

## **PUNITIVISMO E ALTERNATIVAS PENAIS: O SISTEMA PENAL BRASILEIRO VAI DE ENCONTRO AO PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO?**

**Rafaelle Braga Vasconcelos Costa<sup>1</sup>**

**Marlene Helena de Oliveira França<sup>2</sup>**

**Resumo:** Este artigo se propõe a analisar o processo de antidemocratização do direito penal no Brasil, abordando especialmente a utilização das medidas e penas alternativas, recursos capazes de substituir os tradicionais mecanismos de punição. Substitutivos penais que, apesar da importância tanto do ponto de vista educativo como punitivo, ainda não ocupa uma posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, por razões que serão esclarecidas neste trabalho. A metodologia utilizada se deu através de um estudo descritivo e exploratório baseado na pesquisa bibliográfica. A concepção de sistema penal adotada nesta pesquisa se baseia nas teses defendidas por Zaffaroni, cuja compreensão é de que o sistema penal abrange não só a administração carcerária, mas também a atividade legislativa e a atuação judicial, razão que possibilita perceber quanto o direito penal do inimigo tem se fortalecido em nosso país nas últimas décadas. Conclui-se que até mecanismos criados para minimizar os efeitos do punitivismo crescente, acabam sendo engolidos pela máquina repressora (comandada pelo Estado) e utilizados para seu fortalecimento. Esse é o caso das medidas e penas alternativas em nosso país.

**Palavras-chave:** Punitivismo. Alternativas Penais. Direito Penal do Inimigo. Antidemocratização. Sistema Penal.

**Resumen:** Este artículo se propone analizar el proceso de anti-democratización del Derecho penal en Brasil, tratando en particular el uso de medidas y penas alternativas, recursos capaces de sustituir los tradicionales mecanismos de castigo. Substitutivos penales que, a pesar de la importancia tanto del punto de vista educativo como punitivo, aún no ocupa una posición destacada en el ordenamiento jurídico brasileño, por razones que serán aclaradas en este trabajo. La metodología utilizada se ha dado a través de un estudio descriptivo y exploratorio basado en investigaciones bibliográficas. La concepción del sistema penal adoptado en esta investigación se basa en las tesis de Zaffaroni, cuya comprensión es de que el sistema penal no sólo abarca la administración carcelaria, sino también la actividad legislativa y la actuación judicial, razón que propicia darse cuenta de cuánto que el Derecho penal del enemigo se ha fortalecido en nuestro país en las últimas décadas. Se concluye que hasta mismo mecanismos creados para minimizar los efectos del punitivismo creciente, terminan siendo tragados por la máquina represiva (controlada por el Estado) y utilizados para su fortalecimiento. Este es el caso de las medidas y penas alternativas en nuestro país.

<sup>1</sup> Aluna da graduação no Curso de Direito na Universidade Federal da Paraíba e pesquisadora bolsista do Projeto PIBIC “Violência e Criminalidade: um estudo sobre mulheres encarceradas”.

<sup>2</sup> Professora Doutora do Departamento de Habilitação Pedagógica/CE/UFPB. Membro do Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos. Orientadora do Projeto PIBIC “Violência e Criminalidade: um estudo sobre mulheres encarceradas”.

**Palabras clave:** Punitivismo. Alternativas Penales. Derecho Penal del Enemigo. Anti-democratización. Sistema Penal.

## INTRODUÇÃO

Passados 29 anos do fim da Ditadura Militar em nosso país, o Sistema Penal permanece fortemente autoritário, militarizado e incompatível com um Estado Democrático de Direito. O caminho que segue não é o da transição democrática, mas do recrudescimento e fortalecimento de uma mentalidade punitiva herdada desde os tempos Brasil Colônia e fortemente nutrida durante o período ditatorial.

Nesse contexto, até mecanismos criados para minimizar os efeitos do punitivismo crescente, acabam engolidos pela máquina repressora comandada pelo Estado e sendo utilizados para seu fortalecimento. Esse é o caso das medidas e penas alternativas em nosso país, instauradas com o objetivo de minimizar os nefastos efeitos do encarceramento e reduzir a superlotação do sistema carcerário, mas que vêm convivendo com um movimento político criminal oposto, no qual a velha ideologia da “segurança nacional” encontra-se fortalecida nos discursos de segurança pública (RABALDO, 2012).

Constata-se que os substitutivos penais, na forma como são previstos no ordenamento brasileiro e aplicados pelo sistema de justiça,

não cumprem a função de ‘esvaziar o cárcere’. Na verdade, vêm se constituindo muito mais como aditivos para a ampliação do controle social do que como reais alternativas.

Diante desse cenário, através de um estudo descritivo e exploratório baseado na pesquisa bibliográfica e em pesquisas empíricas, o presente artigo se propõe a analisar historicamente a utilização das Medidas e Penas Alternativas como um dispositivo que, ao invés de promover uma redução da política de encarceramento, tem contribuído para fortalecer ainda mais um sistema punitivo incompatível com um Estado Democrático de Direito.

### 1 Prender tem sido a solução?

O Brasil, segundo os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, possui em torno de 564.000 mil pessoas presas e ocupa o quarto lugar no “ranking” dos países que mais encarceram, atrás apenas dos Estados Unidos (1º lugar), China (2º lugar) e Rússia (3º lugar). Isso, quando não consideradas as pessoas em prisão domiciliar, caso em que o Brasil ultrapassa a Rússia e passa a ocupar o terceiro lugar na quantidade de condenados. (CNJ, 2014).

Apesar dessa gritante quantidade de presos e presas, a sociedade permanece reclamando sobre o aumento da violência e

exigindo mais e mais encarceramento, com a falsa noção de que o enrijecimento penal resolve o problema da segurança. Mas será que colocar pessoas, com históricos de vida muitas vezes baseados em violências e carências (afetivas, educacionais e materiais), dentro de presídios, cuja incapacidade para receber e cuidar de seres humanos já é bastante conhecida, resolve mesmo o problema da segurança pública?

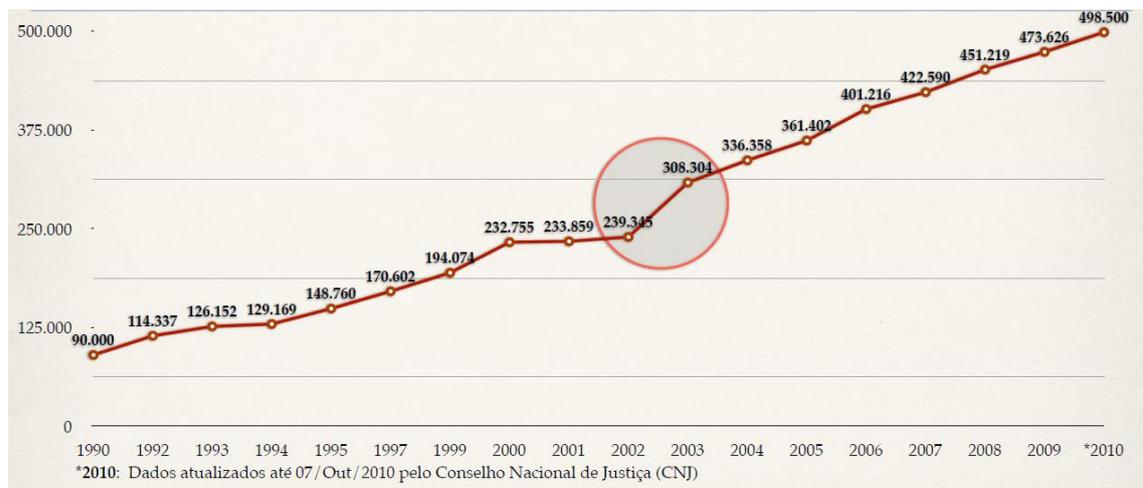
Observar o tamanho da população carcerária do país já indica um forte indício de que prender não tem garantido mais segurança para a sociedade. Nesse sentido, quando se compara os dados acerca da evolução das taxas de homicídio no Brasil com os dados sobre a evolução da população carcerária, considerando o período entre 1990 e 2010, observa-se que não tem havido qualquer relação entre essas duas variáveis.

**Gráfico I: Evolução da taxa de homicídios (1980-2010)**



Fonte: Mapa da Violência 2012.

**Gráfico II: Evolução da população carcerária(1990-2010)**



Fonte: Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes

Enquanto o número de pessoas encarceradas permanece crescendo, o número de homicídios por 100 mil habitantes no país sofre aumentos e decréscimos ao longo dos anos. Quando analisado o período entre 2002 e 2003, percebe-se que, a despeito de ter havido um crescimento de 28,8% da população prisional, a taxa de homicídios não diminuiu, mas sim aumentou, enquanto em outros momentos de menor crescimento do número de pessoas presas, a taxa de homicídios apresentou um decréscimo, como por exemplo, no período entre 2004 e 2005. Dados que reafirmam que prender mais não tem gerado mais segurança para a população brasileira.

Além disso, afastar uma pessoa do convívio social e familiar e submetê-la à vivência do cárcere, expondo-a a outros crimes e problemas sociais internos, tais como a superlotação, o tráfico de drogas, a violência, a corrupção e situações insalubres e degradantes, traz efeitos negativos muitas vezes irreversíveis para o indivíduo encarcerado, o que constitui outro elemento bastante forte para a crítica ao instituto da prisão na forma que tem sido utilizado (RABALDO, 2012, p.1).

Soma-se a isso a estigmatização sofrida pela pessoa que é presa, tornando ainda mais difícil a sua reinserção na sociedade (BARATTA, 1978). Assim, acreditar que a privação de liberdade é um mecanismo

adequado para se alcançar à chamada ressocialização, é desconsiderar absolutamente a realidade do sistema carcerário brasileiro.

Nesse sentido, é importante considerar o índice de reincidência no país, que se aproxima de 50% (PNUD, 2013), e constitui mais uma evidência da absoluta ineficácia da prisão enquanto medida pacificadora e ressocializadora.

Então, se a prisão não tem resolvido o problema da segurança pública e muito menos proporcionado à reinserção social daqueles que estão presos - o que deveria ser sua finalidade essencial conforme estabelecido no parágrafo 6º do artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos - qual tem sido o real papel do encarceramento e por que permanece na sociedade esse fetiche pelas penas privativas de liberdade?

## **2 Punitivismo e Recrudescimento do Direito Penal no Brasil**

A cultura punitiva se caracteriza especialmente pela necessidade constante e crescente de punição severa, o que traduz um sentimento público de intranquilidade e insegurança também contínuo (PASTANA, 2007, p. 31). Para analisar esse sentimento punitivo, é interessante observar sua relação com o Direito Penal do Inimigo, teoria

defendida pelo professor Gunther Jacobs (2007) que pressupõe a existência de inimigos no meio social. Os inimigos, na compreensão de Jacobs, seriam aqueles indivíduos que não respeitam o contrato social, representando um perigo para toda a sociedade e dela devendo ser separados.

Historicamente, no Brasil, o “inimigo”, o “perigoso”, o “indesejado” é representado pelo sujeito pobre e marginalizado. Porém, durante os anos de chumbo, entre 1964 e 1985, esse conceito sofrera uma ampliação marcante, pois passou a abranger qualquer um que se opusesse ao regime imposto, independentemente da classe social a que pertencesse. A partir de 1968, mais da metade das pessoas presas eram estudantes universitários ou detentoras de um diploma de nível superior (OLIVEIRA, 2009, p.30).

Com o fim da ditadura, em 1985, tal abrangência deixa de existir, mas a figura do “inimigo” permanece e volta a ser quem sempre foi: o indivíduo que está à margem da sociedade e nela só é recebido para ingressar no sistema punitivo.

A despeito do processo de redemocratização, tem se estabelecido na sociedade uma sensação de medo crescente e constante, cuja única solução propagada é a de se investir em um sistema de segurança pública cada vez mais violento, um direito penal cada vez mais amplo e rígido, e

instituições penitenciárias cada vez mais fechadas e desumanas.

Sobre o tema, Vera Batista (2001, p. 4) destaca que as campanhas maciças de pânico social veiculadas na imprensa permitiram um avanço sem precedentes na internalização do autoritarismo. Segundo a socióloga, pode-se afirmar “que a ideologia do extermínio é hoje muito mais massiva e introjetada do que nos anos imediatamente posteriores ao fim da ditadura”.

Portanto, a transição democrática, ainda em curso no Brasil, tem esbarrado numa enorme dificuldade em inserir a atuação penal nesse paradigma político. Mais do que isso, os limites ao processo de democratização, presentes na atuação desse setor estatal, deixa a sensação de que o campo jurídico ficou imune às mudanças democráticas (PASTANA, 2009, p.121).

Esse modelo punitivista tem como consequência imediata aumentar o número de detentos em proporções inquietantes, fenômeno também percebido em várias democracias contemporâneas (PASTANA, 2007, p. 40).

Assim, a partir da década de 90 a atividade legislativa do Brasil gera o crescimento maciço no número de pessoas presas. O professor Salo de Carvalho aponta as seguintes mudanças, ocorridas nesse período, que contribuíram para esse incremento dos índices de encarceramento:

[...] (a) criação de novos tipos penais a partir do novo rol de bens jurídicos expressos na Constituição (campo penal); (b) ampliação da quantidade de pena privativa de liberdade em inúmeros e distintos delitos (campo penal); (c) sumarização do procedimento penal, com o alargamento das hipóteses de prisão cautelar (prisão preventiva e temporária) e diminuição das possibilidades de fiança (campo processual penal); (d) criação de modalidade de execução penal antecipada, prescindindo o trânsito em julgado da sentença condenatória (campo processual e da execução penal); (e) enrijecimento da qualidade do cumprimento da pena, com a ampliação dos prazos para progressão e livramento condicional (campo da execução penal); (f) limitação das possibilidades de extinção da punibilidade com a exasperação dos critérios para indulto, graça, anistia e comutação (campo da execução penal); (g) ampliação dos poderes da administração carcerária para definir o comportamento do apenado, cujos reflexos atingem os incidentes de execução penal (v.g. Lei 10.792/03) (campo penitenciário). (CARVALHO, 2010, p.154-155)

Os sintomas desse recrudescimento penal viabilizado pela atuação do Poder Legislativo também são constados por Laura Frade (2007, p. 91), que ao analisar a produção legislativa no âmbito criminal observou que, dos 646 projetos de lei apresentados nos últimos quatro anos no Congresso Nacional sobre criminalidade, apenas 20 foram no sentido de relaxar algum tipo penal. Ao contrário, um total de 626 projetos destinava-se a agravar penas, regimes e restrições, enquanto apenas dois relacionavam-se com a delinquência de colarinho branco.

Atualmente, de acordo com Pastana (2009), 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 prisão.

Esse crescimento no número de pessoas presas, como já visto no capítulo anterior, não tem contribuído para proporcionar uma melhora na segurança pública, nem tem sido capaz de ajudar minimamente na reinserção social daqueles que cumprem pena privativa de liberdade. Ainda assim, a prisão permanece no centro do sistema punitivo.

Garland, ao analisar as raízes do controle contemporâneo do delito, se questiona justamente 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?” (GARLAND, 2001, p. 199).

A hipótese do autor é a de que as prisões são úteis na nova dinâmica das sociedades neoliberais de modernidade tardia, pois tem sido a resposta para a busca por meios aparentemente 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 contemporânea” (GARLAND, 2001, p. 14).

De fato, o único papel que se consegue vislumbrar para a pena privativa de liberdade, na forma que vem sendo aplicada, é de excluir da sociedade aqueles que dela nunca fizeram parte, garantindo a eterna manutenção da marginalização das camadas mais pobres.

Nesse cenário, surgem as alternativas penais com a proposta de trazerem novas formas de lidar com a criminalidade, diversas da privação de liberdade, e servirem, assim, como instrumento descarcerizador nesse pretense Estado Democrático de Direito. Porém, como será estudado a seguir, o que se observa é um aumento contínuo tanto na aplicação das alternativas penais, quanto da pena privativa de liberdade.

### **3 As Alternativas Penais**

A primeira vez que foi recomendado, no âmbito internacional, a aplicação de penas não privativas da liberdade foi em 1955, quando houve a edição das Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos. Posteriormente, em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Políticos e Civis veio reforçar a implantação, execução e fiscalização das alternativas à pena de prisão.

No Sétimo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes, ocorrido em 1985, expediu-se a Resolução nº 16, que enfatizava a importância da redução do número de reclusos, da busca por soluções alternativas à prisão e da reinserção social das pessoas que delinquem (ILANUD, 2007, p. 6).

Esse debate acerca da necessidade de utilização das alternativas ao cárcere, ganha mais força em 1990, no 8º Congresso da Organização das Nações Unidas, com a elaboração das Regras de Tóquio, também chamadas de Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-Privativas de Liberdade.

Tal acordo internacional, ao apontar o aumento exponencial do número de pessoas encarceradas em diversos países, mostra a importância de se buscar abordagens e estratégias para prevenir a criminalidade e cuidar daqueles que cometem atos infracionais. As Regras de Tóquio colocam os substitutivos penais como um meio eficaz para isso, e convida os Estados a voltarem sua atenção para essas medidas, deixando a pena privativa de liberdade como última alternativa.

O Brasil, signatário do acordo, já vinha dando os primeiros passos em direção à utilização das alternativas penais desde a reforma do Código Penal, em 1984, quando foram inseridos três tipos de penas restritivas

de direito: a limitação de fim de semana; a interdição temporária de direitos e a prestação de serviços à comunidade. Com a Constituição Federal de 1988 a pena alternativa passa a ser prevista constitucionalmente como uma modalidade punitiva, no art. 5º, inciso XLVI, alíneas *b* a *e*.

Posteriormente, em 1995, a Lei nº 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais (JECrims), institui a suspensão condicional do processo (art.89), a transação penal (art.76) e a composição civil (art. 74), que são procedimentos possibilitadores da aplicação das medidas alternativas.

É importante ressaltar que a distinção essencial entre as penas e as medidas alternativas está basicamente no momento de aplicação. As primeiras resultam de uma sentença condenatória transitada em julgado, enquanto as medidas alternativas são aplicadas antes desta.

Com nova mudança no Código Penal, em 1998, o tempo de pena máximo cominado ao crime para que seja possível a substituição da pena privativa de liberdade pela pena alternativa, passa de dois para quatro anos, e mais três tipos de penas restritivas de direito são inseridas no art. 43, quais sejam, a pena pecuniária em favor da vítima, a proibição de frequentar determinados lugares e a perda de bens e valores. Porém, embora presente todo esse arcabouço legal, observava-se que o

índice de aplicação das penas substitutivas permanecia muito baixo (ILANUD, 2007, p.7).

Em decorrência disso, no ano de 2000, é estabelecida uma política nacional de penas alternativas que incentiva a aplicação das alternativas penais e apoia a criação de Centrais de acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas (CENAPA). Antes desse momento, as penas alternativas, quando executadas, eram-no sem que houvesse um sistema propriamente dito – com exceção da Vara de Execução de Penas Alternativas de Fortaleza, criada em 1998, e a experiência do programa de Porto Alegre, que remonta a 1987, ainda que a Vara só tenha sido ali instalada em 2001- registrando-se resistências à aplicação em razão da carência de mecanismos de fiscalização (ILANUD, 2007, p.7).

Em 2001, a criação dos Juizados Especiais Criminais Federais amplia a aplicação das alternativas penais a nível federal e muda o conceito de crime de menor potencial ofensivo, que deixa de ser aquele com pena máxima de um ano e passa a ser de dois anos.

Com a nova Lei de Drogas, em 2006, são instituídas as seguintes alternativas direcionadas aos usuários de drogas: a advertência sobre efeitos das drogas; a prestação de serviços e comparecer a programa ou curso educativo.

Por fim, os mais recentes substitutivos penais instituídos no ordenamento jurídico brasileiro são as nove cautelares alternativas à prisão, previstas no art. 319, do Código de Processo Penal, alterado em 2011 pela nova Lei das Cautelares.

A despeito de todo esse aparato legal e da existência de um Programa Nacional de Apoio às Penas e Medidas Alternativas, os substitutivos penais ainda não são amplamente acolhidos pela sociedade punitivista, que reclama por penalidades rígidas e enxerga nas alternativas penais um estímulo à criminalidade.

Além disso, existem problemas estruturais para o monitoramento e a aplicação efetiva das penas e medidas alternativas que precisam ser vencidos, algumas varas ainda estão em processo de implementação e há unidades federativas que não contam com serviços específicos para a execução de penas alternativas.

Ainda assim, tem-se constatado um crescimento bastante grande na aplicação das alternativas penais. Em 2009 o Brasil possuía em torno de 671 mil pessoas cumprindo penas e medidas alternativas, segundo dados do Ministério da Justiça, número que, na época, já era superior ao das 451 mil pessoas cumprindo pena privativa de liberdade. Mas por que tal aumento na aplicação dos substitutivos penais não tem contribuído para a diminuição dos índices de encarceramento?

#### **4 As situações em que são cabíveis a aplicação dos Substitutivos Penais**

Para compreender como a aplicação das medidas e penas alternativas acontece no Brasil, é preciso analisar em quais casos elas são possíveis de serem usadas, em quais situações elas de fato são aplicadas, e qual o perfil das pessoas que cumprem as penas e medidas alternativas.

Entre dezembro de 2004 e janeiro de 2006, o Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD/Brasil), em virtude de convênio celebrado com o Ministério da Justiça por meio do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN/MJ), realizou a pesquisa intitulada “Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas”, que traz um retrato acerca da realidade na aplicação das penas alternativas no país a partir do estudo feito em nove Capitais brasileiras – Belém, Belo Horizonte, Campo Grande, Curitiba, Fortaleza, Porto Alegre, Recife, Salvador e São Paulo.

Inicialmente, observa-se que os casos em que é possível a aplicação das penas alternativas são bastante restritos. O art. 44 do Código Penal estabelece os seguintes requisitos: que a pena aplicada não seja superior a quatro anos, que o crime tenha sido

cometido sem violência ou grave ameaça, que o agente seja primário e que sejam satisfeitos os demais requisitos de caráter subjetivo (a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, assim como as circunstâncias e os motivos, indicarem que a pena alternativa será suficiente). Tais exigências eliminam o cabimento da substituição da pena privativa de liberdade em inúmeros casos, o que reduz a possibilidade das penas alternativas contribuírem de fato para a diminuição do contingente prisional.

Ao proibir a utilização de penas alternativas nos delitos cometidos com violência ou grave ameaça, por exemplo, afasta-se a aplicação do substitutivo penal aos condenados por roubo, mesmo quando houver compatibilidade com o tempo de pena. Assim, excluem-se boa parte dos indivíduos que ocupam as prisões no Brasil, pois quase 30% da população carcerária é composta por pessoas que foram presas pelo crime de roubo (DEPEN, 2012).

Além disso, se estabelece o que não deixa de ser um juízo de periculosidade, pois se a análise dos requisitos objetivos antecede os subjetivos, parece evidente que, ao fim, funcionam como critérios subjetivos fundados nas condições pessoais do condenado para não conceder a substituição: se um sentenciado não preenche os requisitos objetivos não terá sua pena substituída;

porém, se os preenche, ainda assim o juízo de suficiência baseado em tais elementos subjetivos poderá não recomendar a substituição (ILANUD, 2007, p. 17).

Os resultados da pesquisa também indicam que os juízes, na maior parte dos casos, decidem pela substituição de penas com duração de até um ano, alcançando percentuais significativos no máximo até dois anos, tempo de pena que não se enquadra nas modalidades penais de maior incidência no sistema penal (ILANUD, 2007, p. 254). Um exemplo é o crime de tráfico, tipo penal praticado por 25,5% das pessoas que estão presas (DEPEN, 2012), e cuja pena mínima é de cinco anos, sendo raramente substituída por uma alternativa penal.

Quanto à aplicação das medidas alternativas nos juizados especiais criminais, a pesquisa “A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas”, realizada em parceria entre o Ministério da Justiça e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), centrada em algumas unidades da federação que apresentam maior taxa de homicídios por habitantes, incluindo Alagoas, Distrito Federal, Espírito Santo, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo, diagnosticou que poucos conflitos são solucionados através da composição civil devido, de acordo com os depoimentos dos juízes, ao não comparecimento em juízo de réus e vítimas, o que faz com que muitos

preferam iniciar o processo já pela transação penal.

Por outro lado, pouco espaço de diálogo é observado na realização da transação, pois na maioria das audiências acompanhadas pela equipe pesquisadora, a propositura dos valores e termos já estava preestabelecida ou era negociada entre juiz e promotor e somente informada ao réu e defensor. O mesmo ocorre na suspensão condicional do processo, em que, em muitos juizados, o réu entra na sala de audiência e é convidado apenas a assinar o documento aceitando a suspensão, sem muitas explicações, somente com o aviso de que deverá comparecer para assinar na vara. Em geral, não é realmente pedido o seu acordo (IPEA, 2014, p.14).

Tal forma de aplicação é bastante problemática, pois a pessoa que cumpre uma medida alternativa não foi sentenciada, não há certeza acerca de sua culpabilidade na prática do delito. Portanto, oferecer a transação penal ou a suspensão condicional do processo sem explicar o que isso representa, é tirar do indivíduo a possibilidade de escolher pela continuação do processo para provar sua inocência.

#### **4.2 Quem é punido?**

Quanto ao perfil dos indivíduos que são punidos com penas alternativas, a pesquisa

do ILANUD conclui a presença da mesma seletividade existente no sistema prisional:

[...] a seleção promovida pelo sistema penal não se distingue em um ou outro caso, demonstrando que o controle exercido por meio das penas alternativas também incide mais intensamente sobre o homem jovem, pardo ou negro, com baixa escolaridade, proveniente de estratos sociais mais baixos, no desempenho de atividades que demandam pouca qualificação e são mal remuneradas e em situação de trabalho vulnerável. (ILANUD, 2007, p. 256).

Já no caso das medidas alternativas, aplicadas nos Juizados Especiais Criminais, esse perfil sofre uma mudança. A pesquisa do IPEA (2014) constatou a existência de maior número de réus negros nas varas criminais, onde a prisão é a regra, e maior quantidade de acusados brancos nos juizados criminais, nos quais prevalece a aplicação de alternativas penais.

Com isso, reafirma-se o sentido racial da política penal e como os processos de construção de desigualdades e de reprodução de opressões nas instituições brasileiras confere a cor negra aos nossos cárceres.

#### **4.2 Alternativas à prisão ou ampliação do poder punitivo?**

A partir do panorama apresentado acerca da aplicação das alternativas penais, percebe-se que as situações que de fato são alcançadas pelos substitutivos não são as mesmas responsáveis por lotar as prisões do país. Essa é a constatação trazida no

diagnóstico dos “Dez Anos da Política Nacional de Penas e Medidas Alternativas”, publicado pelo Ministério da Justiça em 2010 e organizado pela Presidente da Comissão Nacional de apoio às Penas e Medidas Alternativas – Conapa:

Os delitos que atualmente estão sujeitos a sanções alternativas acabavam prescrevendo ou resultando em condenação ao regime aberto, que, na maioria das unidades da federação, revertia-se em regime domiciliar (não ocupando, portanto, vagas no sistema prisional). (BARRETO, 2010, p.34)

Segundo Airton Aloisio Michels, ex Diretor-Geral do DEPEN (MJ), que atuou como promotor de justiça na primeira vara destinada à aplicação de penas e medidas alternativas de Porto Alegre, em sua entrevista à equipe realizadora do diagnóstico, afirmou que o infrator atualmente sujeito às penas e medidas alternativas dificilmente chegava a ser julgado anteriormente, já que a maioria dos casos sequer era investigada, pois as delegacias de polícia tinham outras prioridades. (BARRETO, 2010, p.34).

Nesse sentido, Azevedo (1999) fala que as alternativas penais no Brasil teriam sido criadas para abranger uma clientela que nunca foi a da prisão.

Esse aspecto é especialmente percebido nas cautelares alternativas à prisão, que deveriam ser responsáveis pela diminuição do contingente de presos provisórios, mas que na realidade têm atingido indivíduos que

antes não seriam alcançados pelo poder punitivo. Nesse sentido, a pesquisa empírica denominada “Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro: avaliação do impacto da Lei 12.403/2011 12”, realizada no Rio de Janeiro e publicada em 2013, constata que a prisão provisória é de longe a medida cautelar mais adotada, e prevalece mesmo após a entrada em vigor da Lei 12403.

No referido estudo, os pesquisadores apontam que 79% das 4859 decisões analisadas, relativas a flagrantes de todos os tipos de crimes no ano de 2011, resultaram em privação da liberdade dos acusados e que, portanto, somente em 21% dos casos foram decretadas outras medidas cautelares. O estudo ainda indica que o impacto da nova lei recaiu sobre os delitos de menor gravidade (delitos de violação de direito autoral, falsificação de sinal alfandegário, furto, receptação e estelionato), para os quais, a rigor, sequer haveria possibilidade da aplicação da prisão provisória ou outra medida alternativa.

Um dado bastante marcante acerca do uso abusivo e desproporcional da prisão provisória é importante ser citado: quatro em cada dez presos provisórios não serão condenados à pena privativa de liberdade. Projetando esse achado para o gritante número de presos provisórios no país, que ultrapassou a marca de 240 mil pessoas em dezembro de 2013, é provável que existam

cerca de 90 mil homens e mulheres encarcerados que, por diversas razões, não serão condenados à prisão, na maior parte dos casos sendo absolvidos ou condenados a penas restritivas de direito (IPEA, 2014).

Assim, a pena privativa de liberdade permanece sendo o centro do sistema punitivo. Os índices de encarceramento, como já visto, permanecem crescendo exponencialmente, enquanto as alternativas penais atingem pessoas e infrações que antes não eram alcançadas pelo poder punitivo. Portanto, o que se percebe é a utilização das alternativas penais para ampliar o sistema penal e funcionarem não como alternativas, mas como formas complementares de punição.

### Considerações finais

Diante de tudo que foi apresentado neste artigo, percebe-se que o direito penal tem vivido um recrudescimento que vai de encontro a qualquer processo de redemocratização. Nesse cenário, até institutos criados para barrar o encarceramento em massa vivenciado nos últimos anos, acabam sendo engolidos pela máquina repressora.

O problema, portanto, não está na existência dos substitutivos penais, mas sim na sua utilização para reforçar o poder do sistema punitivo. Para que qualquer iniciativa que vise o desencarceramento alcance

resultados, é preciso, acima de tudo, uma mudança da mentalidade punitiva, o reconhecimento da falência do modelo de encarceramento em massa, e a compreensão que uma justiça meramente retributiva ignora as desigualdades presentes nessa sociedade herdeira do escravismo e não trará qualquer benefício para a população.

### REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Jackson C. de. **Reforma e contra-reforma penal no Brasil**. Florianópolis: OAB/SC, 1999.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política penal alternativa. Tradução por J. Sérgio Fragoso. In: **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 23, p. 7-21, jul./ dez. 1978. p. 9-10.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Dez Anos da Política Nacional de Penas e Medidas Alternativas**. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

BATISTA, Vera Malaguti. Autoritarismo e controle social no Brasil - Memória e medo. In: **Revista Sem Terra**. n.º 10, 2001. Disponível em: [http://www.lainsignia.org/2001/marzo/cul\\_040.htm](http://www.lainsignia.org/2001/marzo/cul_040.htm). Acesso em: 05 de jan. 2015.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico\\_de\\_pessoas\\_presas\\_correcao.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf)>. Acesso em 25 mar de 2015.

BRASIL, Mapa da Violência (2012). Disponível em: <[http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012\\_cor.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_cor.pdf)>. Acesso em 26 mar de 2015.

BRASIL, Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <<https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/staticsp.atualidadesdireito.com.br/iab/files/2014/01/LEVANTAMENTO-SISTEMA-PENITENCIARIO-2012.pdf>>. Acesso em 26 mar de 2015.

BRASIL, Instituto de Direitos Humanos Disponível em: <<http://www.pg.undp.org/content/dam/rblac/docs/Research%20and%20Publications/IDH/UNDP-RBLAC-ResumoExecPt-2014.pdf>>. Acesso em 29 mar de 2015.

BRASIL, Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <<https://ghlb.files.wordpress.com/2013/04/c2a0estastc3adsticas.pdf>>. Acesso em 30 mar de 2015.

CARVALHO, Salo. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: **Criminologia e sistema jurídico-penais contemporâneo II**. Org. Ruth Maria Chittó Gauer. p.146-171, 2010.

FRADE, Laura. **O que o Congresso Nacional brasileiro pensa sobre a criminalidade**. 2007. 271 f. Tese (Doutorado em Sociologia)-Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

GARLAND, David. 2001. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: The University of Chicago Press. In: CARVALHO, Salo. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: **Criminologia e sistema jurídico-penais contemporâneo II**. Org. Ruth Maria Chittó Gauer. 2010, p.146-171.

Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD). Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas. Relatório de Pesquisa – Sumário Executivo*. Novembro de 2014.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Márcia; CANO, Ignacio; MUSEMECI, Leonarda. *Uso e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro: avaliação do impacto da lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro, novembro de 2013. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/37705/23798>. Acesso em: 25 de março de 2015.

OLIVEIRA, Luciano. **Do nunca mais ao eterno retorno: uma reflexão sobre a tortura**. São Paulo, Brasiliense, 2009, 2ª edição.

PASTANA, Débora Regina. Os contornos do Estado Punitivo no Brasil. *Perspectiva: Revista de Ciências Sociais*. São Paulo, v.31, p.29-46, jan/jun. 2007. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/artic/e/view/518>>. Acesso em: 05 de set. 2014.

\_\_\_\_\_. *Justiça Penal Autoritária e Consolidação do Estado Punitivo no Brasil*. In: **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 17, n. 32, p. 121-138, fev. 2009.

RABALDO, Fernanda Ribeiro. **O Cárcere e as Alternativas Penais: a expansão do poder punitivo e a cultura da retribuição**. 2012, p. 24. Disponível em: <<http://www3.pucrs.br/portal/page/portal/dir eitouni/direitouniCapa/direitouniGraduacao/direitouniGraduacaoDireito/direitouniGraduacaoDireitoConclusaoCurso/direitouniGraduacaoDireitoConclusaoCursoPublica>>. Acesso em: 05 de set. 2014.

**Data de Recebimento:** 05/04/2015

**Resultado da Avaliação:** 17/04/2015