destas peculiaridades, necessário destacar o papel da elite na formação do Direito brasileiro, pois o protagonismo praticamente exclusivo atuou em um processo que forjou a realidade nacional, reproduzindo em cascata uma inadequação que repercutiu na realidade atual. A inadequação desses paradigmas positivistas dificulta, atualmente, a real apreensão da realidade nacional e macula a correta aplicação dos preceitos criminológicos na análise dos problemas inerentes ao nosso território.

E, neste sentido, destaca Alvarez que os ideais positivistas, da maneira como foram importados para os países periféricos, introduziram e solidificaram a concepção de que a principal espécie de crime que deve ser combatida é aquela de prática urbana individual e, mais, que a etnia originariamente brasileira (negra, mulata, mestiça) possui o estereótipo de homem criminoso. O senso comum e as práticas do operador do Direito brasileiro estão impregnados destas concepções.

Não apenas se voltaram para as assim chamadas classes perigosas, mas que igualmente criaram e fizeram circular concepções e estigmas que impregnaram profundamente o senso comum e as práticas dos operadores do Direito e dos agentes de controle social no Brasil ao longo de quase um século. (Alvarez, 2007, p. 72)

Enfim, verifica-se que a importação dos ideais positivistas realizou-se em território nacional por meio de um processo de metamorfose, tomando como fundamento a inferioridade da “raça” e a suposta degeneração do povo

que justificaria não apenas os altos índices de criminalidade, mas o próprio subdesenvolvimento dos países periféricos, perpetuando-se até a modernidade.

O conceito de degenerescência foi transferido com um “assombroso transplante”, tomando a mestiçagem como o fato de inferioridade, dada a comprovação da superioridade da raça branca, já comprovada pelos estudos científicos da frenologia, desde o século XIX, com Gall e Spurtzheim (Batista, 2011, p. 42).

### 3 A CONSTRUÇÃO DO DIREITO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE - AS RAÍZES DO CÓDIGO DE MENORES

No âmbito da infância e da juventude, verifica-se que estas concepções de cientificismo e “vanguarda” foram responsáveis pela constituição de nossas primeiras instituições repressivas, a exemplo do Laboratório de Biologia Infantil. Fundado no Rio de Janeiro, este instituto praticava exames nos “menores delinquentes” e abandonados, consolidando, em nosso território, o entendimento positivista de fusão entre ciências médicas e jurídicas para a identificação do ser desviante.

As casas de correção, na mesma esteira, destinavam-se a cuidar dos adolescentes.

Houve, de certo, uma justificativa ideológica que fundamentou a incorporação do ideal lombrosiano em território brasileiro: necessidade de aquisição de *status* de primeiro mundo, estratégia política para inserir-se junto aos países centrais e manutenção da exploração de uma classe historicamente oprimida. Esclarece Alvarez (2007, p. 85) que o

conhecimento voltado para a compreensão do homem criminoso e para o estabelecimento de uma política “científica” de combate à criminalidade será visto pelas elites, desde o final do século XIX, como um instrumento essencial para a viabilização dos mecanismos de controle social necessários à contenção da criminalidade no país.

Neste contexto, nasce, em 1929, o primeiro Código de Menores e o Código Penal de 1940, que, inevitavelmente, acabam por incorporar os ideais positivistas por meio da importação cega de seus preceitos.

Com a promulgação do Código de Menores de 1929, as crianças – que, até então, não tinham sido objeto de preocupação – passaram a ocupar posição de destaque nos estudos de criminologia, em razão do reconhecimento de seu *status* de futuro da nação, diante do contexto filosófico de ordem e progresso.

A partir deste momento, inicia-se um processo de moralização e intensificação do ideal de embranquecimento da população brasileira, direcionado também para a população infantil, que implicou, por exemplo, na criação de escolas com acesso exclusivo para crianças brancas na cidade de São Paulo. Tratava-se de uma época de reafirmação da nação, cujos valores vigentes podem ser extraídos do discurso do Senador Lopes Trovão, em 1896: “Temos uma pátria a reconstruir, uma nação a firmar, um povo a fazer [...] e para empreender essa tarefa, que elemento mais dúctil e moldável a trabalhar do que a infância?!” (Rizzini, 2011, p. 23).

Pontue-se que o futuro da nação, sob aquela perspectiva, encontrava-se nas mãos das crianças brancas, pois a prole oriunda dos ex-escravos era tida como exemplo nas indústrias têxteis paulistas, p. ex.

Percebe-se, assim, que a manobra para a manutenção do cenário de marginalização social e perpetuação da exploração da população afrodescendente, permitindo a garantia do poder para a elite branca, foi articulada com fundamento nas mais diversas perspectivas (“científicas”, políticas, econômicas e ideológicas).

A construção política do Estado brasileiro não poderia permitir que fosse diferente com o sistema jurídico, pois o igualitarismo pregado pela República era apenas abstrato, e não real, de modo que se valeu das ideias científicas para legitimar a desigualdade natural e inevitável entre os homens – esse foi o terreno propício para a instalação das correntes positivistas (Ferla, 2009).

Por estas razões que se encaixa perfeitamente a argumentação de que o problema do subdesenvolvimento residia na raça mestiça do povo latino-americano.

A discussão sobre a responsabilização do adolescente em conflito com a lei implicou, historicamente, a preocupação com um sistema especial para atendimento desses sujeitos. A peculiaridade ficou clara com a criação de uma justiça especializada (os primeiros Tribunais de Menores), expressas na junção dos objetivos de controle-proteção, com o dilema crucial de harmonizar defesa

social e piedade assistencial, próprios do paradigma da situação irregular (Alvarez, 1989).

Este quadro demonstrou o anseio moralista da proteção que, muito mais do que um direito, era uma imposição para os menores, de modo que terminou por dividir a infância entre aqueles que precisavam do sistema de justiça – os menores (abandonados e delinquentes) – e os que dela não necessitavam – as crianças.

A legitimação deste discurso, dada pela teoria da defesa social, concedeu aos Tribunais de Menores (do Código de Menores de 1927 ao de 1979) toda a competência para a salvaguarda da sociedade e a proteção da infância abandonada, de modo a preservar a infância em perigo moral em uma espécie de administração da questão penal. As funções do juiz eram de caráter familiar, sendo, pois, um bom pai, vigilante (García Mendez, 1992).

Talvez, a pior das consequências daquele paradigma sócio-penal (protetivo-repressor) moralista tenha sido a negação das liberdades jurídicas, consubstanciadas nas garantias penais e processuais, afastando por completo a dogmática penal clássica. Sentenças indeterminadas, inobservância da legalidade penal, do devido processo legal etc. – a única formalidade seria o caráter disciplinador da intervenção judicial. Na crítica de Zaffaroni (1984), o discurso protetivo era uma espécie de minimização das formalidades para lograr o máximo de repressão material.

A negação das garantias (em tom moralista) foi ainda mais radical com a assunção completa das teorias criminológicas biologicistas, que terminava por enfocar os atos desviantes, desconsiderando o modelo de exclusão, da incapacidade política do Estado de universalizar os serviços básicos de saúde e educação, isto é, a mistificação dos problemas estruturais dos países da América Latina.

Enfim, o objetivo das autoras ao unir as perspectivas históricas foi ponderar que, quando se trata de poder de punir, no Brasil, deve-se levar em conta que existem sistemas paralelos que atuam de forma não oficial de punição. Isto é, de um lado, um sistema penal em sentido estrito, de outro, um modelo paralelo, composto por agências de menor hierarquia, destinado a operar com uma punição tida como menor, razão pela qual gozaria de maior discricionariedade (arbitrariedade).

Nesse sentido, a hipótese aventada neste trabalho é que, neste sistema paralelo, além de se enquadrar o sistema infracional – o qual, por meio de ações não institucionais (ilícitas), promove o controle dos indesejados, mas que é normalizado por termos estatais aceitáveis, como, por exemplo, medida socioeducativa –, devido ao enorme espaço para o exercício da discricionariedade, há o exercício de arbitrariedades.

#### **4 DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E HERMENÊUTICA JURÍDICA**

A doutrina da proteção integral é um processo cujo início reside na Declaração Universal dos Direitos Humanos, deve-se à internacionalização dos Direitos Humanos em geral e a respectiva especificação para a proteção especial a grupo vulnerável, dos quais o Direito das Crianças faz parte por tratar-se de um grupo merecedor de proteção especial em virtude da falta de maturidade física e mental (Coimbra, 2005).

A Convenção dos Direitos da Criança (CDC) de 1989 representou o marco de superação do paradigma punitivo, cientificista, tutelar, eufêmico e excludente do período antecedente.

Apesar de esse não ter sido, cronologicamente, o primeiro documento internacional a tratar da nova postura protetiva, foi o marco mais significativo, englobando vários outros documentos internacionais que se convencionou denominar de Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral à Criança. São os documentos, além da CDC: as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração dos Direitos dos Menores (Regras de Beijing), as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (Regras de Tóquio) e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência (Diretrizes de Riad).

Todas essas legislações são fundadas nos valores e Direitos Humanos, assim como apresentado no preâmbulo do documento: “Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados pela Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (CDC, 1989).

O conjunto das legislações internacionais impulsionou perspectivas de autonomia e garantia, afastando-se dos métodos repressivos para uma orientação

educativa, constituindo um programa de ação – seja como princípio, seja como teoria – que assegura, com absoluta prioridade, os direitos individuais e as garantias fundamentais inerentes à criança e ao adolescente por serem sujeitos de direitos. Tudo isso implica uma dedicação protetiva diferenciada.

O sistema legal regente da criança e do adolescente acolhe a concepção de desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-lhe absoluta prioridade, resguardando o melhor de seus interesses, obrigando os Estados a respeitarem as responsabilidades, os direitos e as obrigações dos pais, posto que, não mais menores, objetos de tutela, passam a ser sujeitos de direitos.

No Brasil, pela primeira vez, na história das Constituições, dois artigos específicos sobre criança (arts. 227 e 228) são inseridos no documento maior.

Com a Carta Maior, o Código de Menores, vigente desde 1979, passava a conflitar com o paradigma assumido pelo Estado. Era imprescindível a elaboração de um novo diploma legislativo pautado na perspectiva da enunciação de direitos, opondo-se ao modelo de encarceramento em massa e punitivista vivenciado até então.

Assim, em 1990, foi promulgada a Lei nº 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), visando propiciar as condições para que os direitos consagrados na Carta Magna pudessem ser concretizados, de modo que tentava romper completamente com os sistemas anteriores (de submissão ao Direito Penal e de tutela menorista).

Nessa legislação, considerando o interesse superior da criança, o nível de discricionariedade é altíssimo, atendendo ao que para a legislação internacional seria recomendável, dada a diversidade de necessidades dos adolescentes:

Regra 6.1 de Beijing – Tendo-se em conta as diversas necessidades especiais dos jovens, assim como a diversidade de medidas disponíveis, facultar-se-á uma margem suficiente para o exercício de faculdades discricionárias nas diferentes etapas dos processos e nos distintos níveis da administração da Justiça da Infância e da Juventude, incluídos os de investigação, processamento, sentença e das medidas complementares das decisões.

No entanto, esse espaço hermenêutico dificulta, inclusive, a definição do tipo do procedimento, porque se na maioria dos dispositivos reproduz princípios processuais penais, em outros, há elementos de processo civil, quando prevê o sistema recursal (art. 198, ECA<sup>3</sup>).

Trata-se de uma questão fundamental, porque, se é civil o procedimento, as preocupações garantistas passam a não ser prioridade. A ambiguidade existe exatamente porque há uma crença de que o objetivo do ECA é a proteção do adolescente, antes mesmo de sua responsabilização, de modo que não vê o procedimento de apuração do ato infracional como um mecanismo repressor e que, por isso, deve necessariamente ser revestido de garantias.

Nisso há consequências. Vejamos.

#### **4.1 A PERIGOSA INTERPRETAÇÃO DO ECA ANTE A PRÁTICA SUBTERRÂNEA DO PODER PUNITIVO BRASILEIRO**

O ECA, partindo da premissa de que as medidas socioeducativas seriam pedagógicas e não sancionadoras, não previu, em seu bojo, o instituto da prescrição. Coube à jurisprudência construir a autorização para a perda do direito de punir do Estado, resultando na Súmula nº 338 do STJ: “A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas”. O paradoxo é que, ao contemplar o instituto, reconhece o cunho punitivo das medidas:

*HABEAS CORPUS – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ATO INFRACIONAL – ANÁLOGO AO CRIME DE FURTO – PRESCRIÇÃO – OCORRÊNCIA – Aplica-se o instituto da prescrição aos atos infracionais praticados por menores, uma vez que as medidas sócio-educativas, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo. (Brasil, 2007)*

Por outro lado, o ECA prevê um procedimento específico de apuração dos atos infracionais (o que, para alguns, teria justificado um Direito Penal Juvenil<sup>4</sup>),

<sup>3</sup> “Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas, adotar-se-á o sistema recursal da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), com as seguintes adaptações.”

<sup>4</sup> Para um excelente apanhado desse conteúdo, conferir a tese de doutorado de Bruna Gisi Martins de Almeida (2016).

mas que em muito se assemelha ao procedimento utilizado para a apuração de delitos praticados por adultos. Inclusive, o próprio estatuto determina que as normas gerais processuais possam ser aplicadas subsidiariamente (art. 152<sup>5</sup> do ECA).

Nesse sentido, o contraditório e a ampla defesa devem ser premissas fundamentais. Contudo, o próprio estatuto parece menoscabar as garantias, quando, por exemplo, autoriza que a imputação de medida socioeducativa de advertência possa ser aplicada somente com “indícios suficientes de autoria”, tal como define o art. 114, parágrafo único.

Talvez o argumento justificante de tal violação às garantias fundamentais resida no fato de a advertência não implicar consequências desastrosas para os adolescentes. Essa argumentação, além de insuficiente – uma vez que o direito fundamental não está condicionado ao dano que a resposta punitiva possa trazer, mas ao modelo de Estado Democrático de Direito –, é também equivocada, porquanto a aplicação reiterada de três advertências pode ensejar a aplicação de medida de internação, posto que o art. 122, II, autoriza a internação pela reiteração de outras condutas graves.

O desdobramento mais grave da ambiguidade do ECA é a legalidade, que deveria ser um elemento primordial, especialmente para a aplicação das medidas socioeducativas, enquanto resposta estatal à prática do ato infracional.

No entanto, esse não é um princípio devidamente respeitado. De início, cumpre pontuar que as medidas socioeducativas não são fixadas por tempo determinado. Aqui, nitidamente, há uma violação à legalidade, bem como à proporcionalidade, na medida em que o ECA não estabeleceu correspondência entre os atos e a quantidade de sanção a ser aplicada. A aplicação corre por tempo indeterminado, sujeito à avaliação judicial, um subjetivismo à margem do controle da legalidade (Costa, 2005).

Na avaliação de García Mendéz (1992), o caráter indeterminado da medida não poderia ser confundido com o caráter indeterminado das sentenças em geral do velho direito tutelar que o era para a proteção do adolescente. Não é nada mais nada menos do que a obrigação da individualização da pena, que, apesar

---

<sup>5</sup> “Art. 152. Aos procedimentos regulados nesta lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente. Parágrafo único. É assegurada, sob pena de responsabilidade, prioridade absoluta na tramitação dos processos e procedimentos previstos nesta Lei, assim como na execução dos atos e diligências judiciais a eles referentes.”

de autorizar a mobilidade judicial para avaliar o caso concreto, não pode fugir aos padrões mínimos e máximos da legislação. Ou seja, caberia ao julgador, no parâmetro entre seis meses e três anos, definir o tempo da medida socioeducativa, sem condicionar as reavaliações para fins de saída ou progressão da medida.

Em se tratando de legalidade, outro ponto é relevantíssimo: as hipóteses de aplicação de medida de internação. São três as causas que ensejam medida de internação (art. 122): I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. Analise-se cada uma delas.

A primeira hipótese traz diversos entraves em termos do princípio da legalidade. Qual é o significado de grave ameaça à pessoa? Não é uma expressão que vincule necessariamente ao capítulo do Código Penal dos crimes contra a pessoa (Costa, 2005, p. 88). Então o que significa?

O que quer dizer grave? Jamais poder-se-ia considerar a gravidade conforme a consciência do Magistrado, o que feriria diametralmente o princípio da legalidade. É bem sabido que a vagueza e a generalidade de algumas normas são uma estratégia de temporização em tempos de clivagem política e tensão social (Sposato, 2009), porém não pode se dar em termos de normas garantidoras da configuração do modelo de Estado.

Poder-se-ia considerar aqueles punidos com reclusão, porém levando em conta que a distinção entre este e a detenção já caduca, a ponto de ser extinta no novo projeto do Código Penal.

A falta de conceituação é dramática, a ponto de permitir interpretações obliteradas, como o caso de internar o adolescente decorrente da prática de ato infracional equiparado a tráfico de entorpecente, como se tornou costume na prática forense das Varas da Infância. O desrespeito à legalidade é tão notório que o STJ sumulou, em 2012, o entendimento de que atos infracionais equiparados a tráfico não implicam automaticamente medida de internação.

Até o STJ chegar ao enunciado da Súmula nº 492 – “O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente” (Brasil, 2012a) –, o Tribunal entendia que a medida, por ser excepcional, somente poderia ser aplicada se houvesse a realização de uma das três hipóteses do art. 122, mesmo

sendo o delito de tráfico de entorpecente crime hediondo, tal como reiterado em precedentes (Brasil, 2012b).

A segunda hipótese apresenta-se como um conceito indeterminado, posto que o legislador não definiu o significado de reiteração de outras infrações graves. De antemão, levando em conta o princípio da legalidade, regido pela taxatividade, e que esta é uma hipótese de privação de liberdade, o que se percebe de pronto é que existe uma extensa possibilidade interpretativa, o que já configura mitigação do princípio, de modo que somente pode ser aceita a hermenêutica mais restritiva possível.

Deste modo, não se deve confundir reiteração com o instituto da reincidência do Código Penal (art. 63). E não pode porque o vetor que orienta o ECA é a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (art. 6º do ECA), de modo que o sistema do adolescente não pode ser orientado nem mesmo igual ou pior do que as regras que norteiam o sistema punitivo de adultos.

Isto significa que pode existir reiteração, sem que haja reincidência, ou seja, não é necessário o trânsito em julgado da decisão referente ao ato anterior. Esta afirmativa, porém, não é firme na jurisprudência nem na doutrina. Mas o certo é que, neste sentido, ter-se-ia um sistema mais gravoso do que adulto, o que, teoricamente, é inviável no sistema de adolescente em conflito com a lei. Por outro lado, o número de vezes da prática do ato infracional deve ser maior. Jurisprudencialmente há o entendimento da prática de três atos infracionais – sejam quais forem os crimes<sup>6</sup>. Mas também há julgados que referem-se à prática de duas condutas infracionais<sup>7</sup>, e mesmo em casos que nenhuma repetição<sup>8</sup> é exigida. Ou seja, é uma aplicação extremamente subjetiva.

<sup>6</sup> É assente na jurisprudência desta Corte o entendimento de que a reiteração referida no ECA somente se configura quando *evidenciada a prática de, no mínimo, três condutas anteriores*, ou o descumprimento de medida aplicada pelo mesmo número de vezes, o que não se verificou na hipótese. (Brasil, 2012c)

<sup>7</sup> Somente ocorre reiteração, para efeito de incidência da medida de internação, quando são praticadas, *no mínimo, duas condutas infracionais graves*, hipótese configurada nos autos. (Brasil, 2012d)

<sup>8</sup> A referência a “cometimento de outras infrações graves” *nada tem a ver com o número de reiterações em ato infracional, mas sim com a natureza igualmente grave de outras infrações, tema próprio da interpretação analógica intra legem, a qual, à luz da letra dos incisos I e II do art. 122 do ECA, autoriza a afirmação do cabimento da medida de internação, embora não se trate de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa, desde que o adolescente renove a prática de ato infracional grave*. (Brasil, 2007b)

Como se observa, não há qualquer respeito à taxatividade nestes termos, até porque não existe legalidade estrita neste sentido. Esta abertura termina por levar a decisões que se baseiam na conduta de vida do adolescente, sem referências ao fato efetivamente praticado pelo adolescente, como se verifica a seguir:

*HABEAS CORPUS - ECA - ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS - INTERNAÇÃO - MEDIDA ADEQUADA - REITERAÇÃO DA PRÁTICA - 1. Os fundamentos do acórdão impetrado são idôneos. A medida de internação é compatível com as circunstâncias concretas do ato infracional praticado pelos pacientes. A situação de risco enfrentada pelos adolescentes, que reincidiram na prática do ato infracional análogo ao crime de tráfico de entorpecentes e são usuários de droga, evidencia a adequação da medida de internação no intuito de reeducá-los. 2. Ausência de elementos que indiquem o envolvimento da família na recuperação dos menores. 3. Ordem denegada. (Brasil, 2012e)*

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO - DESCABIMENTO - ECA - ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO - MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO - REITERAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS - COMPROMETIMENTO COM O CRIME - FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA - AFASTADA APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 492/STJ - HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO - Na hipótese dos autos, a internação foi imposta de acordo com a legislação de regência e em atenção às peculiaridades do caso, tendo em vista a quantidade e natureza da droga apreendida (treze porções, pesando 17,77 gramas, de crack), evidenciando o comprometimento do adolescente com o crime, bem como a reiteração do cometimento de outras infrações, já tendo, inclusive, sido aplicadas outras medidas socioeducativas, sem sucesso. Inaplicabilidade do Enunciado nº 492 da Súmula/STJ. Habeas corpus não conhecido. (Brasil, 2013)*

A terceira hipótese é denominada de internação sanção – a medida é instrumental e existe como fator coercitivo para evitar o descumprimento de uma medida menos grave anteriormente aplicada. Isto é, a sanção não é aplicada isoladamente ante a prática de um ato infracional, mas funciona como uma espécie de regressão de outra medida, razão pela qual raramente esta perspectiva será encontrada na pesquisa aqui proposta.

Vista a legalidade, é premente ter que se reconhecer que o conceito de ato infracional é necessariamente criminal, na medida em que remete à tipificação das condutas previstas no Código Penal. Somente haverá a intervenção estatal após a conduta violar o bem jurídico protegido pela norma. Isto é, a privação de liberdade somente será procedida por ordem judicial ou devido à prática de flagrante delito, garantia da liberdade individual prevista no art. 5º, LXI<sup>9</sup>, e reproduzida no art. 106<sup>10</sup> do ECA. Ora, se é esta a condicionante para a atuação estatal, não se pode fugir do fato de que o que existe é punição decorrente da violação da norma.

Entretanto, não obstante estas discussões, porém, não é esta a realidade da prática judicial, em que a responsabilização – individualização da medida socioeducativa – é baseada no que a magistratura considera como sociabilidade deficiente do adolescente e que cabe ao Judiciário suprir essa lacuna deixada pela família, pela sociedade e pelo Estado na expressão do Executivo, ante a ausência de políticas públicas.

Vários estudos demonstram essa conclusão (Minahim, 2010; Machado, 2014; CNJ, 2015; Cornelius, 2017).

Não se argumente que a justificativa do § 1º do art. 112 e o art. 113 do estatuto que versa sobre necessidade pedagógica da medida, preferindo-se as espécies que visem ao fortalecimento familiar e comunitário, a capacidade de cumprimento, que pode depender da idade do adolescente, de sua capacidade física e mental, e a proporcionalidade da medida, seria suficiente para justificar a discricionariedade. Não!

<sup>9</sup> “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

<sup>10</sup> “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.”

O que o estatuto possibilita é apurar o ato. A razão de ser de responsabilizar está na conduta, e só depois dessa definição é que se parte para a escolha da medida, que de forma alguma pode ser matematicamente pensada como “ato grave, medida grave”, já que punir não é o propósito da medida socioeducativa (teoricamente).

Em verdade, a medida socioeducativa idealizada, para não ser uma punição penal, é vista como punição alguma. Com efeito, essa demanda punitiva se configura em valores sociais que penetram o ambiente das audiências e, por conseguinte, o universo dos juízes. Disputando espaço com a tecnicidade da aplicação da lei, criando um rito discriminatório que atende a estereótipos e preconceitos (Miraglia, 2005).

Neste sentido, é ilusão acreditar que “todos no processo estão a serviço da defesa do adolescente” (Costa, 2005, p. 18). É uma falácia “que se transforma num hibridismo inquisitorial em que todos estão contra o imputado” (Lopes, 2005, p. 18).

O projeto de pesquisa *Pensando o Direito*, em 2010, analisando os julgados de Tribunais acerca das garantias penais e processuais de apuração do ato infracional, chegou à conclusão:

É dizer, alguns eufemismos que perpassam a legislação como um todo e, em especial, por exemplo, a de nição da medida privativa de liberdade como internação em estabelecimento educacional (artigo 116 do ECA) favorecem que sua imposição não seja limitada pelos princípios do contraditório, da proporcionalidade, da lesividade e até mesmo da legalidade – princípios indispensáveis quando é a liberdade do indivíduo que está em jogo. A falsa interpretação de que a medida de internação constitui-se em uma “benesse” e reveste-se de caráter protetivo afasta sua verdadeira índole penal e, conseqüentemente, os limites ao poder de punir que deveriam ser exercitados neste campo. (Minahim, 2005, p. 60)

Enfim, visto ser a legalidade estrita elemento fundamental e irrenunciável no modelo de Estado Democrático de Direito, é consectário lógico que a punição

decorra da prática do ato infracional, valendo-se, portanto, dos mecanismos da tipicidade para a identificação da conduta.

Se, de um lado, a dogmática orienta conceder espaços maiores ou menores de poder de disposição do juiz, o que autoriza a discricionariedade da interpretação, a valorização das provas, a conotação dos fatos, a medida das penas etc., de outro, no ECA, espaços desta natureza sobrepõem o que, somado ao punitivismo brasileiro, resulta em manipulações punitivas e repressivas, afinal, o Magistrado, influenciado pela opinião pública, já toma a decisão no início do processo para responder à solução do conflito indicando, necessariamente, um culpado.

Esse procedimento, contudo é inadmissível, porquanto processamento e aprisionamento são mecanismos estigmatizantes, devendo haver prevalência de formas de desjudicialização, razão pela qual previu que o membro do Ministério Público, antes da existência de procedimento judicial, possa proceder com o perdão que é caracterizado pelo instituto da remissão (art. 126, ECA).

Ao fim e ao cabo, se é legítimo suprir uma incapacidade básica pelo dever de proteção, em nenhum caso é legítimo o exercício discricionário desse dever, e, nesse contexto, a discricionariedade é um dever de proteção autoritário - como força despojada de razões e argumentos (García Mendéz, 2003).

A chamada proposta pedagógica persiste de pano de fundo da arbitrariedade. Justificando sistemas pesados, caros, produtores e reprodutores de violência e criminalidade, salvo raríssimas exceções, a chamada proposta pedagógica continua reproduzindo o sistema penitenciário. Reeducação e ressocialização não passam de mitos convenientes. Proposta pedagógica: falácia que ninguém definiu ou regulamentou. (Amaral e Silva, 2002, p. 20)

O que emerge de grave neste contexto é que esses espaços de discricionariedade na realidade do punitivismo brasileiro só terão um resultado: perversão. A importação da Doutrina da Proteção Integral para a realidade brasileira, de funcionamento de um punitivismo operado subterraneamente, oportuniza o manto da legalidade para processos de estigmatização e controle de uma parcela da juventude.

Não se pode olvidar os conceitos próprios da criminologia marginal – tal como apontado no item 2 –, que apresenta conceitos novos: “poder configurador, policização, sistema penal subterrâneo, vulnerabilidade, autoritarismo cool” (Andrade, 2012, p. 109) etc. para compreender a especificidade da realidade marginal (Prando, 2006).

Sim, porque o imenso genocídio iniciado na colonização e aprofundado no escravismo apresenta “as veias abertas de homens animais, mercadorias ou mercadorias animais”, em que cada ciclo econômico correspondeu a um moinho de gastar gente. “O capital precisa de corpos para extrair mais-valia, que se realiza na expropriação da energia vital que emana do trabalho do homem” (Batista, 2011, p. 33).

Na realidade marginal, com o controle de índios, negros, pobres e marginalizados – hoje, mais notadamente por meio da criminalização do tráfico de jovens pobres e negros da periferia, mesmo sendo a pena declarada pública estatal –, o que se vê é o exercício arbitrário do poder privatizado. A conclusão é que não se encontram abismos entre o evolucionismo oficial do passado e o moderno – “o que subsiste é um *continuum* metódico punitivo, desde a colonização, o mercantilismo e a escravidão, até a globalização do capitalismo” (Andrade, 2012, p. 108).

Tudo baseado em um Direito Penal subterrâneo, um sistema não legal, parainstitucional que promove controle social com dor e sofrimento, sem qualquer controle da operatividade (Castro, 1983), e, mais do que isso, há, “na [própria] operacionalidade dos sistemas penais latino-americanos, um violentíssimo exercício de poder à margem de qualquer legalidade” (Zaffaroni, 1991, p. 173), o que significa que o controle social tem, nas punições institucionalizada e não institucionalizada, mecanismos de imposição de dor, sofrimento e privação legalmente previstos.

Uma programação que se verifica desde o engenho colonial, no qual o senhor tinha o monopólio da violência até o domínio público:

Aqui na periferia, a lógica da punição é simbiótica com uma lógica genocida, e vigora uma complexa interação entre controle penal formal e informal, entre público e privado, entre sistema penal oficial (pena pública de prisão e perda da liberdade) e subterrâneo (pena privada

de morte e perda de vida), entre lógica da seletividade estigmatizante e lógica da tortura e do extermínio, a qual transborda as dores do aprisionamento para ancorar na própria eliminação humana, sobretudo dos sujeitos que “não têm lugar no mundo”. (Andrade, 2012, p. 109)

Sob este olhar, tem-se que o Brasil mata, cotidianamente, pelas mãos do Estado subterrâneo, os miseráveis e mendigos, e essa história punitiva e dolorosa demanda permanente desconstrução do que parece ser uma hipótese (que se confirma) de que aqui há “um campo de concentração [...] punitivo em caráter cotidiano cruel e perpétuo” (Andrade, 2012, p. 109).

Então, como se observa, essa formação histórica do controle penal brasileiro com alto grau de violência e atuação subterrânea deixa evidente a formação endêmica que é este sistema de controle social formal. Zaffaroni (1991, p. 15) sintetiza isto ao apontar que:

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.

Por meio das breves linhas históricas, é evidente a necessidade da autoanálise no intuito de perceber que não existe bondade proveniente dos países europeus quando se trata do discurso colonizador. O cientista jurídico que se propõe a estudar as questões criminais inerentes aos países periféricos, por honestidade, encontra-se obrigado a considerar toda conjuntura histórica, bem como os fatores econômicos, políticos e sociais deste “assombroso transplante” do qual somos vítimas.

Nesse sentido, a universalização da infância, com a Convenção dos Direitos da Criança, dotada de direitos e garantias, e que, portanto, coloca a responsabilização como possível e necessária, não pode ser simplesmente aplicada no Brasil, acriticamente, e na América Latina como um todo, onde os processos de cidadania mínima inexistem, as desigualdades sociais não

permitem a socialização digna e o signo mais comum conhecido por adolescentes marginalizados é a violência.

O espaço legislativo da discricionariedade é o da arbitrariedade, porém neutralizada pelo argumento da proteção; tal qual a criminologia fizera na fundamentação do poder punitivo no século XIX e anteriormente. Ou seja, a Doutrina da Proteção Integral, com a ambiguidade que comporta e a ausência de controles rígidos do poder punitivo, torna-se, na realidade brasileira, “formas paternalistas que o [o adolescente] reprimem de maneira arbitrária” (Baratta, 1995, p. 13). Edson Sêda (1999, p. 12) resume:

Ah, os eufemistas. Uns por delicadeza, suavizam os termos para dizer coisas. Outros não ousam dizer o que pensam, o que deve ser dito [...] Quem foi privado de liberdade está preso. Então quais, quais seriam estes atos infracionais que podem até mesmo levar à prisão? Seriam atos infracionais ao regulamento da escola? Ao estatuto de um clube? A regras de etiqueta? Às ordens do pai e mãe? À arbitrariedade da polícia ou de outro agente, autoridade ou cidadão qualquer? Ao Código Civil? Parece que não é!

O operador do Direito, talvez especialmente os membros do sistema de Justiça, deve estar atento a essas especificidades, evitando ser um mero reprodutor próprio da cultura do positivismo jurídico, tal qual elucidava Warat (1994, p. 13): é preciso evitar *o senso comum teórico dos juristas*, “uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente os atos de decisão [judiciária] e de enunciação [do direito]”.

A proposta é evitar a ortodoxia epistemológica que se enclausura no discurso lógico-oficial, produzido em nome da ciência e que não está preocupado com o elemento político – “trata-se de uma *demarche* conceitual, que procura colocar, fora de dúvidas e fora da política, a fala da ciência” (Warat, 1982, p. 50). É preciso ir além e fazer uma crítica à ciência do Direito a partir de um deslocamento epistêmico que “pode concretizar-se a partir do reconhecimento dos limites, silêncios e funções políticas da epistemologia jurídica oficial”

(Warat, 1982). Para isso, é preciso compreender pressões políticas e identificar as manifestações no Direito.

Foi exatamente o que se buscou formular neste estudo.

## CONCLUSÃO

Foi visto que a história da criminologia, enquanto fundamento do poder de punir, no Brasil, sofreu processos de metamorfoses, adequando-se às necessidades econômicas locais, assim como conformando-se à cultura que ainda é perene de racismo.

A exemplificação do “assombroso transplante” foi a título de compreensão do exercício do poder punitivo, o que, como decorrência lógica, é uma particularidade nacional que atinge todas as formas do controle social formal; e, nesse sentido, a abertura discricionária trazida pela Doutrina da Proteção Integral, que, em tese, seria para atender às peculiaridades dos adolescentes, não é manejada neste sentido. Ao revés, como visto, além de implicar sérias violações a direitos fundamentais e conseqüentemente à própria estrutura de Estado de Direito; possibilita graves distorções.

Na América Latina, onde o enxugamento do Estado, em termos de políticas sociais, é extremo, o adolescente vitimado pela ausência de políticas públicas e de integração social, especialmente devido à naturalização das desigualdades sociais, com a qual a cidadania sofre a clivagem entre os que têm acesso aos serviços de mercado e aqueles que são os destinatários dos precários serviços públicos estatais, vistos cada vez mais como “coisa de pobre”, o jovem é cada vez mais delinquente.

Na verdade, tal como é hoje, a cidadania somente é concedida ao adolescente de forma negativa, concedendo-lhes direitos e garantias no momento em que enfrentam o sistema penal, o que não existia a mesma disposição em nível social para a “garantia” de outros direitos da vida do adolescente.

Importa sublinhar que a crítica que se faz ao ECA é no sentido da melhora do modelo garantista na apuração da responsabilidade, e isso não significa transpor automaticamente regras do Direito Penal do adulto, nem tampouco a inclusão daqueles sujeitos no modelo repressivo. A busca deve ser por um sistema específico que, ao mesmo tempo, atenda à defesa social e permita que os adolescentes sejam tratados como seres em desenvolvimento.

Mas, em meio a tudo isso, deve-se levar em conta que a importação acrítica da teoria precisa ser repensada, porquanto os espaços de discricionariedade, em uma realidade cuja trajetória de controle e operação de classe e raça torna-se possibilidade de arbitrariedade.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bruna Gisi Martins de. A racionalidade prática do isolamento institucional: um estudo da execução da medida socioeducativa de internação em São Paulo. Tese de Doutorado em Sociologia pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo, 2017.

ALVAREZ, M. C. A emergência do Código de Menores de 1927: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores. São Paulo. Dissertação de Mestrado em Sociologia pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo, 1989.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL E SILVA, Antonio Fernando do. Os paradigmas do controle social de adolescentes. *Revista do Ilanud*, Brasília, n. 20, 2002.

ANDRADE, Francisco Jatobá de. Relações raciais, multiculturalismo e ações afirmativas: as cotas na Universidade de Pernambuco (UPE). Dissertação de Mestrado em Sociologia pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*. O controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à sociologia do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BERGALLI, Roberto et al. *El pensamiento crítico y la criminología: el pensamiento criminológico*. Bogotá: Temis, 1983.

BOURDIEU, Pierre. *Poder simbólico*. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 231170 SP 2012/0010058-8, Relator Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJSE), Data de Julgamento: 11.04.2013, T5 - 5ª Turma, Data de Publicação: DJe 19.04.2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Restrição para internação de adolescente infrator é assegurada em nova súmula, em 16 de agosto de 2012a. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/porta1\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106668](http://www.stj.jus.br/porta1_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106668)>. Acesso em: 26 set. 2016.

\_\_\_\_\_. HC 229303, Ministro Marco Aurélio Bellize, DJe: 30.04.2012b.

\_\_\_\_\_. AgRg-HC 207.087/SP, 5ª Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe 23.08.2012c.

\_\_\_\_\_. HC 221170 MG 2011/0241400-5, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 06.08.2012d.

\_\_\_\_\_. HC 223932 SP 2011/0263840-9, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 16.04.2012e.

\_\_\_\_\_. HC 62179 RJ 2006/0146556-5, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 24.09.2007.

\_\_\_\_\_. HC 81122 SP 2007/0080154-9, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 22.10.2007b.

CASTRO, Lola Aniyar. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COIMBRA, Raquel Lordello. A utilidade social do Direito da Criança e do Adolescente. *Direito e Paz*, Centro Universitário Salesiano de São Paulo, a. 7, n. 12, p. 121-137, 2005.

CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. O pior dos dois mundos? A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça. Tese de Doutorado em Sociologia pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo, 2017.

COSTA, Ana Paula da Motta. *Garantias processuais e o Direito Penal Juvenil como limites na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2004.

DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo. *A colonialidade do saber*. Eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

FERLA, Luis. *Feios, sujos e malvados sob medida*. A utopia médica do biodeterminismo. São Paulo (1920-1945). São Paulo: Alameda, 2009.

FERRI, Enrico. *Sociología criminal*. Trad. Antonio Soto y Hernández. Madrid: Centro Editorial de Góngora, t. I, 2000.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. 20. ed. São Paulo: Loyola, 2010.

GARCÍA MENDEZ, Emílio. In: CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antônio Fernando; GARCÍA MENDEZ, Emílio (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MACHADO, Roberto. *Danação da norma: medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil*. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *ECA: apuração do ato infracional atribuído a adolescentes*. *Série Pensando o Direito*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, 2010.

MIRAGLIA Paula. *Aprendendo a lição. Uma etnografia das Varas Especiais da Infância e da Juventude*. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 72, jul. 2005.

OLIVEIRA, Luciano. *Relendo “Vigiar e punir”*. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 4, n. 2, p. 309-338, abr./mai./jun. 2011.

\_\_\_\_\_. *Não fale do Código de Hamurabi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito*. In: OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal Editoria, 2004.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. *A contribuição do discurso criminológico latino-americano para a compreensão do controle punitivo moderno, controle penal na América Latina*. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 6, p. 77-93, jul./dez. 2006.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro. A formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RIZZINI, Irene. *O século perdido. Raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

RODRIGUES, Raimundo Nina. *As raças humanas*. Bahia: Livraria Progresso, 1957.

SHAWARCZ, Lilian. *O espetáculo das raças. Cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1993.

SÊDA, Edson. *Os eufemistas e as crianças no Brasil*. Rio de Janeiro: Adês, 1999.

SPOSATO, Karyna Batista. A constitucionalização do direito da criança no Brasil como barreira à redução da idade penal: visões de um neoconstitucionalismo aplicado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, a. 17, n. 80, p. 81-117, set./out. 2009.

TRINDADE, Jorge. *Delinquência juvenil: compêndio transdisciplinar*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao Direito*. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, t. I, 1994.

\_\_\_\_\_. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Sequência*, Florianópolis, v. 3, n. 5, 1982.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Editorial Temis, 2003.

\_\_\_\_\_; BATISTA, Nilo et. al. *Direito Penal brasileiro I: teoria geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

\_\_\_\_\_. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. Sistema contravencional de la ciudad de Buenos Aires. La minimización formal para la revisión material. *Criminología Crítica*. I Seminario, Universidad de Medellín, 1984.

Submissão em: 08.04.2018

Avaliado em: 07.05.2018 (Avaliador B)

Avaliado em: 21.05.2018 (Avaliador C)

Aceito em: 26.06.2018

