

O CÁRCERE E AS ALTERNATIVAS PENAIS – A EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO E A CULTURA DA RETRIBUIÇÃO¹

Fernanda Ribeiro Rabaldo²
Orientador: Rodrigo G. de Azevedo

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo traçar as possíveis causas da extensão do controle penal na modernidade a partir da análise do papel das penas restritivas de direito, conhecidas como penas alternativas, na construção e aplicação de modelos punitivos não convencionais. Examinando-se dados oficiais referentes ao perfil dos apenados chega-se à incontestável confirmação estatística da seletividade econômico-social promovida pelo sistema penal brasileiro e do substancial incremento do controle punitivo estatal ocasionado pelas penas ditas alternativas, as quais não tem sido capazes de substituir as condenações à pena privativa de liberdade e reduzir os alarmantes índices de encarceramento, operando, assim, de forma complementar ao aparelho penal tradicional. A legislação criminal brasileira não se despiu da tradicional cultura retributiva que a pena vem carregando ao longo dos séculos, consistindo as medidas alternativas em verdadeiros apêndices, ao trazerem para o abrigo do Direito Penal os que ainda não eram punidos pelos métodos convencionais.

Palavras-chave: Penas alternativas. Expansão penal. Seletividade. Complementação. Controle Punitivo. Encarceramento.

Introdução

A pena de prisão não parece ter correspondido à sua função ressocializadora. Ao contrário, vem criando problemas de ordem prática, social e contradições no âmbito jurídico. Sob este ponto de vista, questiona-se a capacidade de reintegrar - ou muitas vezes integrar - o preso em um ambiente penitenciário degradante e desumano. Até que ponto a pena privativa de liberdade cumpre com sua finalidade e se mostra eficaz do ponto de vista humano, social e institucional?

A inconsistência entre a finalidade a que se propõem as penas privativas de liberdade e a realidade social em que se encontram os apenados, as consequências e os prejuízos de ordem particular e social decorrentes do encarceramento são alvos de veemente crítica de juristas e sociólogos, em face da problemática social que nasce dentro das penitenciárias e reflete na sociedade. Os efeitos do afastamento do convívio social e familiar concomitantemente à vivência no submundo do cárcere, com regras, valores e dinâmicas próprios incidem negativamente sobre a personalidade do apenado e denotam a impossibilidade de transformá-lo e reeducá-lo.

¹ Este artigo é uma síntese do trabalho de conclusão de curso da autora.

² Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS

A interiorização destes aspectos da cultura carcerária é, assim, inversamente proporcional às chances de reinserção do condenado na sociedade livre³. Nessas condições, evidencia-se a impossibilidade de cumprimento da função educativa da pena, o que já seria justificativa bastante para a crítica do instituto da prisão. Entretanto, somam-se a isso as peculiaridades da realidade prisional, que expõem o indivíduo a outros crimes e problemas sociais internos tais como a superlotação, o tráfico de drogas, a violência, a corrupção e a situações insalubres e degradantes.⁴

Nesse contexto, as alternativas penais, que nos termos das Regras de Tóquio ou Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-Privativas de Liberdade constituem “sanções e medidas que não envolvam a perda da liberdade” mostram-se como um marco histórico na busca de políticas mais profícuas e humanas no sistema punitivo.

No Brasil, a suposta humanização pretendida pela substituição das penas privativas de liberdade por penas e medidas alternativas com o objetivo de reduzir os nefastos efeitos do encarceramento e reduzir a superlotação do sistema carcerário, convive, nas últimas décadas, com um movimento político criminal oposto, de endurecimento das penas. A velha ideologia da “segurança nacional” vem sendo incorporada nos discursos pela segurança urbana, os quais fazem parte do apelo por eleitores. A opinião pública propaga a ideia de que enrijecimento penal e segurança andam juntos.

Políticas de cunho populista, mais interessadas nas eleições seguintes que no eleitorado como ente coletivo a ser atingido por atos do seu mandato, acabam por preterir iniciativas eficazes na área de segurança pública em prol de medidas rigorosas e imediatistas, que não resolvem ou mitigam o problema da violência. A construção de presídios, a adoção de políticas de tolerância zero, e a dura repressão policial ainda são vistas como sinal de eficiência política por grande parte do eleitorado brasileiro. Assim, cultiva-se no imaginário popular o caráter retributivo da pena. A sanção é vista como castigo, que deve ser aplicado de forma rigorosa. Nesse contexto, as alternativas penais são vistas com certo descrédito pela população que não vê nestas uma resposta estatal suficiente e eficiente.

Entretanto, seriam elas capazes de efetivamente substituir o modelo punitivo tradicional e fugir do caráter retributivo da pena ao atingir os resultados supostamente esperados? Mostram-se tais medidas como reais alternativas, possibilitando o decréscimo gradual da população carcerária? Como e a que crimes vêm sendo aplicadas as penas restritivas de direitos?

³ BARATTA, Alessandro, **Criminologia crítica e crítica ao direito penal**, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 184

⁴ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Sociologia e Justiça Penal: Teoria e Prática da Pesquisa sociocriminológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris., 2010. p. 322

A reforma do Código Penal em 1984, trazida pela Lei 7.209, introduziu no ordenamento jurídico as penas restritivas de direitos, dispondo acerca das modalidades de prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de final de semana, e também das dinâmicas de sua aplicação. A previsão dessas modalidades foi um grande avanço, já que, na teoria, resolveria o problema da punição generalizada e filtraria as possibilidades de encarceramento.

Contudo recentes pesquisas apontam que as penas alternativas não tem contribuído para o decréscimo da população carcerária, já que a legislação penal brasileira não possibilitou a aplicação de penas e medidas alternativas a crimes que geravam condenações à pena de prisão. Os delitos que atualmente estão sujeitos a sanções alternativas acabavam prescrevendo ou resultando em condenação ao regime aberto, não ocupando, portanto, vagas no sistema prisional.

A partir de dados oficiais do Sistema integrado de informações penitenciárias - INFOPEN, do Departamento Nacional Penitenciário – DEPEN e de informações coletadas pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquentes (ILANUD/Brasil), pelo estado do Rio Grande do Sul e por outros pesquisadores (vide referências) traça-se o perfil dos condenados a penas privativas de liberdade e a restritivas de direitos para, então, ao final, enunciar algumas justificativas relativas à incapacidade que as penas alternativas tem demonstrado no sentido de reduzir a população carcerária e de mostrarem-se como reais opções punitivas àqueles que estariam em risco de receber penas detentivas, substituindo, assim, a prisão.

1 O cárcere, a justificativa teórica das penas alternativas e a análise dos perfis delitivos: encarcerados *versus* cumpridores de penas restritivas

As penas privativas de liberdade constituem o núcleo central de todos os sistemas punitivos do mundo contemporâneo⁵. Quando a prisão se converteu na principal resposta penalógica, a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser o meio adequado para conseguir a reforma do delinquentes. Esse otimismo inicial desapareceu, e atualmente predomina uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional.⁶

Neste contexto, aponta Beiras:

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique, **Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 79

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 106

La “opción custodial” fue tomando cada vez más cuerpo en la política de la disciplina social. Nació así la idea de que la respuesta más adecuada frente a los problemas representados por enfermedades, disturbios y peligros fuese la de secuestrar a su protagonistas en espacios restringidos y separados de la sociedad (pavarani 1994:4). EL “gran encierro” quedaba de este modo inaugurado.

Sin duda, el perfeccionamiento de tales práctica segregacionistas no llegaría hasta la invención “panoptista”. Concebir un espacio cerrado apto para la vigilancia de sus habitantes (el “principio de inspección” benthamita) podía ser útil para construir hospicios, fabricas, orfanatos, cárceles...[...]

La idea de habilitar un espacio apto para “secuestrar del mercado de trabajo” a quienes no se disciplinaran de acuerdo con las nuevas regla del juego, se iba así delineando. Una nueva pedagogía de la subordinación del hombre por el hombre.⁷

Garland, analisando as raízes sociais do controle contemporâneo do delito, questiona-se acerca da razão de ser dessa instituição penitenciária —por que a prisão, instituição desprestigiada e destinada à abolição, constituiu-se em pilar aparentemente indispensável e em expansão na vida social da modernidade tardia?⁸ A hipótese do autor é a de que as prisões ressuscitaram porque são úteis na nova dinâmica das sociedades neoliberais de modernidade tardia: encontrar sentidos civilizados e constitucionais de segregar as populações problemáticas criadas pelas instâncias econômicas e sociais. Assim, em poucas décadas deixou de ser instituição correcional desacreditada e decadente, para constituir-se em pilar maciço e aparentemente indispensável da ordem social contemporânea⁹.

A modernidade, com suas redes burocráticas, trouxe um sistema penal codificado e rígido, servido de instituições, organizações e atores próprios, que muitas vezes influenciam em importantes áreas da política criminal. Destacado crítico do regime punitivo tradicional e ícone da criminologia crítica, Alessandro Baratta refuta a possibilidade da pena privativa de liberdade, na modernidade, cumprir a sua declarada função, já que, na sua concepção, ressocialização e capitalismo não andam juntos:

A prisão surgiu como uma necessidade do sistema capitalista, como um instrumento eficaz para o controle e a manutenção desse sistema. Há um nexos histórico muito estreito entre o cárcere e a fábrica. A instituição carcerária, que nasceu junto com a sociedade capitalista, tem servido como instrumento para reproduzir a desigualdade e não para obter a ressocialização do delinquente. A verdadeira função e natureza da prisão está condicionada a sua origem histórica de instrumento assegurador da desigualdade social [...] O sistema penal facilita a manutenção da estrutura vertical da sociedade, impedindo a integração das classes baixas, submetendo-as a um processo de marginalização [...] A estigmatização e o etiquetamento que sofre o delinquente com sua condenação tornam muito pouco provável sua reabilitação.¹⁰

Hoje a crise ou falência do sistema prisional da qual se fala, é atribuída ao duvidoso papel que a pena privativa de liberdade exerce como principal promotora do Direito

⁷ BEIRAS, Iñaki Rivera. El Castigo y las ciencias sociales: la polifuncionalidad del sistema penal y la necesidad de nuevos abodajes epistemológicos. In **Prisões na Europa: um debate que começa**. Oeiras: Celta editora. 2003, p.23

⁸ GARLAND, 1999, p. 199 citado por CARVALHO, 2003.

⁹ CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

¹⁰BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e política pena alternativa**, 1978 citado por BITENCOURT, 2009.

Penal. Diante da situação concreta, qual seria sua finalidade e a motivação para sua manutenção?

As penas privativas de liberdade, que visavam a reintegração do condenado ao convívio social, como forma de corrigir uma omissão do estado, são hoje umas das instituições mantenedoras da classe de marginalizados. Do abandono e exclusão social “em liberdade”, passa-se à segregação física promovida pelo cárcere. Aos maus tratos, à violência, ao abandono, à estigmatização e à eterna manutenção da marginalização das classes desfavorecidas. Para Beiras:

Se subvirtieron así, también, las bases de aquella reforma penitenciaria que bajo el signo del constitucionalismo social incardinó las penas em clave preventivo especial positiva: ahora se pasó abiertamente a la llamada prevención especial negativa; la neutralización, inocuización – por no emplear peores denominaciones – pasaran a dar contenido a la nueva penalidad de los últimos años del milenio. Esta penalidad segregativa ha provocado, por citar sólo algunos acontecimientos, no pocos escandalos por el carácter (cada vez más) “corporal” que há ido asumiendo a medida que la difusión del SIDA se propagó em el interior de las cárceles europeas. Los infectados son millares, los muertos se acumulan y engrosan las estadísticas; las operaciones reformistas de los años setenta se revelan em todo su fracaso y la cárcel reaparece com toda la crudeza que aquellas operaciones habrían pretendido maquillar.¹¹

Em contrariedade ao parágrafo 6º do artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece que a finalidade essencial das penas privativas de liberdade deve ser a reforma e a readaptação dos condenados, o que se vislumbra, hoje, é sua completa ineficácia, ao menos de um ponto de vista humanista. Na pior das hipóteses a prisão poderia ser vista como finalidade em si mesma, ou seja, como retribuição ao delito cometido. Um árduo e penoso castigo àqueles que infringiram as normas jurídicas. Na melhor, como tentativa de defesa social e preservação da ordem vigente, como forma de desencorajar o crime. Nada disso, contudo, pareceu resolver – ou mitigar – o problema da criminalidade. E a prisão, nos moldes atuais, pode ser vista como uma prática seletiva e cruel de violência institucional, sem que dela resulte qualquer resultado positivo ao condenado. Uma verdadeira penitência aos selecionados pelo sistema penal.

No plano teórico, a pena já foi justificada sob o aspecto de vingança – estatal ou privada –, de retribuição pelo mal cometido, e de prevenção – especial ou geral, positiva ou negativa –, onde a pretensa ressocialização estaria abarcada.

No âmbito prático, entretanto, a consagração da pena privativa de liberdade como cerne do sistema penal e as condições a que foram e tem sido submetidos a crescente massa populacional encarcerada não deixam dúvidas de que a finalidade da pena não se

¹¹ BEIRAS, Iñaki Rivera. **El Castigo y las ciencias sociales**: la polifuncionalidad del sistema penal y la necesidad de nuevos abodajes epistemológicos in *Prisões na Europa: um debate que começa*. Oeiras: Celta editora. 2003, p.43

alterou em absoluto. A retribuição é a única justificativa que se vislumbra da análise da realidade carcerária brasileira.

A prisão não reintegra, reeduca ou ressocializa o apenado. Ela tampouco previne o cometimento de outros crimes. Ela “simplesmente” pune de forma cruel e desumana aqueles que, em sua maioria, já são punidos pela realidade de uma sociedade injusta e desigual, na qual os direitos sociais e as oportunidades não alcançam a todos. São, os presos, em sua maioria jovens entre 18 e 34 anos provindos da exclusão social, são pobres, negros e com baixa escolaridade. Mais da metade (66%), não chegou a concluir o ensino fundamental¹². Bem antes de ingressarem no sistema “já se encontravam presos à miséria e à falta de perspectiva”¹³.

Tendo em conta a verdadeira violência, reprodução da marginalidade e ineficiência perpetrada pelo cárcere, movimentos intelectuais e humanitários pressionaram pela construção de modelos alternativos para tornar menos amarga esta necessidade a seres imperfeitos como são os homens (Projeto alternativo alemão). No Brasil, foi sancionada a reforma do Código Penal que introduziu as penas restritivas de direito no ordenamento jurídico brasileiro e, posteriormente, promulgada a Lei 9.714/98 que ampliou o rol e as possibilidades de substituição da pena.

A pena alternativa viria, nessa esteira, humanizar o direito penal. Reduzir as taxas de sofrimento e degradação do homem que é encarcerado, oportunizando-lhe a possibilidade de responder pelos seus atos de forma não confrontante com sua condição de ser humano. De forma condizente à vida.

O que atualmente pesquisas tem demonstrado, no entanto, é que, ao contrário do resultado esperado, as penas alternativas não tem sido capazes de enxugar os índices de encarceramento. Antes o contrário, o que se percebeu foi um verdadeiro adensamento do sistema de controle social, na medida em que as penas alternativas vem sendo aplicadas de formas complementar e não substitutiva ao poder punitivo tradicional.

O Brasil tem hoje 512 mil presos¹⁴. Em 2005 éramos 361.402 brasileiros encarcerados¹⁵, ou seja, em seis anos a população carcerária brasileira aumentou 42%, ao passo que no mesmo período a população total teve um incremento em torno de 4%.¹⁶.

¹² CAUSA OPERÁRIA ONLINE, Negros. Disponível em: <http://www.pco.org.br/conoticias/ler_materia.php?mat=23015> Acesso em mar/2012

¹³ CAMPANARI, Simone Doreto. **Penas alternativas no sistema penal brasileiro**: uma análise de suas bases de legitimação e de seus princípios constitutivos em face das penas privativa de liberdade. Dissertação de Mestrado. Marília, 2007, p.120.

¹⁴ BRASIL, Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ8F939E3DITEMID6FBC4C3B0F6A42DCB6C4281B4EB6F293PTBRNN.htm>>. Acesso em mar/2012. Dado relativo ao ano de 2011.

¹⁵ Ibidem

Segundo o último levantamento oficial realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, quase um terço (29%) dos presos engrossavam os índices de encarceramento pelo cometimento do crime de roubo (artigo 157 do Código Penal). A segunda grande fatia da massa carcerária, correspondente a 20% do total dos presos, responde por crimes relacionados a entorpecentes, tais como produção, depósito e tráfico de drogas (Lei 11.343/2006). O terceiro tipo penal que mais engrossa as estatísticas, com 16% de representação no total da população carcerária, é o furto, para o qual o Código Penal prevê pena máxima de quatro anos. Em números absolutos, eram 62.862 pessoas, em 2009, cumprindo pena privativa de liberdade por um delito perfeitamente substituível, em princípio, por pena restritiva de direito.

O quarto tipo penal com maior representatividade dentro das penitenciárias é o homicídio (artigo 121 do Código Penal), com 12% do total. Em seguida, com 6%, é a fatia relacionada aos crimes previstos no estatuto de desarmamento (Lei 10.826/2003), tais como porte ilegal, porte e posse ilegal de arma de fogo de uso restrito e tráfico internacional de arma de fogo. Na sequência se apresentam, com 5%, os crimes contra a dignidade sexual (artigos 213 a 234 do Código Penal). Com menor representatividade se apresentam, nesta ordem, os tipos penais encontrados nos cárceres: receptação (art. 180 do Código Penal), com 3%; latrocínio (art. 151, p. 3º parte final), com 3%; estelionato (art. 171 do Código Penal) com 1% e demais crimes com 5%.

A figura do Estado Punitivo solidificada no Brasil com a redemocratização e o estabelecimento de políticas alinhadas ao projeto liberal é responsável pela expansão do controle penal e o aumento vertiginoso da população carcerária no país. Segundo Wacquant:

A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado” econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países¹⁷.

Atualmente, de acordo com Pastana, pode-se dizer que vivemos sob a mais violenta intervenção do Estado na vida dos cidadãos, materializada através de uma dominação autoritária articulada pelo medo e pela aplicação indiscriminada da pena de prisão¹⁸.

Mas e as penas alternativas? Sua crescente atuação não deveria operar efeito contrário nesses nefastos índices de encarceramento?

¹⁶ Em 2005 a população era de 183.383 e em 2010 de 190.732.694 habitantes (dados do IBGE – Censo 2010. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/censo2010/>>. Acesso em maio/2012)

¹⁷ WACQUANT, Loic. As prisões da miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001

¹⁸ PASTANA, Débora Regina. Estado Punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil. Editora Revista dos Tribunais, n 77, março-abril 2009, p. 315

Segundo dados do Ministério da Justiça a infraestrutura para aplicação efetiva e monitoramento das penas e medidas alternativas vem crescendo consideravelmente. Em 2002 eram 4 Varas especializadas e 26 centrais ou núcleos de monitoramento. Em 2009, já eram vinte varas judiciais especializadas, complementadas por trezentos e oitenta e nove estruturas montadas de monitoramento e fiscalização de penas e medidas alternativas, dentre Núcleos e Centrais, formando o conjunto de equipamentos públicos existentes sobre o tema do país. Tais serviços envolvem instituições do sistema de justiça - Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública –, do Poder Executivo e entidades da Sociedade Civil Organizada; fundamentais à garantia do bom cumprimento das decisões judiciais, conforme demonstra o Relatório sobre Serviços Públicos de Penas e Medidas Alternativas existentes no Brasil.¹⁹

A consequência foi um aumento significativo da aplicação das penas e medidas alternativas. O número de cumpridores dessas penas ultrapassou o número de presos no Brasil. No início de 2008, havia 440 mil pessoas presas e 498.700 pessoas estavam cumprindo, ou cumpriram pena restritiva de direito, popularmente conhecida como Pena e Medida Alternativa.

Mas este não é um dado a comemorar, já que a população carcerária também vem aumentando desenfreadamente. Agora, junto a ela, aumenta o número de cumpridores de penas e medidas alternativas.²⁰ Assim, o que se mostra é um fenômeno de verdadeiro aprofundamento das teias do sistema penal, de controle social, na esperança de talvez resolvermos ou ao menos mitigarmos o problema da criminalidade.

O que importa, entretanto, analisar, no intuito de auxiliar um desenvolvimento mais profícuo de políticas descarcerizadoras, são os motivos desse duplo crescimento, em contraposição às expectativas de gradativa substituição de penas: decréscimo de um lado (pena privativa de liberdade) e incremento de outro (penas restritivas de direitos).

As penas alternativas foram realmente criadas e são dirigidas aos delinquentes que efetivamente estão “em risco” de receber uma sentença de prisão²¹?

De acordo com a análise dos dados fornecidos pelo levantamento nacional sobre execução de penas alternativas realizado pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquentes (ILANUD/Brasil), pode-se

¹⁹BRASIL, Ministério da Justiça. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRIE.htm>> Acesso maio/2012.

²⁰ BRASIL, Ministério da Justiça. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMID38622B1FFD6142648AD402215F6598F2PTBRNN.htm>> Acesso em maio/2012.

²¹ MATHEWS, Roger. **Pagando el tiempo**: Una introducción a la sociología del encarcelamiento. Barcelona: Bellaterra, 2003. p.197

concluir que não. As penas alternativas não se destinam a diminuição da população prisional e não se mostram como verdadeiras alternativas ao cárcere, já que os condenados à pena privativa de liberdade que têm realmente sua pena substituída pela pena restritiva de direitos não seriam apenados com a prisão, dada a pré-existência de outros institutos, como o *sursis*, que evitariam sua prisão.

Para a verificação concreta dessa indesejada conclusão, analisaram-se também dados referentes ao perfil delitivo dos cumpridores de penas e medidas alternativa, os quais foram confrontados com o perfil delitivo do encarcerado.

No Rio Grande do Sul, um terço dos delitos (33,13%) refere-se aos artigos relacionados ao patrimônio (furto, apropriação indébita, estelionato)²². Na capital, eles representam 40% do total das condenações que tiveram a pena substituída. O furto é o crime que isoladamente mais ensejou a condenação e é também significativo o número de condenações por porte de arma. Em Porto Alegre, em 2007, o furto, os crimes de trânsito e o porte de arma foram os tipos que mais expressivamente levaram à condenação. Seguidos pelos crimes relacionados a entorpecentes.

De acordo com o levantamento feito pelo ILANUD, Em Porto Alegre o furto representa 25,8% das condenações que tiveram a pena substituída. Os crimes de trânsito, com a segunda maior representatividade, aparecem com 14%. Em terceiro lugar vem os crimes relacionados a tóxicos, sendo 5,7% os de tráfico e 6,8% os de porte de entorpecentes. O porte de arma, em quarto lugar, representa 11% das condenações. Em seguida, receptação com 6,1% e estelionato e outras fraudes, com 5,7%.

Como visto, o perfil dos apenados por penas alternativas e dos encarcerados no que diz respeito ao crime cometido, se diferencia. Entretanto, dados como cor, sexo, idade, escolaridade, estratificação e renda se assemelham de acordo com os dados oficiais consultados, demonstrando que o controle exercido pelas penas alternativas também incide sobre o homem jovem, pardo ou negro, com baixa escolaridade, proveniente de camadas sociais mais baixas, etc. Fato curioso observado pela pesquisa do ILANUD vem a reforçar a tese da seletividade também no que diz respeito às penas alternativas: o inexpressivo número de apenados por crimes econômicos – crimes de “colarinho branco”. Ao que parece esse perfil de criminalidade permanece imune também às penas alternativas e denota que sua imunidade é ao sistema penal como um todo.

A maior proporção dos delitos contra o patrimônio é um dado que constitui uma realidade tanto para as penas alternativas quanto para as penas privativas de

²² RIO GRANDE DO SUL, Equipe Técnica da Vara de Execuções de penas e medidas alternativas. 20 anos de penas alternativas no Rio Grande do Sul, 2007.

liberdade. Os crimes patrimoniais são formas de desvio típicas dos grupos socialmente marginalizados, dessa forma são direcionadas para criminalizar os comportamentos das classes baixas, rotuladas como classes perigosas. “Trata-se, assim, de um sistema judicial criminal que não é aplicado de forma igual a todos os cidadãos, mas que assegura privilégios, desigualdades consagradas na própria legislação penal. (KANT DE LIMA, 2004).”²³

A análise dos dados mostrou que a pena alternativa tem servido para punir determinados seguimentos da sociedade caracterizada principalmente por homens, jovens, não brancos, com baixa escolaridade e com baixa qualificação profissional, um perfil social bem parecido daquele encontrado nas prisões²⁴. Entretanto, a discrepância entre os tipos encontrados no sistema prisional e na condenação por penas alternativas, permite supor, ao mesmo tempo, o baixo impacto sobre a redução da população carcerária e a maior abrangência do direito penal, seguindo os mesmos moldes seletivos presentes no sistema punitivo tradicional.

2 Penas alternativas? A complementação do Direito Penal e a extensão do controle punitivo pela via das penas restritivas de direito.

A despeito de uma série de abordagens que poderiam ser feitas acerca das penas e medidas alternativas, como no que diz respeito a sua aplicação conforme a lei, à estrutura arquitetada para seu funcionamento, aos percalços de ordem prática, à atuação dos operadores do direito que dão vida a esse sistema, etc., o foco que se pretende é o papel das alternativas penais no processo descarcerizador. Ou melhor, questionar esse insucesso e examinar por que, afinal, uma medida que foi criada também com o objetivo de deslocar do centro do sistema punitivo a pena privativa de liberdade não vem se mostrando como real alternativa.

Ao final dos anos oitenta e início da década de noventa, a tese otimista de que a introdução de uma gama de penas não detentivas reduziria a população carcerária topou-se com uma crescente desilusão²⁵. Minuciosas e prolongadas pesquisas, então, passaram a buscar possibilidades para explicar esta inesperada experiência por que vem passando os países que adotaram políticas e práticas penais ditas alternativas.

De uma maneira geral, o que ficou evidente foi que se as medidas introduzidas pretendiam limitar o uso da prisão, deveriam dirigir-se aos delinquentes que estavam

²³ VASCONCELOS, Wilson Santos de. **Penas alternativas**: um estudo acerca da execução das penas restritivas de direito no rio de janeiro (1994–2009). Dissertação de Mestrado. Escola Nacional de Ciências Estatísticas. Programa de Pós-Graduação em Estudos Populacionais e Pesquisas Sociais, 2011. p. 142

²⁴ Ibidem, p. 145

²⁵ MATHEWS, Roger. **Pagando el tiempo: Una introducción a la sociología del encarcelamiento**. Barcelona: Bellaterra, 2003. p. 197.

realmente “em risco” de receber uma sentença de prisão e ao mesmo tempo proporcionar uma opção que o poder judicial considerasse como uma alternativa viável a detenção. Não foi o que aconteceu. De acordo com Matthews, a utilização de sanções baseadas em serviço à comunidade:

remarcaba que éstas se expedían principalmente para delincuentes menores más que para aquellos que estaban em riesgo de recibir una sentencia de prisión. De este modo se veía que algunas alternativas eran bastante irrelevantes para el aumento de los problemas de sobrepoblación carcelaria. Para otros, el uso de alternativas para los delincuentes menores contribuía a fomentar la crisis de las prisiones, pues se incrementaba el número de reincidentes que antes habían sido condenados por delitos menores.²⁶

Como bem ressalta Nunes:

Los sustitutos penales son aplicables solamente en las hipótesis de delitos de pequeño o medio potencial ofensivo, que no permitirían la manutención de infractores en los establecimientos prisionales, excepto los multi- reincidentes, por lo que no reducen el número de encarcelados y tampoco disminuyen los costos en la ejecución penal, ya que con la ampliación del número de personas sometidas al control penal, ocurre la consecuente necesidad de planteamiento y continuo inversión pública para la adecuada ejecución de los programas creados²⁷.

Tais análises se ajustam ao caso brasileiro, onde a legislação possibilitou a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos nos crimes de pequeno e médio potencial ofensivo, ou seja, aqueles cuja pena fixada não ultrapasse 4 anos de duração. Observado o critério quantitativo da pena, também devem estar preenchidos os demais pressupostos legais que dizem respeito aos aspectos pessoais do condenado (artigo 44, incisos II e III do CP) e específicos do crime (não ter sido cometido com violência ou grave ameaça – artigo 44, inciso I do CP). Nas palavras de Azevedo, as alternativas penais no Brasil teriam sido criadas “para abranger uma clientela que nunca foi a da prisão”²⁸.

Como se viu, o perfil dos crimes que são submetidos a regime de cumprimento das penas alternativas não são crimes que estariam em risco de receber uma condenação de prisão. Estes delitos nunca foram os responsáveis pela superlotação dos complexos penitenciários brasileiros, de modo que o seu tratamento pela via dita alternativa, em nada resolve as crescentes taxas de encarceramento. Antes pelo contrário, acaba enviando os descumpridores das sanções alternativas (art. 44, §.4º do CP) e os reincidentes em delitos menores (art. 44, § 3º) ao cárcere.

²⁶ MATHEWS, Roger. **Pagando el tiempo**: Una introducción a la sociología del encarcelamiento. Barcelona: Bellaterra, 2003, p. 196.

²⁷ NUNES, Apolinário, M. Política criminal de las sanciones alternativas a la prisión: críticas al discurso oficial. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, out/2008. Disponível em <www.eumed.net/rev/cccss/02/mna2.html> Acesso em abr/2012.

²⁸ AZEVEDO, Jackson C., 1999. citado por Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas, ILANUD/Brasil, 2006.

Corroborando as afirmações dos autores, a conclusão dos pesquisadores responsáveis pelo Levantamento Nacional de execução de penas alternativas realizado pelo ILANUD é a seguinte:

A pena alternativa tal como é prevista no ordenamento brasileiro e aplicada pelo sistema de justiça, não cumpre a função de “esvaziar as prisões”, já que o perfil do indivíduo apenado por pena restritiva de direito, especialmente quanto ao delito cometido, não se identifica com o da população carcerária. Esse fato é decorrência da destinação das penas alternativas a delitos patrimoniais de repercussão mais reduzida – o que poder ser demonstrado pelo fato de, em todas as capitais estudadas, o furto ser a modalidade penal que mais frequentemente enseja a aplicação da pena alternativa. (...)

Considerando-se esses elementos, conclui-se que os indivíduos que são condenados à pena privativa de liberdade e que tem realmente a sua pena substituída pela pena restritiva de direitos em verdade não seriam apenados com a prisão, dada a pré-existência de outros institutos, como o sursis, que evitariam a sua prisão.²⁹

O Sursis, por exemplo, segue uma tendência de alta até o ano de 1998. Contudo, no ano em que foi instituída a Lei nº. 9.714/98, que ampliou as modalidades de penas restritivas de direito, bem como seu o tempo de condenação (0 a 4 anos de condenação), o instituto passa por um período de declínio, justamente no período em que o índice de aplicação das penas restritivas de direito inicia uma ascensão³⁰. A partir de 2000, o que se observa é que o Sursis entra em desuso, na medida em que a lei de penas restritivas de direito autoriza a substituição de penas privativas de até 4 (quatro) anos por pena restritiva.³¹

Ademais, cabe salientar que os delitos cuja pena cominada não ultrapassa quatro anos, por lei, não são submetidos ao regime fechado de cumprimento, não ocupando vagas do sistema penitenciário.

A verificação concreta de que a maioria dos delitos que tem a pena privativa de liberdade substituída pela restritiva de direito não ultrapassa dois anos também faz parecer ineficaz a Lei 9.714/98 que ampliou para quatro anos o *quantum* de pena passível de substituição. O tempo de pena de até dois anos não se enquadra nas modalidades penais de maior incidência no sistema penal, outro motivo a fortalecer a ineficácia das penas alternativas na pretendida função redutora dos índices de encarceramento.

Na perspectiva de Martins, a Lei 9.714/98 teria atacado a arquitetura legal desenhada pela lei 7.209/84, ao inflacionar as espécies penais não operantes. Ao invés de ser uma medida de ampliação e fortalecimento das medidas alternativas ao encarceramento,

²⁹ INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE (ILANUD/BRASIL). **Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas**, 2006.

³⁰ A variação anual dos processos de PRD de 1999 para 2000 tivera 420% de aumento

³¹ VASCONCELOS, Wilson Santos de. **Penas alternativas**: um estudo acerca da execução das penas restritivas de direito no rio de janeiro (1994–2009). Dissertação de Mestrado, 2011. p. 113

prestou-se puramente ao fortalecimento do papel simbólico da repressão penal, alastrando penas cosméticas e propiciando a banalização da intervenção penal na vida social³².

Vale referir que a restrição legal à substituição da pena em delitos cometidos com ameaça e violência, impossibilita a aplicação de penas alternativas no delito de maior incidência no sistema penitenciário: o roubo, que representa 29%, segundo dados de 2009 do Infopen. Tendo em vista a imensa proporção de indivíduos condenados no sistema carcerário por esse crime e por outros delitos também excluídos das possibilidades legais de substituição, “chega-se à conclusão de que é reduzido o impacto das penas alternativas para a diminuição do contingente prisional”.³³

Nesse sentido, se pode concluir que as penas restritivas de direitos ao contrário de como são popularmente reconhecidas, não vem se mostrando como efetivas alternativas ao cárcere. Como bem salientou Matthews, tais medidas passaram a exercer um papel complementar e reforçador³⁴.

A consequência foi um aumento significativo da aplicação das penas e medidas alternativas. Como dito, o número de cumpridores dessas penas ultrapassou o número de presos no Brasil. Em 2008, havia 493.737 pessoas presas (condenados e provisórios) e 558.830 pessoas estavam cumprindo, ou cumpriram no decorrer de 2008, Pena Restritiva de Direito.

Esse duplo crescimento, aqui verificado em termos quantitativos, vem reforçar a tese da “extensão da rede”. McMahon e Matthews³⁵ expõem que o desenvolvimento de alternativas distintas da detenção fomentou um processo de extensão da rede penal, conduzindo mais delinquentes ao sistema de justiça criminal. Assim, estaria descartada a possibilidade de reabilitação, reforma ou confronto dos valores do delinquente, senão que mais que simplesmente se pretenderia monitorar seus movimentos e vigiar suas atitudes³⁶. De acordo com Matthews:

la proliferación de órdenes de no detención había inadvertidamente conducido a más delincuentes hacia el sistema de justicia criminal, expandiendo de este modo todo el sistema. En forma paradójica, la introducción de un rango de lo que se suponía eran sanciones más benignas y humanitarias fue lo que encaminó más gente hacia la red del control social, con el resultado de que – a través del proceso de estigmatización y marginación – muchos delincuentes menores fueron etiquetados como “criminales” y, por lo tanto, ratificados en cuanto a su desviación (McMahon, 1990). (...) originaron [las alternativas penales] el establecimiento de un sistema penal mucho

³² Martins, 2004, citado pelo Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas, ILANUD/Brasil, 2006.

³³ INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE (ILANUD/BRASIL) . **Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas**, 2006.

³⁴ MATHEWS, Roger. **Pagando el tiempo**: Una introducción a la sociología del encarcelamiento. Barcelona: Bellaterra, 2003. p. 197.

³⁵ Ibidem, p. 195.

³⁶ NUNES, Apolinário, M. As penas alternativas entre o direito penal mínimo e máximo. **Observatório de la Economía Latinoamericana**, n. 78, 2007. Disponível em < <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/br/>>. Acesso em abr/2012.

más elaborado, en el cual las dinámicas de control son más complejas y lo resultados más inciertos. Los beneficios de dieron siempre en corto plazo y estuvieron limitados a poblaciones específicas³⁷.

Cohen comprova em um estudo estatístico, que a adoção de punições alternativas, ao invés de diminuir a atuação do sistema penal, resultou em uma ampliação do alcance da rede de controle social, através de um sistema disciplinar mais difuso e de calibres mais estreitos³⁸. Para ele estaria ocorrendo a reprodução literal, em nível social mais amplo e complexo, do esquema institucional das pressões do século XIX, com a implementação de novas modalidades e submodalidades de desvio e controle. Os indivíduos antes denominados de condenados atualmente são considerados clientes, beneficiários ou assistidos; o conhecimento produzido pelos diagnósticos e tratamentos, escalas de avaliação, assemelham-se em todo àquele utilizado pelo sistema carcerário. Cohen adverte que, ao reproduzir a seletividade do sistema penal tradicional por meio de mecanismos suplementares de exercício de controle penal sobre a pessoa, se mantém a prisão como centro do sistema punitivo³⁹.

Ressalta o autor que a benevolência e suavidade das condenações alternativas à prisão podem ser mais aparentes que reais. Nem sempre sua execução é menos estigmatizante ou mais humana que o sistema penitenciário. O entusiasmo das alternativas muitas vezes mascara a inexistência de qualquer alternativa. A noção de alternativa pode ser mistificadora e enganadora, porque convive com a pena privativa de liberdade e é uma etapa dela⁴⁰.

Assim, conclui que as alternativas à prisão não acarretam a diminuição da população prisional, mas instauram um sistema de controle social formal mais difuso e, em última instância, insidioso, ao aumentar o alcance dos dispositivos penais e ao tornar mais porosos os filtros do sistema (*widening the net and thinning the mesh*)⁴¹. As penas alternativas se apresentariam, assim, como mais uma medida penalizadora, de uma “clientela” que antes não era levada ao cárcere.

Foucault, ao analisar o funcionamento e o discurso dos substitutivos penais, afirma que se trata, em realidade, de remanejamento do poder de castigar, multiplicando sua incidência, aumentando sua eficácia e diminuindo seu custo político – econômico, fazendo da punição e da repressão uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas

³⁷ MATHEWS, Roger. **Pagando el tiempo**: Una introducción a la sociología del encarcelamiento. Barcelona: Bellaterra, 2003. p. 196 e 198.

³⁸ COHEN, 1979, citado por Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas, ILANUD/Brasil, 2006.

³⁹ COHEN, 1979, citado por NUNES, Apolinário, M. Política criminal de las sanciones alternativas a la prisión: críticas al discurso oficial. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, out/2008. Disponível em <www.eumed.net/rev/cccss/02/mna2.html> Acesso em 10 abr 2012.

⁴⁰ Ibidem

⁴¹ COHEN, 1979, citado por Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas, ILANUD/Brasil, 2006.

punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente na sociedade o poder de punir.⁴²

No mesmo sentido Garland (1990) avalia esta incidência de controle penal sobre indivíduos pela via das alternativas penais, como uma lógica reprodutiva panóptica do sistema penal, assim como do discurso dos reformadores dos séculos XVIII e XIX: reformar o sistema penal, humanizar as condenações, incentivando alternativas à pena privativa de liberdade, que deverão ser destinadas aos indivíduos violentos ou como castigo aos reincidentes, ampliando o espectro da ilegalidade punível e o controle sobre o corpo e alma dos indivíduos. Melhorando-os ao invés de destruí-los⁴³.

A diferença do poder disciplinar aplicado no cárcere daquele que se dá por meio das penas alternativas é que, dentro dos estabelecimentos prisionais pode ser realizado em sua forma mais direta, enquanto que neste modelo difuso, o princípio disciplinar é indefinido, com julgamentos permanentes, fiscalização praticada pela própria comunidade, conversões, prorrogações e substituições arbitrárias, observações e análises que nunca acabam.⁴⁴

A literatura criminológica brasileira, sob o enfoque de Juarez Cirino dos Santos, que escreveu “a ampliação do controle social”, comenta a inserção das penas restritivas de direito na Reforma Penal de 1984, chamando a atenção para a armadilha dos mecanismos legais de desprisonalização:

Os substitutos penais não enfraquecem a prisão, mas a revigoram; não diminuem sua necessidade, mas a reforçam; não anulam sua legitimidade, mas a ratificam: são instituições tentaculares cuja eficácia depende da existência revigorada da prisão, o centro nevrálgico que estende o poder de controle, com a possibilidade do reencarceramento se a expectativa comportamental dos controlados não confirmar o prognóstico dos controladores.⁴⁵

Entretanto, a despeito das críticas, importante deixar claro a relevância das penas alternativas para trilhar um caminho possível no tratamento do delito que não coincida com a privação da liberdade e com as condições desumanas e degradantes que se encontram no interior do cárcere. Como apontou Baratta:

[...] cualquier paso que pueda darse para hacer menos dolorosas y menos danosas las condiciones de vida en la cárcel, aunque sea sólo para un condenado, debe ser mirado con respecto cuando esté realmente inspirado en el interés por los derechos y

⁴² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2002., p. 93.

⁴³ GARLAND, 1990 citado por NUNES ,Apolinário, M. Política criminal de las sanciones alternativas a la prisión: críticas al discurso oficial. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, out/2008. Disponível em <www.eumed.net/rev/cccss/02/mna2.html> Acesso em 12 abr 012.

⁴⁴ NUNES ,Apolinário, M. Política criminal de las sanciones alternativas a la prisión: críticas al discurso oficial. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, out/2008. Disponível em <www.eumed.net/rev/cccss/02/mna2.html> Acesso em 12 abr 2012

⁴⁵ SANTOS, 2003 citado por CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento, Res severa verum gaudium – revista científica dos estudantes de direito da UFRGS. Porto Alegre, v. 2, n. 2 – Nov/2010

el destino de las personas detenidas, y provenga de una voluntad de cambio radical y humanista y no de un reformismo tecnocrático cuya finalidad y funciones sean legitimar a través de cualquier mejoramiento la institución carcelaria en su conjunto.⁴⁶

Segundo a assistente social da vara de execução de penas e medidas alternativas de Porto Alegre – VEPMA, entrevistada em 18/04/2012, a questão do contato e da humanização dos processos que ocorre com a aplicação das penas é um dos pontos fundamentais da substituição. Para ela, a pilha de papel com relatos de atos cometidos por uma pessoa, identificada apenas pelo seu nome, número de RG, CPF e data de nascimento, se transforma no momento das entrevistas e do acompanhamento do apenado. Todos os relatos fazem supor a frieza e crueldade do réu, o que o contato pessoal faz desaparecer. “Se descobre” ali, assim, o ser humano, com suas carências, fraquezas, instabilidades.

Questionada sobre sua experiência diária do contato com apenados e os resultados das sanções, ela assim afirmou:

As penas restritivas se prestam para uma finalidade reeducativa. Os resultados são bastante positivos. Às vezes a gente vê aqui pessoas que chegam com muita raiva, que estão se sentindo muito injustiçadas com a situação, por que não tiveram uma boa defesa, e aí a gente consegue trabalhar isso, que ele veja onde está a responsabilidade aí, onde deu furo, o que causou tudo isso, vai ver que também teve parcelas dele para chegar aonde ele chegou. Às vezes tivemos pessoas que foram para a prestação de serviços não exatamente na sua área e descobriu outro potencial, pessoas que chegaram à direção da instituição, pessoas que foram contratadas. Para algumas pessoas fez muita diferença. (...) Mudou a vida dessas pessoas? Mudou. (...) Ele se sentiu bem lá dentro, criou amizades, se sentiu valorizado, reconhecido, o valor que ele não tinha ou descobriu um potencial que ele não tinha. Então esse resgate da autoestima é muito importante. Acredito muito na prestação de serviço, os resultados são bons.

O diagnóstico dos 10 anos da Política Nacional de Penas e Medidas Alternativas, divulgado pelo Ministério da Justiça em 2010, concluiu, em relação à finalidade e aplicabilidade das penas alternativas, o seguinte:

No entanto, é reconhecido que a tendência no campo do controle penal é a sua ampliação, de forma que evitar que as sanções não privativas de liberdade se tornem um movimento contrário ao da descriminalização e fazer com que elas sejam mecanismos reais da redução do encarceramento deve ser esforço contínuo da política nacional de penas e medidas alternativas.

[...]

Como defendeu Ivo Corrêa, em sua entrevista, é importante que o poder público incentive a inovação, promova modelos criativos de política criminal Alternativa à prisão. Em sua visão, a sociedade brasileira evoluiu bastante, enquanto os modelos de gestão nessa área permanecem iguais há muito tempo. Para o ex-diretor de políticas penitenciárias, o investimento em processos criativos pode auxiliar na evolução da política criminal, trazendo mais eficiência para o sistema.

Este é um dos grandes desafios que se apresenta para a política de penas e medidas alternativas no momento. Vencida a etapa mais crítica da resistência à aplicação e ausência de estruturação do setor, dar o passo no sentido de se tornar uma política

⁴⁶ BARATTA, 1991 citado por CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento, *Res severa verum gaudium – revista científica dos estudantes de direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. 2, n. 2 – Nov/2010

que promova a criação de modelos de política criminal centrados na não privação da liberdade, que apresentem resultados de cada vez maior excelência.

[...]

Nos últimos dez anos, as penas e as medidas alternativas avançaram significativamente, romperam resistências, instalaram-se nas mais diversas localidades nacionais e mostraram que têm potencial para se tornar, de fato, uma política criminal prioritária na agenda da segurança pública brasileira. No entanto, para que elas se afirmem como tal, é necessário investimento na área, bem como que a política aproveite a maturidade que alcançou e dê o salto qualitativo que as circunstâncias atuais permitem.⁴⁷

Assim, a viabilidade de aplicação de sanções não privativas de liberdade a crimes hoje puníveis com a pena de prisão pode crescer na medida em que o programa de penas e medidas alternativas ganhe força institucional e credibilidade social.⁴⁸

A substituição do modelo tradicional de privação de liberdade, por esse motivo, já é positiva. Ela evita os processos de dessocialização, deterioração e estigmatização provocados pelo isolamento e afastamento do convívio familiar comunitário e social.

O que se questiona, portanto, não são as penas alternativas propriamente, mas a maneira como elas foram acolhidas pelo nosso ordenamento jurídico, sem alterar a mentalidade tradicional punitiva do Direito Penal e inclusive vindo a complementar e reforçar o controle já exercido. A representação dessa extensão se mostra na verificação concreta de que os índices de encarceramento não diminuíram com a introdução dessas medidas. Nas palavras de Carvalho:

O problema de pesquisa que move a investigação, porém é até que ponto os substitutivos penais efetivamente diminuem o impacto do carcerário sobre os grupos vulneráveis, ou seja, se efetivamente são incorporados pelos sistemas político-legislativo, jurídico e executivo como alternativas ao processo criminal e à prisão ou se constituem instrumento aditivo de ampliação do controle social punitivo.

Desde a assertiva de Baratta, cabe avaliar se na atual realidade político-criminal brasileira os novos mecanismos institucionais de diversificação processual e descentralização da pena de prisão (composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo, penas restritivas de direito) rompem com a lógica punitivista ou simplesmente a revigoram, ressignificando-a a partir da fusão com o correccionalismo. Neste caso, representaria apenas reformismo tecnocrático, conservador e relegitimador da instituição carcerária⁴⁹.

Nesse sentido, a intenção de atender princípio basilar do direito penal, o da intervenção mínima, e reduzir sua atuação parece não ter surtido efeito pela via das penas alternativas. A tentativa de promover a descarcerização através do uso de penas não detentivas não diminui a esfera de alcance do sistema penal e do uso da prisão. Paradoxalmente as penas privativas de liberdade são as garantias legais de cumprimento das sanções alternativas, como bem analisou Larrauri:

⁴⁷ BRASIL, Ministério da Justiça. Diagnóstico dos 10 anos da Política Nacional de Penas e Medidas Alternativas, 2010. p. 34, 42, 44

⁴⁸ Ibidem, p. 41.

⁴⁹ CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento, Res severa verum gaudium – revista científica dos estudantes de direito da UFRGS. Porto Alegre, v. 2, n. 2 – Nov/2010, p. 6.

De todos os mecanismos mencionados para reduzir o uso da prisão, a descarcerização, ou seja, a utilização das sanções alternativas, paradoxalmente o mais utilizado, resultou ser também o mais problemático para conseguir tal redução. Essa dificuldade está fundamentada no fato de que normalmente os sistemas penais que recorrem às alternativas, costumam usar a pena privativa de liberdade como forma de garantir o cumprimento destas.⁵⁰

[...] las alternativas permitían abarcar a un mayor número de clientes (...), estaban más difundidas y (...) resultaban más intromisivas y disciplinarias. Todo el arsenal de alternativas acababa configurando (...) un 'archipiélago carcelario'. Quizás sí desaparecería la cárcel peor ésta sería sustituida por una sociedad disciplinaria..."⁵¹

Conforme Cirino dos Santos mantém-se o sistema tradicional de punição: a instituição carcerária segue no papel central e, nas suas margens, encontram-se as ferramentas substitutivas. Em suas palavras, “é indispensável à eficácia dos substitutivos penais, cuja função reversa é legitimar a prisão, como centro do arquipélago carcerário”. Novas estratégias e métodos que controlam, de forma mais intensa e mais generalizada, o conjunto dos setores marginalizados.”⁵²

Pertinente a crítica de Azevedo no que concerne ao fato de terem sido os substitutivos penais idealizados no bojo do paradigma positivista, em uma lógica de manutenção estrutural. Não houve, assim, uma transformação dos mecanismos penais, que não se deixaram reformar de acordo com uma nova concepção efetivamente *alternativa* – tanto é que as próprias penas alternativas foram inseridas na legislação pátria de modo a pender inescapavelmente sobre o condenado a ameaça da privação de liberdade. A referência é dada a partir de um modelo de direito penal conservador e de uma mentalidade ultrapunitiva.

Nesse sentido, acredita-se que, diante da similitude dos perfis do apenado e do preso, o esforço exigido por parte dos atores envolvidos na aplicação e execução das alternativas penais para estabelecer outro paradigma deva ser ainda maior. Isso porque esse outro paradigma de ação deve dizer respeito à transformação de práticas e padrões de atuação que já estão consolidados por esses agentes numa cultura tradicional de intervenção penal.⁵³

De acordo com Larrauri, as penas alternativas, nos moldes como são atualmente previstas, não se prestam para diminuir os índices de encarceramento e tampouco

⁵⁰ CID MOLINÉ - LARRAURI. Penas alternativas a la prisión, citado por NUNES, Apolinário, M. As penas alternativas entre o direito penal mínimo e máximo. **Observatório de la Economía atinoamericana**, n. 78, 2007. Disponível em <<http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/br/>>. Acesso em abr/2012.

⁵¹ LARRAURI, 1997 citada por CHINCHILLA, Rosaura Calderón, OROZCO, Éricka Linares, **Penas alternativas a la Prisión ¿Menos cárcel o más control social?** Disponível em <<http://www.uned.ac.cr/Sociales/catedras/cienciasPenales/documents/Penasalternativasalaprision.pdf>> Acesso em maio/12.

⁵² SANTOS, 1985, p. 18 citado CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento, *Res severa verum gaudium – revista científica dos estudantes de direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. 2, n. 2 – Nov/2010, p. 6.

⁵³ AZEVEDO, Mônica Louise de. Penas alternativas à prisão: os substitutivos penais no sistema brasileiro, Curitiba: Juruá, 2005, pp. 138-139

são mostras de humanização do direito penal. Ao contrário, denotam uma cultura ultrapunitiva pouco tolerante.

la pregunta decisiva de porqué aumentan las penas alternativas al tiempo que aumentan las condenas de prisión sigue pudiendo conterstarse mi juicio sólo de forma tentativa. La primera respuesta logica sería pensar en un aumento considerable de todos los delitos(...). En cualquier caso si la opinión de los autores citados es acertada se asiste a un continuado proceso de crecimiento del sistema penal también en el ámbito de las penas alternativas. Desde esa perspectiva la masiva utilización de las penas alternativas en un futuro deberá leerse no como signo de benevolencia sino como muestra de la baja tolerancia.⁵⁴

Nessa perspectiva, faz-se necessário o desenvolvimento mais eficaz de políticas alternativas, desvinculadas de uma proposta retributivista e tradicional. Para Matthews:

Lo que se requiere ahora, si se desea que el empleo de la prisión esté controlado más efectivamente, es que estas medidas se desarrollen de una forma más sistemática y integral. No basta con crear más y más penas no detentivas o nuevas formas de liberación anticipada para distintos tipos de delitos y delincuentes, que son de igual medida que las habituales nociones de justicia, imparcialidad y culpabilidad⁵⁵.

De acordo com Garland, “regimes politicamente fortes não têm nenhuma necessidade de se apoiar em sanções especialmente punitivas. A repressão pode ser símbolo de força, mas pode também ser interpretada como sintoma de falta de autoridade e como inadequada”⁵⁶. O papel subsidiário do direito penal na vida social deve ser definitivamente consolidado, apontando situações específicas em que se deve dar sua incidência. A mínima intervenção, que diz respeito a não utilização do sistema penal para todos os casos, tem sido, hoje, equivocadamente interpretada como a intervenção mínima, que leva a uma medida que, embora dotada de baixo teor repressivo, é tomada em todo e qualquer caso⁵⁷.

Se a opção político-criminal produz como único resultado a ampliação do encarceramento, o ciclo de violência inerente às estratégias de legitimação do arquipélago carcerário dificilmente será minimizado com o acréscimo de redes alternativas⁵⁸. É necessário que as alternativas à prisão sejam efetivamente alternativas, e não sistemas adicionais, apêndices ou válvulas de escape do insolvente modelo carcerário. As alternativas deveriam

⁵⁴ LARRAURI, Elena. Nuevas tendencias e las penas alternativas, 2001. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº53, 2005.

⁵⁵ MATHEWS, Roger. **Pagando el tiempo**: Una introducción a la sociología del encarcelamiento. Barcelona: Bellaterra, 2003. p. 198

⁵⁶ GARLAND, 2002 citado pelo Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas, ILANUD/Brasil, 2006.

⁵⁷ Consoante a lição do criminólogo Álvaro Pires, em palestra no 3º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (1997). citado pelo INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE (ILANUD/BRASIL) . **Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas**, 2006

⁵⁸ CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento, Res severa verum gaudium – **revista científica dos estudantes de direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 2, n. 2 – Nov/2010, p. 20.

constituir-se, pois, em possibilidades reais de minimizar a dor do encarceramento, estabelecendo radical ruptura com o modelo punitivo tradicional⁵⁹.

Conforme Azevedo é necessário ampliar as possibilidades de adoção das penas alternativas, principalmente em relação a delitos que ainda são predominantes no sistema carcerário. Nesse sentido, alguns crimes como roubo e tráfico ilícito de entorpecentes, que constituem, entre outros, os mais frequentes dentro do sistema prisional, observada a gravidade dos mesmos, poderiam ser tratados por meio de substitutivos penais. A ampliação na abrangência do rol de delitos sujeitos às penas alternativas pode significar uma resposta eficaz à crise do sistema prisional brasileiro, que aliada a outras iniciativas no âmbito social, poderá a médio prazo contribuir para a solução de muitos problemas enfrentados para a redução da criminalidade e a melhoria da segurança pública.⁶⁰

Para finalizar, oportuna a reflexão de Paulo Freire: “Ninguém nasce feito, é experimentando-nos no mundo que nós nos fazemos”. Experimentar-se no mundo do crime não é uma opção livre dos homens; é expressão de necessidades e carências que não são solucionadas pela privação da liberdade. Nesse contexto, a essência e os objetivos das penas alternativas dizem, em tese, com a finalidade reintegradora da pena. Porém, para tanto, precisam ser reincorporadas ao nosso ordenamento jurídico, de modo a não se mostrarem como extensões ou complementos da via punitiva tradicional. O Direito Penal não pode olvidar-se de intervir minimamente na vida dos cidadãos que supostamente protege.

Considerações Finais

A ideia inicial da pesquisa era estudar os benefícios do sistema brasileiro alternativo de punição, consubstanciado nas penas restritivas de direito. A intenção era enfocar os resultados práticos positivos advindos de uma política penal não convencional, em especial do ponto de vista pessoal do apenado e da almejada ressocialização, que refletiria em toda ordem social. Buscava-se demonstrar que a substituição da pena privativa de liberdade por meio das sanções alternativas seria um relevante passo na luta pelos direitos humanos, na medida em que diminuiria os preocupantes índices de encarceramento e viabilizaria a reinserção social do condenado.

Ao longo da pesquisa, infelizmente, verificações empíricas demonstradas em dados estatísticos e minuciosos trabalhos jurídicos e sociológicos impossibilitaram que fosse

⁵⁹ CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento, Res severa verum gaudium – **revista científica dos estudantes de direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 2, n. 2 – Nov/2010, p. 9.

⁶⁰ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Sociologia e justiça penal: teoria e prática da pesquisa sociocriminológica**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010. p. 351.

redigido nesta conclusão o que originalmente se pretendia. O problema das penas alternativas, como se viu, não reside em sua essência ou estruturação teórica e sim na sua incorporação ao sistema jurídico. Hoje elas não são tratadas como um modelo substitutivo ao sistema punitivo tradicional, o cárcere, e sim como complementares deste.

Não quer dizer que a existência e previsão legal das penas restritivas de direito não representem um avanço à humanidade. Sim, elas demonstram um enorme potencial para romper com os paradigmas históricos de punição e tratamento daqueles que transgridem as regras penais. Contudo, um potencial incipientemente explorado e, muitas vezes, tortuosamente utilizado.

O resultado lógico esperado de que as penas alternativas realmente viabilizariam a gradual substituição das condenações à prisão, resultando em um decréscimo da população carcerária brasileira, não se verificou na prática. Antes o contrário, o que se percebeu foi uma verdadeira expansão do sistema de controle social promovido pelo Direito Penal. Os dados fornecidos por instituições penitenciárias brasileiras permitiram verificar o crescimento concomitante das penas privativas de liberdade e restritivas de direito.

Como é possível essa inusitada situação?

Pode-se dizer, com apoio dos dados concretos que permeiam o trabalho, que as penas alternativas foram abrigadas ao ordenamento jurídico brasileiro – e também em outros países, conforme apontam as pesquisas – para zelar aqueles delitos menores, aos quais não eram aplicadas penas privativas de liberdade. Ou seja, ao invés de darem tratamento distinto e mais benéfico àqueles crimes que, anteriormente à previsão legal, eram submetidos à pena de prisão, as penas alternativas inovaram, trazendo novas formas de punição aos que ainda não eram punidos pelo sistema penal convencional. Elas vieram acobertar uma nova “clientela”.

Clientela, contudo, já conhecida do direito penal, constituída majoritariamente por homens jovens, não brancos, com baixa escolaridade e renda mensal de até dois salários mínimos.

Nos moldes como são atualmente previstas, as penas alternativas, que deveriam constituir-se em possibilidades reais de minimizar a dor da privação da liberdade, não se prestam para diminuir os índices de encarceramento e tampouco são mostras de humanização do direito penal. Elas não romperam com o modelo tradicional, ao contrário, denotam uma cultura ultrapunitiva pouco tolerante.

Entretanto, ainda que, as penas e medidas alternativas não tenham causado os impactos esperados no sentido de reduzir a população carcerária é importante destacar a sua relevância do ponto de vista instrumental e explorar seu potencial. Pensá-las sob uma

perspectiva realmente alternativa e articulá-las com as transformações necessárias, que iniciam com mudanças na mentalidade e cultura retributiva e ultrapunitiva que permeia e dá os contornos do papel do Direito Penal na sociedade contemporânea, que ainda carrega traços medievais.

Entender e dividir com todos que a criminalidade é apenas uma das pontas aparentes de uma realidade social tomada de complexidades e desencaixes que passam longe da livre determinação individual e da opção pela vida criminosa é um passo importante a ser dado. Compreender que antes de dar soluções às consequências deve-se pensar em medidas menos superficiais, que mexam nas causas, que tragam realmente transformações estruturais em uma sociedade marcada pela exclusão, pela concentração de renda e pelo privilégio, é fundamental para que o Direito Penal não continue a ser encarado como remédio universal às “moléstias” da sociedade, como são tratados os criminosos.

Ampliar as possibilidades de adoção das penas alternativas, principalmente em relação a delitos que ainda são predominantes no sistema carcerário, pode ser um ponto de partida alcançável a curto prazo. Entretanto, apenas uma política criminal inovadora, consciente, humana e que incorpore as penas alternativas de forma revitalizada pode, finalmente, dar resposta e efetividade à pretendida ressocialização do condenado, tão cara aos estados democráticos de direito, onde, em tese, os direitos humanos estão assegurados.

Referências

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Sociologia e justiça penal: teoria e prática da pesquisa sociocriminológica**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

AZEVEDO, Mônica Louise de. **Penas alternativas à prisão: os substitutivos penais no sistema brasileiro**, Curitiba: Juruá, 2005, pp. 138-139

BARATTA, Alessandro, **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia , 1999.

BEIRAS, Iñaki Rivera. Derechos fundamentales, movimientos sociales y “cultura de la resistencia”. Para un programa de reducción carcelaria (em España) in **Políticas de seguridad: Peligro y desafíos para la criminología del nuevo siglo**. Barcelona: editora, 2004.

BEIRAS, Iñaki Rivera. El Castigo y las ciencias sociales: la polifuncionalidad del sistema penal y la necesidad de nuevos abodajes epistemológicos. In **Prisões na Europa: um debate que começa**. Oeiras: Celta editora. 2003, p.23, p.43.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 106

BRASIL, Instituto Brasileiro de geografia e estatística – IBGE. Censo 2010. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/censo2010/>. Acesso em 04 maio 2012.

BRASIL, Ministério da Justiça. **Diagnóstico dos 10 anos da Política Nacional de Penas e Medidas Alternativas**, 2010. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/dpdc/data/Pages/MJ87675D02ITEMIDF2A839578ED546609E22E2060BA1D7A0PTBRIE.htm>> Acesso em: 24 mar 2012

BRASIL, Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ8F939E3DITEMID6FBC4C3B0F6A42DCB6C4281B4EB6F293PTBRNN.htm>>. Acesso em 24 mar 2012.

BRASIL, Ministério da Justiça. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRIE.htm>> Acesso 5 maio 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Política de alternativas penais**: concepção de uma política de segurança pública e justiça, 2002. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/admin/data/Pages/MJ47E6462CITEMID38622B1FFD6142648AD402215F6598F2PTBRIE.htm>> Acesso em 8 fev 2012.

BRASIL, Ministério Da Justiça. **Política de Alternativas Penais**: Concepção de uma Política de Segurança Pública e Justiça

BRASIL, Coordenação geral de penas e medidas alternativas – CGPMA/DEPEN. **Política De Alternativas Penais**: a concepção de uma política de segurança pública e de justiça. [2012].

CAMPANARI, Simone Doreto. **Penas alternativas no sistema penal brasileiro**: uma análise de suas bases de legitimação e de seus princípios constitutivos em face das penas privativa de liberdade. Marília, Centro Universitário Eurípedes de Marília, 2007.

CARVALHO, **Substitutos penais na era do grande encarceramento**, *Res severa verum gaudium* – revista científica dos estudantes de direito da UFRGS. Porto Alegre, v. 2, n. 2 – novembro de 2010

CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2002.

INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE (ILANUD/BRASIL) . **Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas**, 2006

LARRAURI, Elena. Nuevas tendencias e las penas alternativas, 2001. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Brasília, n. 53, p. 66-87, 2005.

MATHEWS, Roger. **Pagando el tiempo: Una introducción a la sociología del encarcelamiento**. Barcelona: Bellaterra, 2003.

NEGROS: Assim como nos Estados Unidos negros são maioria nas prisões brasileiras. Causa operária online, 20 ago. 2010. Disponível em: <http://www.pco.org.br/conoticias/ler_materia.php?mat=23015>. Acesso em: 27 abr 2012.

NUNES, Apolinário, M. Política criminal de las sanciones alternativas a la prisión: críticas al discurso oficial. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, oct. 2008. Disponível em: <www.eumed.net/rev/cccss/02/mna2.htm>. Acesso em 20 abr. 2012.

NUNES, Apolinário, M. As penas alternativas entre o direito penal mínimo e máximo. **Observatório de la Economía Latinoamericana**, n. 78, 2007. Disponível em <<http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/br/>>. Acesso em 20 abr 2012.

PASTANA, Débora Regina. **Estado Punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil**. Editora Revista dos Tribunais, n. 77, março-abril, 2009.

RIO GRANDE DO SUL, Equipe Técnica da Vara de Execuções de penas e medidas alternativas. 20 anos de penas alternativas no Rio Grande do Sul.

TEIXEIRA, Alessandra e MATSUDA, Fernanda Amy. Penas Alternativas x prisão: a construção de um *outro* paradigma. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº69, p.285, dez/2007.

VASCONCELOS, Wilson Santos de. **Penas alternativas: um estudo acerca da execução das penas restritivas de direito no rio de janeiro (1994–2009)**. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Ciências Estatísticas. Programa de Pós-Graduação em Estudos Populacionais e Pesquisas Sociais, 2011. Disponível em <http://www.ence.ibge.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=7c217545-9de7-41b3-afd0-26dacb5a6048&groupId=37690208> Acesso em 12 maio 2012.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique, **Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 79