

ICPC – INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL

PENAS ALTERNATIVAS

CURITIBA  
2007

**VERÔNICA MAKOHIN**

**PENAS ALTERNATIVAS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de especialista no Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Criminologia do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC.

Prof. Orientador: Juarez Cirino dos Santos

Curitiba  
2007

## AGRADECIMENTOS

Ao Dr. Juarez Cirino dos Santos que possibilitou a participação neste curso através da concessão de bolsa de estudos e que com tanta dedicação transmitiu seus conhecimentos.

À Gláucia Andreia Mueller Pacheco e Maurício Stegemann Dieter pela colaboração na pesquisa com material, observações e sugestões.

À minha irmã Helena que sempre incentivou-me e ajudou-me a vencer todos os obstáculos da vida.

Ao meu namorado, Vinícius, e à grande amiga Priscila que foram privados de minha presença em muitos momentos, mas que souberam compreender as horas de dedicação e esforço para o término deste trabalho.

## SUMÁRIO

### RESUMO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2 HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO</b> .....	3
<b>3 PENAS ALTERNATIVAS</b> .....	5
3.1 CONCEITO .....	5
3.2 NATUREZA JURÍDICA .....	6
3.3 ESPÉCIES .....	7
<b>4. FUNÇÕES ATRIBUÍDAS ÀS PENAS CRIMINAIS</b> .....	7
4.1 A PENA COMO RETRIBUIÇÃO DE CULPABILIDADE .....	8
4.1.1 CRÍTICA .....	9
4.2 A PENA COMO PREVENÇÃO ESPECIAL .....	10
4.2.1 CRÍTICA .....	10
4.3 A PENA COMO PREVENÇÃO GERAL .....	11
4.3.1 CRÍTICA .....	12
4.4 AS TEORIAS UNIFICADAS: A PENA COMO RETRIBUIÇÃO E PREVENÇÃO .....	13
<b>5 RELAÇÃO ENTRE FORMA DE ESTADO E DE PENA</b> .....	13
5.1 INFLUÊNCIA DO MODELO PUNITIVO NORTE-AMERICANO .....	17
5.2 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE .....	19
5.3 ADOÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS .....	20
5.3.1 CONTRADIÇÕES DO SISTEMA PENAL .....	23
<b>6 DISCUSSÃO</b> .....	24
<b>7 ALTERNATIVAS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA CRIMINOLOGIA</b> <b>CRÍTICA</b> .....	34
<b>8 CONCLUSÃO</b> .....	35
<b>9 REFERÊNCIAS</b> .....	37

## RESUMO

O presente trabalho pretendeu analisar as penas alternativas à prisão adotadas no ordenamento jurídico brasileiro na atualidade, numa perspectiva da Criminologia Crítica. Para maior compreensão do assunto, inicialmente foi exposto o referencial histórico das penas adotadas no Brasil desde a sua descoberta até os presentes dias. Demonstrou concisamente o conceito, a natureza jurídica e as espécies desse tipo de penas, de forma a situar o autor no assunto central do trabalho. Apresentou também as funções atribuídas às penas criminais, bem como a crítica às mesmas. Correlacionaram-se as penas ao modelo de Estado em que estas atuam, demonstrando a influência do modelo punitivo norte-americano, analisando a pena privativa de liberdade, a adoção de penas alternativas e as contradições do sistema penal. Tentou-se identificar a origem das penas alternativas, o que levou à sua adoção, quais são os objetivos oficiais e efetivos da política de controle subjacente à sua utilização como punição e seu discurso legitimante. Trouxe a discussão de diferentes doutrinadores sobre o assunto. Apresentou as alternativas à pena privativa de liberdade pela criminologia crítica. Concluiu que a melhor alternativa à política criminal não é exatamente a adoção de penas alternativas à prisão, mas é preciso haver uma mudança na própria sociedade o que traria reflexos também no sistema penal.

## 1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo fazer um estudo sobre as penas alternativas à prisão adotadas no Brasil a partir do ponto de vista da Criminologia Crítica, voltada, especialmente, ao processo de criminalização subjacente às relações sociais de desigualdade, típicas da sociedade capitalista, objetivando estender ao Direito Penal a crítica do direito desigual.

Pela Criminologia Crítica, busca-se criar uma teoria econômico-política das condutas criminalizadas, elaborando as linhas de uma política criminal alternativa, de uma política das classes subalternas no setor do desvio, admitindo que somente uma análise radical dos mecanismos e das funções reais do sistema penal possibilita uma estratégia autônoma e alternativa no setor do controle social do desvio, em outras palavras, uma política criminal das classes exploradas.

A reforma penal proposta pela Criminologia Crítica é uma política criminal alternativa em que se adote num primeiro momento, um Direito Penal mínimo e, posteriormente, este seja totalmente abolido.

Para melhor compreensão do assunto, primeiramente faz-se um retrospecto sobre as penas no direito brasileiro, apresentando seu histórico e o modo como ela se apresenta no nosso ordenamento jurídico, situando nesse contexto as penas alternativas, as quais motivaram a elaboração deste trabalho.

A próxima parte da pesquisa é dedicada às penas alternativas, presentes na legislação pátria, apresentando sucintamente o conceito, a natureza jurídica e as espécies desse tipo de pena.

Posteriormente, são apresentadas as funções atribuídas às penas criminais, bem como a crítica às mesmas.

O próximo capítulo faz uma correlação entre as penas e o modelo de Estado em que estas atuam. Procura-se demonstrar que a modificação das concepções dos fins do Estado e da pena nas sociedades e nos sistemas penais modernos reflete-se na adoção de alternativas à pena de prisão como forma de punição, não sendo apenas um movimento de humanização das penas, retratando-se, neste campo, a influência do modelo punitivo norte-americano. Neste capítulo ainda é feita uma análise da pena privativa de liberdade, da adoção de penas alternativas e apresenta as contradições do sistema penal.

Busca-se, ainda, identificar a origem das penas alternativas, o que levou à sua adoção, quais são os objetivos oficiais e efetivos da política de controle subjacente à sua utilização como punição e seu discurso legitimante.

O capítulo referente à discussão traz a opinião de diferentes doutrinadores sobre o assunto.

Depois são apresentadas as alternativas à pena privativa de liberdade pela criminologia crítica.

Por último conclui-se que a melhor alternativa à política criminal não é exatamente a adoção de penas alternativas à prisão, mas é preciso que o Direito Penal seja utilizado somente como última opção de resposta ao delito, criminalizando-se uma conduta somente quando os demais ramos do direito não conseguirem dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da sociedade.

Demonstra-se como o sistema capitalista distribui desigualmente a criminalidade, a qual incide apenas sobre indivíduos pertencentes às camadas sociais mais baixas enquanto a criminalidade da elite (crimes de colarinho branco, corrupção, etc) é encoberta por uma cifra negra não alcançada pelo sistema penal e é tolerada pelo sistema que desta forma consegue manter a desigualdade social que alimenta este círculo vicioso.

Demonstra-se, no transcorrer do trabalho, a crítica ao sistema atual e as alternativas apresentadas pela Criminologia Crítica para o sistema desigual reinante na sociedade capitalista.

## 2 HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A primeira legislação penal aplicada no Brasil após sua descoberta por Portugal, em 1500, foram as Ordenações Afonsinas, que regiam Portugal desde 1446. Tal ordenação quase não foi utilizada aqui, visto que em 1514 começariam a vigorar as Ordenações Manuelinas. Nelas, as penas geralmente não eram pré-fixadas, ficando ao arbítrio do juiz que a regulava de acordo com a classe social.

Formalmente as Ordenações vigoravam, mas nessa época o País era dividido em capitanias hereditárias, e na prática os donatários é que impunham as regras jurídicas.

Em 1603 surgiram as Ordenações Filipinas, mas não se diferenciavam em quase nada das ordenações anteriores.

Tais ordenações previam penas cruéis, inclusive pena de morte que poderia ser na forca, antecedida de torturas ou mesmo a chamada morte para sempre, onde o corpo do condenado ficava suspenso, putrefazendo-se, até que a confraria o recolhesse, além de várias outras.

Os tipos penais, nessa época, confundiam direito, moral e religião.

Mesmo após a independência do Brasil em 1822, a legislação lusitana continuou vigorando até o advento do Código Criminal de 1830. Este código foi elaborado em cumprimento à Constituição Imperial de 1824 que previa a elaboração de um código criminal sob as bases de justiça e equidade, abolindo as penas cruéis. Assim, em 16/12/1830, foi sancionado por D. Pedro I o Código Criminal do Brasil, o qual, sob influência da Escola Clássica, fixava os princípios da responsabilidade moral e do livre arbítrio, segundo o qual não há criminoso sem má-fé, sem o conhecimento do mal e sem intenção de praticá-lo.

No primeiro código brasileiro, as penas eram de: prisão simples e prisão com trabalhos forçados, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão de direitos e morte na forca (para os crimes de insurreição de escravos, homicídio agravado e roubo com morte). Representou um avanço, pois além de prever a exclusão da pena de morte para crimes políticos trazia outras características interessantes como a previsão da circunstância atenuante para a menoridade.

Mais tarde, a pena de morte foi revogada tacitamente por D. Pedro II que passou a distribuir clemência a todos os condenados à morte.

Em 15/11/1889 é proclamada a República dos Estados Unidos do Brasil. Além disso, a abolição da escravatura, em 1888, e outros fatos afetaram sobremaneira a legislação penal, de forma que esta precisou ser reformada. Foi então elaborado o Código Penal de 1890 o qual aboliu a pena de morte e instalou o regime penitenciário de caráter correccional.

Não obstante às inovações que trouxe, este código foi feito às pressas e apresentou muitas falhas, motivo pelo qual precisou ser complementado por várias legislações extravagantes que acabaram se concentrando na Consolidação das Leis Penais promulgada em 1932 que vigorou até final de 1941.

Em 01/01/1942 o atual código penal (Decreto-Lei n. 2.848 de 07/12/1940) entrou em vigor, tendo sofrido alterações desde então (LUZ, 2000: 13-15).

Um novo código penal entraria em vigor em 01/01/1970, mas sua vigência foi sendo prorrogada até que a Lei 6578/78 expressamente o revogou.

O Código de 1942 não foi revogado, vigendo até hoje. A reforma mais importante que seu sistema de penas sofreu foi a de 1984<sup>1</sup> que teve como principal objeto o sistema de medidas repressivas ao ilícito penal, reformando integralmente a parte geral<sup>2</sup> do Código, instituindo a Lei de Execução Penal<sup>3</sup>. Houve a introdução de novos conceitos e a consolidação do novo sistema de cumprimento de penas<sup>4</sup>.

Referida reforma representou grande avanço por ter havido a superação do sistema binário de reações penais, adotando o sistema vicariante<sup>5</sup>.

Tal reforma manteve a prisão como eixo central do sistema, mas introduziu as penas restritivas de direitos: prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana e interdição de direitos como substitutivas da pena privativa de liberdade, com duração idêntica a esta.

Por conta da movimentação da situação constituinte que, segundo José Afonso da Silva (2000: 68), reclamava a criação de nova constituição, que consagrasse uma nova idéia de Direito, bem como, a redemocratização do Brasil, surgiu grande modificação no sistema de justiça criminal, com a previsão, no art. 5.º XLVI da Constituição Federal de 1988, dos Juizados Criminais para solução de infrações de menor potenciais ofensivos e de penas criminais diversas da prisão.

---

<sup>1</sup> pela Lei 7.209/84;

<sup>2</sup> que trata dos princípios básicos do Direito Penal;

<sup>3</sup> Lei 7.210/84

<sup>4</sup> <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2795>) acesso em 29/03/2007 às 19:30;

<sup>5</sup> pelo qual se aplica pena ou medida de segurança

Para regulamentar essa disposição foi promulgada a Lei 9.099/95, cuja aplicação popularizou as respostas penais alternativas à prisão que até então estavam sendo pouco utilizadas. Aumentaram também os momentos de aplicação dos substitutivos penais, com a possibilidade de conciliação entre os envolvidos e a transação com o Ministério Público, pela aceitação de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa ou pela suspensão condicional do processo, seguindo os modelos de países da *common law*.

Também a Lei 9.714/98 contribuiu na expansão da utilização dessas penas visto que reafirmou as já previstas anteriormente e acrescentou ao Código Penal mais duas outras espécies de penas restritivas de direitos. Estabeleceu também a aplicação dessas penas de forma autônoma, em substituição às penas privativas de liberdade que não sejam superiores a quatro anos, desde que o crime não tenha sido cometido com o emprego de violência ou grave ameaça, ou, qualquer que seja a pena, nos crimes culposos<sup>6</sup>.

As possibilidades da adoção das penas alternativas ao cárcere foram ampliadas também pelo Código de Trânsito Brasileiro<sup>7</sup>, pela Lei dos Crimes Ambientais ou ainda pela Lei dos Juizados Especiais Federais, seja pelo uso delas como autônomas, sejam como objeto de transação penal ou suspensão condicional do processo.

### 3 PENAS ALTERNATIVAS

#### 3.1 CONCEITO

Primeiramente cabe esclarecer que costumeiramente se entende por pena alternativa qualquer instituto que substitua a pena privativa de liberdade. As mais usadas são a penas restritivas de direitos que podem ser aplicadas tanto de forma substitutiva (CP e Lei 9.605/98) quanto alternativa (Lei 9.009/95), ou, ainda, como principal ou cumulativa (Lei 9.503/97 – código de trânsito).

Além das penas restritivas de direito, conforme se verá logo adiante, há outras formas de substituição da pena privativa de liberdade.

---

<sup>6</sup> art. 44, caput, I e II;

<sup>7</sup> No Código de Trânsito, as penas restritivas de direitos tem condição de pena principal, utilizando-as até mesmo como cumulativamente com a pena privativa de liberdade;

Valdir Sznick conceitua pena alternativa como sendo:

“aquela que, mesmo punindo, não afasta o indivíduo da sociedade, não o exclui do convívio social e dos seus, não impede os seus afazeres normais. [...] a pena alternativa é uma medida punitiva imposta ao autor da infração penal no lugar da pena privativa de liberdade. Penas alternativas são punições de natureza penal. Entre esta a multa, o perdão judicial (isenção de pena) e a prestação de serviços à comunidade”.  
(2000: 54)

A grande confusão ante a multiplicidade de enquadramento e nomes dados<sup>8</sup> acarreta a ausência de critérios de racionalidade e falta de conceitos discutidos pela comunidade científica para guiar o trabalho do operador do direito penal na escolha, aplicação e execução das alternativas à pena de prisão. Isso mantém a categoria numa zona cinzenta de legalidade, pois sendo reconhecidas pelo que não são (prisão) e não pelo que são (consequência jurídica do ilícito penal), o que não exclui e muitas vezes até pressupõe a pena privativa de liberdade, tem sua natureza punitiva camuflada. É importante escolher a nomenclatura adequada a esse tipo de pena pois é o que determina o tratamento legal delas e revela a posição do pesquisador nas várias tendências que subjazem ao encaminhamento da resposta penal ao ilícito (AZEVEDO, 2005: 153-154).

### 3.2 NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica das penas alternativas é de pena mesmo.

Na opinião de Valdir Sznick, são afilivas, visam a prevenção geral e a especial e possuem dupla natureza: autônoma e acessória. A primeira é substitutiva, não acessórias nem depende da pena privativa para ser imposta; já a segunda depende da imposição de uma pena detentiva para, sendo atendidos os requisitos pelo condenado, depois ser substituída pela pena alternativa (2000: 55).

Assevera René Ariel Dotti que a natureza jurídica das penas restritivas de direitos é a de sanções autônomas, porquanto possível sua imposição isolada e, ainda, de substitutivas, porque nascentes de permuta (1998: 376).

<sup>8</sup> Penas restritivas de direitos, penas substitutivas, penas alternativas, medidas alternativas, substitutivos penais, benefícios, alternativas à prisão, entre outros;

### 3.3 ESPÉCIES

Na legislação pátria atual, as penas alternativas à pena de prisão são as seguintes: prestação pecuniária (ou de outra natureza, se o beneficiário assim o aceitar), perda de bens e valores, prestação de outra natureza (inominada), prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos (que se subdivide em proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo e proibição de freqüentar determinados lugares), limitação de fim de semana e a multa substitutiva e outras penas pecuniárias.

Também substituem a prisão os substitutivos penais como a suspensão condicional da pena e o livramento condicional, disciplinados no Código Penal e na Lei de Execução Penal e a transação penal, bem como a suspensão condicional do processo criados pela Lei 9.099/95.

Não serão examinados cada um desses institutos visto que o enfoque deste trabalho é voltado para a identificação das reais razões que levaram à implantação dessas formas de punição.

## 4 FUNÇÕES ATRIBUÍDAS ÀS PENAS CRIMINAIS

Ensina o Professor Juarez Cirino dos Santos<sup>9</sup> que o programa do Estado para controlar a criminalidade é a política criminal, cujo núcleo é o Código Penal que, para atingir tal intento, utiliza as penas criminais (como instrumento principal) ou, para inimputáveis, as medidas de segurança.

Luigi Ferrajoli esclarece que as espécies de penas existentes nos Estados modernos correspondem à privação de três direitos para tutela dos quais o próprio Estado se

---

<sup>9</sup> Em “Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal”, disponível em [http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/realidades\\_ilusoes\\_discurso\\_penal.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/realidades_ilusoes_discurso_penal.pdf);

constitui e se justifica: a vida, a propriedade e a liberdade. Assim, a pena de morte priva o infrator da vida; a prisão priva a liberdade e as penas patrimoniais privam-no da propriedade. Esta fórmula considera formalmente iguais todos os indivíduos submetidos à penas, as quais são aplicadas de acordo com a conduta realizada, na medida da culpabilidade (1995: 390).

Na lei penal brasileira, as penas criminais, são agrupadas em três categorias: penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito e penas de multa (CP, art. 32). Mas, o programa estatal de política criminal não pode ser compreendido pelo estudo das penas criminais em espécie, mas pelo exame das funções atribuídas às penas criminais: as funções de retribuição da culpabilidade, de prevenção especial e de prevenção geral da criminalidade.

Todavia, a análise da pena criminal não pode se limitar às funções atribuídas pelo discurso oficial, definidas como funções declaradas ou manifestas da pena criminal; ao contrário, esse estudo deve identificar as funções reais ou latentes da pena criminal, que podem explicar sua existência, aplicação e execução nas sociedades divididas em classes sociais antagônicas, fundadas na relação capital/trabalho assalariado, que define a separação força de trabalho/meios de produção das sociedades capitalistas contemporâneas. De um modo geral, as formas ideológicas de controle social possuem uma dimensão real pela qual reproduzem a realidade e uma dimensão ilusória pela qual ocultam a natureza da realidade reproduzida (2006: 452).

Esse estudo mostra o grau de esquizofrenia dos programas de política criminal, porque discurso penal e realidade da pena caminham em direções contrárias.

#### 4.1 A PENA COMO RETRIBUIÇÃO DE CULPABILIDADE

Nesse contexto, a pena representa a compensação (ou expiação, num conceito de origem religiosa) da culpabilidade do autor, pela imposição de um mal equivalente ao fato praticado, sem qualquer finalidade social útil.

O código penal, em seu art. 59, consagra o princípio retributivo ao dispor que o juiz deve aplicar a pena conforme necessário e suficiente para reprovação do crime.

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, a culpabilidade, num conceito de caráter normativo, é a reprovabilidade do injusto ao autor. Um injusto<sup>10</sup> é culpável quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, quando podia e lhe era exigível que o fizesse (2004: 571).

#### 4.1.1 CRÍTICA

Ocorre que a retribuição da culpabilidade é um fundamento metafísico da punição: retribuir um mal com outro mal pode corresponder a uma crença, correspondendo a um ato de fé, mas não é um argumento democrático porque no Estado Democrático de Direito o poder é exercido em nome do povo e não em nome de Deus e o direito penal tem por objetivo a proteção de bens jurídicos e não realizar vinganças. Da mesma forma, não constitui argumento científico porque a culpabilidade retribuída se fundamenta numa hipótese indemonstrável: a liberdade de vontade do ser humano.

O pressuposto referido foi superado por todas as ciências, exceto na jurídica que pretende definir o fundamento material da culpabilidade, como as teorias do poder de agir de outro modo, da atitude jurídica reprovada ou defeituosa, da falha de motivação jurídica, ou da dirigibilidade normativa.

Por ser a liberdade de vontade é um mito indemonstrável, o reconhecimento de que a culpabilidade não pode servir de fundamento da pena deu origem à teoria da culpabilidade como limitação da pena, o que acarreta mudança de sinal com importantes conseqüências: a culpabilidade como fundamento da pena legitima o poder de punir e, portanto, assume o ponto de vista do Estado contra o indivíduo; a culpabilidade como limitação da pena garante a liberdade individual, protegendo o indivíduo contra o poder do Estado, porque sem culpabilidade não pode existir pena, nem excesso de punição com finalidades exclusivamente preventivas.

A consideração de Zaffaroni é que todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado por causas sociais, visto que a sociedade não brinda a todos os homens com as mesmas oportunidades. Não se pode atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de

---

<sup>10</sup> Conduta típica e antijurídica;

culpabilidade, havendo uma “co-culpabilidade” com a qual a própria sociedade deve arcar (2004: 580).

## 4.2 A PENA COMO PREVENÇÃO ESPECIAL

Com a função de prevenção especial conferida à pena criminal, o Estado espera evitar crimes futuros, tanto pela ação positiva de correção do autor através da execução da pena, quanto pela ação negativa de proteção da comunidade pela neutralização do autor através da prisão.

Para a correção do criminoso, o discurso da prevenção especial conta com aptidões de ciências como a psicologia, a sociologia, a assistência social, de transformar a personalidade do preso por meio de trabalhos técnico-corretivos realizados no interior da prisão, conforme previsão legal: a pena deve ser aplicada conforme necessário e suficiente para prevenir o crime (art. 59 do CP) e deve ser executada para proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado (art. 1.º da LEP).

### 4.2.1 CRÍTICA

Embora seja continuamente reconhecido o fracasso da prisão, seu projeto técnico-corretivo continua sendo utilizado. O fracasso da prevenção especial é perceptível na execução e na aplicação da pena.

Na execução da pena, quando o condenado é enviado à prisão sofre um processo de desculturação progressiva, desaprendendo valores e normas próprios da convivência social junto com um processo de aculturação, aprendendo forçadamente os valores e normas próprios da vida na prisão<sup>11</sup>. Assim, aprende a viver na prisão e desaprende a viver em sociedade, sofrendo um processo de prisionalização que mais é agravado pelo seu retorno às mesmas condições sociais adversas que estavam na origem da criminalização anterior.

---

<sup>11</sup> como a violência e a corrupção;

Já na *aplicação* da pena, segundo o Prof. Juarez Cirino dos Santos<sup>12</sup>:

“... existe grave tensão entre a aparência do processo legal devido e a realidade do exercício seletivo do poder de punir: a) o discurso jurídico destaca o processo legal devido, regido pela dogmática penal e processual penal como critério de racionalidade, define o crime como realidade ontológica preconstituída e apresenta o sistema de justiça criminal como instituição neutra que realiza uma atividade imparcial; b) a criminologia crítica revela o processo legal devido como exercício seletivo do poder de punir, mostra o crime como qualidade atribuída a determinados fatos, a criminalização como um bem social negativo distribuído desigualmente e, finalmente, o sistema de justiça criminal como instituição ativa na transformação do cidadão em criminoso, segundo a lógica menos ou mais inconsciente das chamadas meta-regras (ou basic rules), definidas por SACK como o momento decisivo do processo de criminalização: mecanismos psíquicos emocionais atuantes no cérebro do operador do direito, constituídos de preconceitos, estereótipos, traumas e outras idiosincrasias pessoais, que explicariam porque a repressão penal se concentra nas drogas e na área patrimonial, por exemplo, e não nos crimes contra a economia, a ordem tributária, a ecologia etc”.

Na opinião de Edmundo Oliveira<sup>13</sup>, os objetivos da prevenção especial ligados ao ideal de ressocialização do delinqüente são desvirtuados: não é necessária a ressocialização dos delinqüentes mas a transformação da sociedade punitiva. Assim, o contraste entre o comportamento do delinqüente e o caráter seletivo de sua definição, ou de sua criminalização pelas instâncias de controle, tornam inútil ou mesmo impossível qualquer propósito legal de ressocialização desse delinqüente.

#### 4.3 A PENA COMO PREVENÇÃO GERAL

Pela função de prevenção geral atribuída à pena, o Estado espera evitar crimes futuros. Antigamente, a prevenção geral possuía apenas forma negativa, em que a ameaça da pena desestimularia a prática de crimes, não pelo rigor da pena, mas a certeza da punição. No entanto, o desestímulo seria possível em crimes que implicam reflexão (crimes econômicos, ecológicos etc.), mas não em crimes espontâneos (crimes violentos, por exemplo).

<sup>12</sup> Em “Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal”, disponível em [http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/realidades\\_ilusoes\\_discurso\\_penal.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/realidades_ilusoes_discurso_penal.pdf);

<sup>13</sup> Em “As vertentes da Criminologia Crítica”, disponível em [http://www.ufpa.br/posdireito/caderno3/texto2\\_c3.html](http://www.ufpa.br/posdireito/caderno3/texto2_c3.html)

A prevenção geral, modernamente, também é constituída por uma forma positiva, conhecida como integração-prevenção pelo qual a execução da pena no caso concreto teria uma função de estabilização social normativa, vez que demonstraria a necessidade e a utilidade do controle social penal. A necessidade para proteção da sociedade e a utilidade ao passo que a punição do criminoso elevaria a fidelidade jurídica do povo.

#### 4.3.1 CRÍTICA

Quanto à função negativa de intimidação, percebe-se que: a) a prevenção geral não possui critério limitador da pena, degenerando em verdadeiro terrorismo estatal<sup>14</sup>; b) a intimidação atribuída à função de prevenção geral negativa da pena fere a dignidade humana, pois a punição do condenado teria o fim de influenciar o comportamento de outras pessoas, ou seja, o sofrimento de uma pessoa seria simples exemplo para intimidar outras.

Junto com a função positiva de estabilização social normativa da prevenção geral surge o direito penal simbólico<sup>15</sup>, causando a impressão de que o Estado não está interessado em soluções sociais reais, mas em soluções penais simbólicas, protegendo complexos funcionais, como a economia, a ecologia etc. e não bens jurídicos individuais, deixando a razão de ser do direito o homem que passa a ser um simples portador de funções jurídico-penais.

Assim, o direito penal simbólico não existiria para ser efetivo, mas teria função meramente política, mediante a criação de imagens ou de símbolos que atuariam na psicologia do povo, produzindo certos efeitos úteis. O crescente uso simbólico do direito penal teria por objetivo produzir a legitimação do poder político, facilmente conversível em votos (o que explica, por exemplo, o apoio de partidos populares a legislações repressivas no Brasil) e, ainda, a legitimação do direito penal como um programa desigual e seletivo de controle social das periferias urbanas e da força de trabalho marginalizada do mercado, com as *vantagens* da redução ou, mesmo, da exclusão de garantias constitucionais como a liberdade, a igualdade, a presunção de inocência etc., cuja supressão ameaça converter o Estado Democrático de Direito em estado policial.

---

<sup>14</sup> Nos crimes hediondos, por exemplo;

<sup>15</sup> representado pela criminalidade econômica, ecológica etc;

Ainda conforme ensinamentos do Prof. Juarez Cirino dos Santos<sup>16</sup>:

“O conceito de *integração-prevenção*, introduzido pelo direito penal *simbólico* na moderna teoria da pena, cumpriria o papel complementar de escamotear a relação da criminalidade com as estruturas sociais *desiguais* das sociedades modernas, instituídas pelo direito e, em última instância, garantidas pelo poder político do Estado”.

#### 4.4 AS TEORIAS UNIFICADAS: A PENA COMO RETRIBUIÇÃO E PREVENÇÃO

As modernas teorias unificadas da pena criminal combinam as teorias isoladas para superar as deficiências de cada uma. Assim, a pena representaria: a) a retribuição do injusto cometido, pela compensação da culpabilidade; b) prevenção especial positiva, através da correção do autor pela ação pedagógica da execução penal, além da prevenção especial negativa como segurança social pela neutralização do autor; c) prevenção geral negativa mediante a intimidação de criminosos potenciais pela ameaça penal e prevenção geral positiva como manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica (SANTOS, 2006: 462).

Nosso Código Penal, em seu art. 59, adota as teorias unificadoras ao prever a aplicação da pena conforme necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

### 5. RELAÇÃO ENTRE FORMA DE ESTADO E DE PENA

Os conceitos de Pena e Estado são intimamente relacionados entre si. A cada concepção de Estado corresponde uma de pena, e a esta, uma de culpabilidade. Na opinião de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, a cada estágio de desenvolvimento econômico de uma sociedade correspondem formas específicas de punição, uma vez que todo sistema de produção utiliza punições que correspondem às suas relações de produção (1999: 18-19, 39-75).

Raúl Cervini observa que o delito, como fenômeno social, muda constantemente de aspecto. A par das formas determinadas de vida socioeconômicas, políticas e culturais de cada época, surge um tipo de delinquência característica desse período a qual,

<sup>16</sup> Em “Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal”, disponível em [http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/realidades\\_ilusoes\\_discurso\\_penal.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/realidades_ilusoes_discurso_penal.pdf);

assim como essas formas de vida, vai cedendo à mudança dos tempos e da cultura (2002: 215).

Até o século XVIII, acreditava-se num direito natural em que os homens tinham acesso aos princípios dados, universais e imutáveis por meio de revelação que permitia qualificar as ações humanas como boas ou más, vinculando norma e valor, Direito e Moral. Já a partir do século XIX, quando o homem tomou destaque, o Direito passou a ser considerado como algo construído por convenção humana deixando de ser considerado como algo dado.

A pena mais antiga que se tem conhecimento é a de morte. No século XVII e XVIII, por influência dos ideais iluministas, a alternativa mais importante às penas cruéis da Alta Idade Média era a privação de liberdade. No início era executada em locais aleatoriamente determinados, como ante-sala da pena de morte à espera da execução, mas em meados do século XIX, a pena privativa de liberdade passa a ser uma pena autônoma.

De acordo com Georg Rusche e Otto Kirchheimer, no mercantilismo, a prisão surge como possibilidade de exploração da mão-de-obra dos encarcerados. Na transição para o capitalismo com a necessidade de proteção da propriedade e a intensificação dos conflitos sociais na Itália e Alemanha entre os séculos XIV e XV, além de leis criminais mais duras dirigidas às classes empobrecidas, outras formas de punição foram adotadas, com punições corporais e fianças, de acordo com a classe social do condenado (1999: 28-39).

As barbáries que ocorriam nas prisões despertaram um clima de reforma às propostas iniciais já naquela época. As correntes iluministas e humanitárias impulsionaram o movimento reformador do sistema punitivo originando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, durante a Revolução Francesa. As idéias, os valores e as esperanças de vários pensadores foram sintetizadas na importante obra “Dos delitos e das penas” por César Bonessana, o Marques de Beccaria. Essa obra defende a humanização das penas e ressalta os objetivos preventivos da pena que podem ser alcançados pela eficácia, celeridade e certeza da punição e não através do terror. Começa daí a busca por alternativas à pena de prisão.

A partir do século XIX, a prisão transformou-se na principal resposta penológica ao crime. Acreditava-se que ela poderia ser um meio adequado para ressocializar o delinqüente, que era um instrumento capaz de realizar as finalidades a que a pena se propunha. Porém, o contrário disso foi sendo confirmado.

Em decorrência do fracasso da pena de prisão por não atingir o ideal ressocializador e pelos altos custos ao Estado a utilização de sanções substitutivas e

alternativas ao cárcere passou a ser um dos temas centrais de discussão e reforma dos sistemas penais contemporâneos (DOTTI, 1998: 138-140).

O custo do crime é pesado ao Estado. Além do custo mensal do preso, existem os gastos diretos e indiretos, além do Estado também para as pessoas envolvidas no evento e para as empresas e as instituições. Este custo é um dos fatores que favorece a discussão dos processos de desinstitucionalização e de alternativas à pena de prisão (CERVINI, 1995: 49-67).

Após o período de guerras, os movimentos de reforma do direito penal deram ao sistema de conseqüências jurídicas do delito um sentido educativo influenciado pelo ideal humanitário, tentando adaptar as sanções à personalidade do condenado, estender o tratamento criminal em liberdade, apoiar a pena com medidas assistenciais de tutela social, executar a pena de forma a ressocializar o condenado, substituindo a prisão por outras penas ou tratamento criminal em liberdade (JESCHECK, 1993: 11).

Esse ideal ressocializador sofreu um abalo no final século XX, todavia serviu para mostrar o abismo entre a teoria que anima o pensamento penal, a prática da execução penal e as políticas públicas de caráter social. Pelo seu enfoque realista e racional também contribuiu para apontar o caráter instrumental da pena, enquanto meio de controle social e desmistificar a polêmica sobre os fins da pena e do direito penal (AZEVEDO, 2005: 143).

Assevera Raúl Cervini que se o objetivo da ideologia do tratamento ressocializador era a reabilitação do delinqüente, ela fracassou. Em muitos países, as penas privativas de liberdade de longa duração foram descartadas, pela comprovação de que as prisões são fatores criminógenos, tampouco as penas de curta duração conseguem prevenir a reincidência e muito menos readaptar o delinqüente. Muitos delinqüentes são ocasionais, de índole meramente circunstancial e não requerem reclusão nem tratamento; outros como os dependentes químicos não devem cair no âmbito da lei penal, mas sua readaptação deve ser buscada através de tratamento médico, psiquiátrico, etc. Disso deriva o fracasso da política criminal tradicional (prevenção, controle, tratamento e reabilitação).

Essa crise da administração da justiça penal é provocada, entre outros fatores, pela dicotomia congênita existente entre o discurso e a realidade de nossos sistemas penais e se traduz em múltiplos aspectos, que podem ser sintetizados seguinte maneira: inflação legislativa; sistemas ou organismos componentes da administração da justiça penal fragmentados e incomunicáveis entre si; serviços policiais, judiciais e penitenciários com falta de preparação e seleção, sobrecarga dos Tribunais; ineficácia das penas clássicas; tratamentos

inexistentes ou contraproducentes; sistemas tradicionais já estabelecidos, resistentes às inovações e comprovadamente criminalizantes; demora da administração da justiça, o que impede qualquer esforço sério de reabilitação; finalmente, para um grande setor, os próprios custos individuais e sociais do delitos, justificam por si mesmos o processo de descriminalização.

Devido a isso, começa a ganhar força uma corrente reformadora tendente a desinstitucionalizar, ou seja, diminuir o número de presos, reservando a prisão somente aos casos extremos. Essa mudança de enfoque revela-se, dentre outras formas, na substituição das penas privativas de liberdade por outras penas, fundamentalmente as que limitam certos direitos (CERVINI, 2002: 77-79).

Na passagem do liberalismo ao intervencionismo, o Estado enfrentou diversas fases. No decorrer do século XX, reformulou a forma de intervenção e redimensionou o campo de ação de suas instituições por não ter como ampliar sua complexidade estrutural e organizacional, decorrentes das novas maneiras de organização econômica capitalista mais atuantes a partir da década de 80. Passou então a agir numa linha pragmática, justificada por um cálculo de custo e benefício, transformando as funções do Direito na administração de disputas, solução de conflitos e controle do crime e neutralização da violência. Precisando para isso promover estratégias de descentralização, deslegalização e desconstitucionalização que somente levam a uma outra forma de regulamentação e relegalização, de forma que o Estado deixa de ser o vértice do sistema normativo e passa a ser parte de um polissistema, mantendo o seu ordenamento jurídico um caráter apenas retórico e simbólico (FARIA, 1998: 236-239).

A consequência disso é que o Estado vai perdendo o monopólio da violência legítima, entrando em crise a administração da justiça, pois há o crescimento da demanda de serviços judiciários advindos da conquista de novos direitos e a redução da capacidade econômico-financeira do Estado para a prestação jurisdicional. Ocorre então a desregulamentação e informalização da justiça, num reformismo que se transformou no modelo hegemônico dos países centrais, havendo a expansão simbólica do poder formal do Estado e duplicação do seu alcance. Isso causa nos países periféricos dependentes, como o Brasil, a perda de racionalidade decisória do Estado, devido a falta de eficiência do sistema econômico em implementar políticas públicas e a crise política de representatividade (AZEVEDO, 2005: 32-33).

## 5.1 INFLUÊNCIA DO MODELO PUNITIVO NORTE-AMERICANO

A substituição de políticas públicas de proteção social pelo aumento do Estado repressor e a utilização do direito penal como fator de controle social caracteriza o atual modelo de encarceramento americano exportado para os outros países. A origem disso está na lógica do capital e na exigência de diminuição da responsabilidade social. O Estado penal se desenvolve às custas do Estado social (WACQUANT, 2000: 10-80).

É perceptível a importação desse modelo punitivo por parte da legislação brasileira pela ampliação do alcance e importância do sistema penal através do endurecimento das penas, penalização de condutas e privatização do sistema penitenciário para atender à crescente demanda de vagas nas prisões, pela apresentação dos substitutivos penais como sanções tidas como “eficazes” para acabar com a sensação de impunidade e com a necessidade do envolvimento comunitário para viabilizar a sua execução, numa proposta mais difusa de controle do crime.

Aqui no Brasil o problema é grave porque o discurso liberal se instala sem a implementação das políticas públicas necessárias para a erradicação da miséria e diminuição da desigualdade social, mantendo um *apartheid* social crescente e excludente, de encontro ao que estabelece o ordenamento constitucional brasileira, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira do que entende como Estado Democrático de Direito (STRECK, 2000: 27).

Nos Estados Unidos (e Inglaterra que também adota a *Common Law*), as penas mais empregadas são a de multa, a probation e a prestação de serviços comunitários. Nos Estados Unidos os meios tecnológicos são usados no acompanhamento do condenado. Em 1968, o serviço de monitoramento eletrônico iniciou-se em Massachusetts como meio de vigiar e localizar o condenado. São de baixo custo financeiro e de baixo emprego.

O sistema de monitoramento pode ser: sinalização contínua que é um sistema eletrônico, como um bracelete de plástico que pode ser colocado no braço ou no tornozelo; só é removido com o seu corte, o que é perceptível a olho nu, a placa constante do transmissor é individual e identifica seu portador. Acoplado a um aparelho (telefônico); os transmissores enviam sinais, em intervalos regulares, gravados pelo receptor, munido de um dispositivo; quando esses sinais se tornam fracos ou irregulares, o agente está-se distanciando, ultrapassando o limites. Controlam-se assim suas atividades. A não-emissão identifica uma

realidade não correta ou autorizada. De início usando o telefone, hoje se emprega como meio transmissor o rádio ou receptor portátil. Esses sinais são emitidos dentro de certa metragem; o controlador pode estar em qualquer lugar, pois é portátil (SZNICK, 2000: 82-83).

Atualmente, discute-se a possibilidade de instituir em nosso sistema o uso de meios eletrônicos para supervisionar o indivíduo sob liberdade condicional, que não estariam no cárcere para diminuir a superlotação, mas ficariam em “liberdade” mas de forma vigiada. Isso reflete a cultura brasileira (ou falta dela) de importar tudo o que considera “diferente” nos países centrais.

Atualmente, o discurso da globalização hegemônica<sup>17</sup> exige modernização e racionalização do Estado brasileiro, percebe-se que o principal motivo da adoção dos substitutivos penais é o seu custo inferior ao da prisão e a possibilidade de ampliação da rede de controle sobre a população, ainda que se apresente como uma proposta humanizante da política oficial do controle do crime. Portanto, somente contextualizando os substitutivos penais no jogo de forças políticas, sociais e econômicas se consegue racionalizar e desnaturalizar o discurso oficial das alternativas à pena de prisão e analisar o seu conteúdo e sentido (AZEVEDO, 2005: 44).

Como bem apontou Mônica Louise de Azevedo:

“Indicados como solução eficaz à impunidade, dando suporte à política criminal de tolerância zero, fenômeno da globalização hegemônica americana cujo efeito simbólico encontra grande apelo junto ao público das classes médias, não se divulga, no entanto, que essa mesma tendência apregoa o abandono progressivo das garantias do direito penal da culpabilidade à custa de resultados imediatos e visíveis ao grande público e com aumento de seletividade da polícia e retorno do discurso da pobreza como potencial produtora da criminalidade (2005: 199-200).

## 5.2 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

---

<sup>17</sup> Na lição de Tadeu Dix da Silva (1988: 81-85), citado por Mônica Louise de Azevedo (2005: 44), entende-se por globalização hegemônica a intensificação das relações transfonteiriças, promovida por grupos de interesses. Na área jurídica, o interesse pela reforma jurídica, nas áreas legislativa, de ensino jurídico e dos tribunais, no que se refere a adequar o sistema jurídico nacional aos interesses do mercado mundial e à lógica econômica funcionalista é hegemônica no que tange à desregulamentação do Estado e implantando uma idéia de que o sistema jurídico só se legitima se funciona bem e é eficaz. Na área do direito penal vê-se a ampliação da intervenção repressiva, a ampliação da discricionariedade das autoridades policiais, a redução das garantias processuais com a supressão do caráter ilícito de meios de prova obtidos em determinadas circunstâncias, a inversão do ônus da prova, o estímulo a soluções processuais negociadas e a concepção da pena com finalidade retributiva, todos estes fundamentos da *common law*, eleito como padrão pela globalização hegemônica.

Após algum tempo de utilização da prisão percebeu-se que ela não produz nenhum efeito positivo sobre o apenado e reforça seus valores negativos; que ela não reeduca o apenado; não tem eficácia intimidativa; retira o apenado de seu meio social, afastando-o de sua família e estigmatizando-o pelo fato de ter passado pela prisão, além de todas as crueldades que sofre naquele ambiente desumano. O encarceramento é uma injustiça visto que abrange somente parte dos delinquentes, deixando de fora a criminalidade não convencional, como os crimes de colarinho branco. Há uma grande cifra negra não abrangida pelo Direito Penal.

Com a crise da prisão e a tendência da expansão dos domínios do direito penal, a busca por sanções alternativas visa relegitimar o controle social por parte do Estado (AZEVEDO, 2005: 61).

Criticando o sistema de justiça criminal fundado no cárcere, no artigo “A criminologia crítica e a reforma da legislação penal”<sup>18</sup>, Juarez Cirino dos Santos, grande crítico do sistema penal, assegura que as funções declaradas de prevenção da criminalidade e de ressocialização do criminoso constituem retórica legitimadora da repressão seletiva de indivíduos das camadas sociais inferiores, fundada em indicadores sociais negativos de marginalização, desemprego, pobreza etc., que marca a criminalização da miséria no capitalismo. No entanto, as funções reais do sistema penal fundado no cárcere atingem sucesso histórico porque a gestão diferencial da criminalidade garante as desigualdades sociais em poder e riqueza das sociedades fundadas na relação capital/trabalho assalariado. Ou seja, a Criminologia crítica atribui aos objetivos ideológicos (funções aparentes) o fracasso histórico do sistema penal e identifica nos objetivos reais (funções ocultas) o êxito histórico do sistema punitivo, como aparelho de garantia e de reprodução do poder social”.

### 5.3 ADOÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS

Para Juarez Cirino dos Santos, as teorias tradicionais dos substitutivos penais compreendem explicações humanitárias (decorrentes dos sentimentos de piedade “natural” do ser humano, crendo que os efeitos danosos da prisão seriam evitados pelos substitutivos penais) e científicas (invocam as inconveniências práticas, morais, sociais e jurídicas da

---

<sup>18</sup> Disponível em [http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia\\_critica\\_reforma\\_legis\\_penal.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf).

execução de penas privativas de liberdade, sensibilizando políticos e legisladores para a necessidade de métodos alternativos ou substitutivos da prisão).

Essas explicações não podem ser descartadas porque refletem realidades subjetivas e objetivas incontestáveis. Mas existem outras explicações, fundadas em outros argumentos, que parecem constituir a explicação real dos substitutivos penais.

Já para as teorias críticas, as explicações dos substitutivos penais são baseadas na superlotação carcerária, crise fiscal e ampliação do controle social (2006: 601-602).

Esclarece ainda que:

“A aparência liberalizante da estratégia de desinstitucionalização esconde (e não por acaso) uma política de reforço da prisão, legitimada como último recurso, necessária para os “casos mais duros” e na qual podem ser convertidas todas as medidas alternativas, cuja eficácia pressupõe a possibilidade e a legitimidade de sua conversibilidade em prisão. O controle se diversifica e se amplia, em uma gradação da forma menos rigorosa para a mais rigorosa, compondo o “arquipélago carcerário” de Foulcault, com maior eficácia e com mais pessoas controladas. Conseqüentemente, questões políticas como o “recorte jurídico” dos tipos criminais, ou distorções classistas do sistema penal, que incrimina, seletiva e desnecessariamente, indivíduos marginalizados, são deslocadas ou obscurecidas pela aparência “liberal” das novas formas de controle” (2006: 117)

A experiência dos países que adotam essa espécie de penas há mais tempo demonstra que sua utilização é a consequência de um discurso conservador e eficientista que domina o pensamento do final do século XX, que propõe simbolicamente o incremento ao controle do crime para diminuir a impunidade e aumentar a sensação de segurança na sociedade (AZEVEDO, 2005: 203).

Nilo Batista observa que não interessa, para a proposta de ampliação do mercado globalizado ao infinito, a formação de exército de reserva nos cárceres, enquanto os desviantes, mas consumidores em potencial podem cumprir penas em liberdade, sem retirar-se do mercado de consumo (1996).

Nos países centrais, a utilização dos substitutivos penais causou o aumento do controle social pelo sistema penal. Nesse sentido, Mônica Louise de Azevedo lembra reflexão de Stanley Cohen, que ainda no início da década de 70, demonstrou em detalhado estudo estatístico, que a adoção de penas alternativas à prisão, ao invés de diminuir a incidência do sistema penal, aumenta o alcance da rede de controle social, através de um sistema disciplinar mais difuso e de calibres mais estreitos, ou seja, alargando a rede e diminuindo o calibre dos

filtros do sistema penal. Enfatiza ainda que ao reproduzir a seletividade do sistema penal tradicional por meio de formas suplementares de exercício do controle penal sobre o indivíduo, mantêm a prisão como centro do sistema punitivo (2005: 185-186).

Na adoção de penas alternativas ao cárcere, o discurso oficial propõe o aumento da eficácia da punição em defesa da sociedade, cuja aplicação baseia-se em princípios de disciplina e vigilância. Há um remanejamento do poder de punir, multiplicando sua incidência, aumentando sua eficácia e diminuindo seu custo econômico e político.

Embora o discurso oficial afirme que as penas alternativas à prisão servem para humanizar as penas, melhorando os indivíduos ao invés de destruí-los, pelos exemplos de outros países, como Inglaterra e Estados Unidos, verifica-se que os índices de encarceramento não diminuem e que há o aumento de incidência dessas penas sobre pessoas mais pobres, ampliando a seletividade do sistema penal. Ocorre também que quando o réu é primário e cometeu uma infração de pequeno potencial ofensivo a opção por penas alternativas ao cárcere é aplicada, mas caso não houvesse tal previsão, para esse indivíduo a chance de prisão seria bastante remota. Assim, há um alargamento do campo de incidência do direito penal, abarcando situações que estariam fora dele e resolvidas de forma menos traumática, visto que um processo criminal, por si só, é uma tortura, causando exclusão social do indivíduo que passa por ele.

Essa espécie de pena pode não ser tão suave quanto parece, sobretudo aquelas cujo cumprimento é público, visto que há mais espectadores que na própria prisão e o controle pode ser feito pela própria comunidade estigmatizando ainda mais o apenado, havendo uma reprodução do tipo panótico<sup>19</sup> retratado por Michel Foucault.

Num estudo sobre a obra de Foucault, o Professor Juarez Cirino <sup>destaca</sup>ressalta que:

“O panótico de BENTHAM seria o princípio de nova anatomia política, como mecanismo de disciplina aplicado na construção de um novo tipo de sociedade, em penitenciárias, fábricas, escolas etc., permitindo a ordenação

<sup>19</sup> Na obra “Vigiar e punir”, Foucault descreve o panótico como instrumento do poder disciplinar, representado por uma figura arquitetural da seguinte forma. Na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Desta forma, o vigiado é visto, mas não vê o que induz no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Assim, o panótico faz com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua em sua ação (1987: 165-166).

(Em “30 anos de vigiar e punir (Foucault)”, disponível em [http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/30anos\\_vigiar\\_punir.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/30anos_vigiar_punir.pdf));

das multiplicidades humanas conforme táticas de poder, com redução da força política (corpos dóceis) e ampliação da força útil (corpos úteis) dos sujeitos submetidos”.

Neste modelo difuso de controle social exercido pelo sistema penal, o princípio disciplinar é indefinido, os julgamentos são permanentes, a fiscalização da execução é feita pela própria comunidade, havendo conversões, prorrogações e modificações arbitrárias.

O envolvimento da comunidade na execução da pena, de acordo com a opinião de Alberto da Silva Franco, requer grande planejamento, controle e fiscalização para que possa ser vista como proposta democrática. Também é preciso delimitar o que se entende por comunidade envolvida na execução penal, definindo os valores que esse grupo objetiva e os modos de sua intervenção nas práticas penais (1986: 141). Deve-se tomar cuidado para que não seja reproduzida a lógica panóptica e a sociedade punitiva também na esfera das alternativas à prisão.

Não é muito diferente das execuções públicas que ocorriam no período medieval, o que mudou é a forma de operação e tecnologia aplicadas, que facilitam a dispersão e a penetração do controle.

Antonio Garcia-Pablos de Molina, com razão salienta que: *“se a pena de fato estigmatiza e deteriora o infrator, não cabe então configurá-la conceitualmente como remédio realibitador”* (2000: 394).

Mônica Louise de Azevedo destaca que:

“... se as políticas de descriminalização, despenalização e desjurisdicionalização já não fazem mais parte da agenda mundial de expansão do sistema punitivo e permanece a ênfase nas alternativas à prisão, é porque se constituem no seu complemento. Desse modo, proporcionando a sensação de efetividade da punição, nos termos da política da tolerância zero de matriz americana, significam a ampliação do controle penal na repressão de condutas de pouca lesividade, especialmente incidente nas camadas mais vulneráveis à ação seletiva da polícia. Satisfazem, assim, a exigência de respostas funcionais, imediatas e eficazes de controle das condutas consideradas criminosas, ainda que sob o discurso humanizante e “alternativo à prisão” (2005: 79-80).

### 5.3.1 CONTRADIÇÕES DO SISTEMA PENAL

Ao lado da tendência da adoção cada vez maior de alternativas ao cárcere, aqui no Brasil há outro movimento em sentido oposto, legitimando um verdadeiro “direito penal do terror” cuja expressão máxima é a Lei dos Crimes Hediondos<sup>20</sup>. A sensação de insegurança na população é aumentada pelos estereótipos alimentados pela mídia<sup>21</sup> que manipula a opinião pública. Há uma utilização demagógica do direito penal simbólico na solução mágica dos problemas socioculturais decorrentes da crise econômica pela qual passa o Brasil (FRANCO, 1994: 29-60).

Se por um lado é adotado um discurso punitivo hediondo, com várias leis penais criminalizando condutas e agravando as penas, reduzindo garantias, tentativas em reduzir a maioria penal por outro lado vai se ampliando as possibilidades de adoção de penas alternativas à de prisão. Entretanto, sem uma política pública que atenda as necessidades para implementação dessas penas isso não é possível e a consequência é a exasperação das penas como forma de coibir a substituição por penas alternativas à prisão para diminuir a sensação de impunidade causada pela má aplicação das penas alternativas.

Atualmente, a tendência descriminalizadora é dominante na doutrina, entretanto, a legislação segue caminho inverso em decorrência do fato de que os textos legais vigentes procedem de épocas que pouco têm a ver com a atual. Esclarecendo o panorama atual, Cervini nota que:

<sup>20</sup> Lei 8.072/90;

<sup>21</sup> Em “A criminologia crítica e a reforma da legislação penal”, disponível em [http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia\\_critica\\_reforma\\_legis\\_penal.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf), o Prof. Juarez Cirino dos Santos esclarece que “um avanço da Criminologia crítica foi descobrir o significado da projeção de imagens ou símbolos na psicologia do povo pelos meios de comunicação de massa, segundo o célebre teorema de THOMAS, pelo qual situações definidas como reais produzem efeitos reais, conforme costumava repetir BARATTA: se imagens da realidade produzem efeitos reais, então é desnecessário agir sobre a realidade para obter resultados práticos; ao contrário, pesquisas mostram a suficiência de ações sobre a imagem da realidade para criar efeitos reais na opinião pública – por exemplo, efeitos de legitimação ou de desestabilização de governos, como ocorre na América Latina; igualmente, são suficientes ações sobre a imagem da criminalidade para criar efeitos reais de alarme social, necessário para campanhas de lei e ordem, desencadeadas para ampliar o poder político e legitimar a repressão penal em épocas de crise social. Assim, o estudo de percepções e atitudes projetadas na opinião pública permitiu à Criminologia crítica revelar efeitos reais de imagens da criminalidade difundidas pelos meios de comunicação de massa, que disseminam representações ideológicas unitárias de luta contra o crime – apresentado pela mídia como inimigo comum da sociedade – e, desse modo, introduzem divisões nas camadas sociais subalternas, infundindo na força de trabalho ativa atitudes de repúdio contra a população marginalizada do mercado de trabalho, por causa de potencialidades criminosas estruturais erroneamente interpretadas como defeitos pessoais”.

(Consulta em [http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia\\_critica\\_reforma\\_legis\\_penal.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf). SANTOS, Juarez Cirino dos. A criminologia crítica e a reforma da legislação penal, Acesso em: Mai. 2007).

“A criminalidade moderna caracteriza-se pela urbanização, caráter anônimo das relações humanas, falta de transparência das situações, fracasso dos controles sociais e informais e pelas grandes concentrações de poder político e econômico, especialização profissional, domínio tecnológico e estratégia globais (característica do delito organizado)” (2002: 215).

Essas novas realidades obrigaram o legislador a penalizar uma série de comportamentos no setor da economia, finanças e trabalho, pirataria aérea, ecologia, tutela da privacidade do indivíduo e elaboração de dados mecanizados, num esforço de adaptação normativa, hoje generalizada (Cervini, 2002:215).

## 6 DISCUSSÃO

Conforme se verá a seguir, alguns doutrinadores demonstram-se favoráveis à adoção de penas alternativas à prisão pelo simples motivo de que abominam esta última, mas sem atentar para um problema social mais profundo que é a existência e um sistema penal que mantém e reproduz a desigualdade social através da desigual distribuição da criminalidade e aplicação de penas.

Orandyr Teixeira Luz adverte que a pena de prisão para determinados delitos em que se envolvem culposamente alguns cidadãos, ou em casos de crimes de baixo potencial ofensivo, tem se revelado totalmente inadequada além de mais dispendiosa, aviltando, desmoralizando e embrutecendo o apenado, servindo, muitas vezes de universidade do crime, de onde ele sairá disposto a vingar-se da sociedade que o alijou (2000: 134-135).

O autor aponta problemas da prisão como a superpopulação carcerária, o elevado custo do sistema, aliado à sua precariedade no tocante às instalações físicas, a promiscuidade reinante, substâncias psicotrópicas absolutamente disponíveis, resultando num alarmante índice de portadores de AIDS, a convivência nociva com meliantes de alta periculosidade os quais demonstram que o problema é da sociedade como um todo.

Esse autor entende que a adoção de penas alternativas à privativa de liberdade colabora para a definitiva humanização e individualização no seu cumprimento, para a recuperação do sistema penitenciário brasileiro, para a mudança de mentalidade na condução

política prisional criminal, para a melhor inversão dos recursos dentro da comunidade, posto que é indiscutível o menor custo envolvido.

Com o mesmo entendimento, René Ariel Dotti defende que:

“A prisionalização é terapia de choque permanente, cuja natureza e extensão jamais poderiam autorizar a tese enfadonha de que constitui uma etapa para a liberdade, assim como se fosse possível sustentar o paradoxo de preparar alguém para disputar uma prova de corrida, amarrando-o a uma cama”.  
(1998: 115-116)

Afirma ainda René Ariel Dotti, que:

“... a decadência da instituição carcerária é somente a ponta do iceberg a mostrar a superfície da crise geral do sistema, para o qual convergem muitos outros fatores.” (1998: 117)  
As alternativas para um sistema de penas resultam da preocupação em esgotar o limite das possibilidades pessoais diante do tema. Não pretendem – e nem poderiam – ter o otimismo eufórico e alienante próprio à idéia de salvação do gênero humano vítima de uma nova peste negra que está consumindo tantas vidas e tantas esperanças. As alternativas constituem, tão-somente, as propostas consideradas mais oportunas para a defesa avançada na luta contra a criminalidade”. (1998: 316)

Defende ainda que a pena é um dos meios para enfrentar a criminalidade numa sociedade fundada na dignidade, justiça e segurança, porém não é o único. Há muitas outras sanções penais no ordenamento jurídico capazes de combater a violência e a criminalidade, sem representar a renúncia do poder de punir do Estado (1998: 318-319).

Quanto às penas alternativas, também Valdir Sznick defende que:

“As penas alternativas [...] apresentam inúmeras vantagens a saber: evitam a impunidade (já que são de fácil imposição e de fácil execução, também); por não afastarem da comunidade, não exigem o aparato penitenciário da pena detentiva (edifício, funcionários, alimentação e outros); não estigmatizam – já que o trabalho só pode elevar o indivíduo (diziam, com certo sadismo, os alemães que o trabalho liberta – *Die Arbeit Freiheit*), e, de outro lado, o trabalho é produtivo e reverte benefícios à comunidade; em relação à prisão não aumenta o já superlotado sistema carcerário, ambiente nocivo e deletério; com isso, reduz-se a reincidência, fato comprovado; um dos mérito é integrar a comunidade na responsabilidade pelo cumprimento da pena”.  
(2000: 64)

E continua:

“Se tomarmos as penas privativas, no que se refere a custos, pelo Estado, essas de prisão são por demais onerosas ao Estado; já as penas alternativas, a diferença é totalmente favorável a essa nova modalidade de pena”.  
(2000: 67)

Walter Rodrigues da Cruz adverte que, a título de prevenção do crime, é melhor suspender a execução da pena privativa de liberdade do que substituí-la por uma restritiva de direito que impossibilite ao réu exercer sua atividade profissional visto que reduzindo sua condição econômico-financeira, não só se estará direcionando-o para novas práticas delitivas, mas também estendendo os efeitos da pena aos eventuais dependentes econômicos que terão uma diminuição no padrão de subsistência, suscetível até mesmo de atingir a estabilidade familiar, em arrepio à Norma Constitucional, que no art. 226, caput, informa a família como sendo a base da sociedade, atribuindo-lhe especial proteção do Estado. (2000:334).

Já Cezar Roberto Bitencourt vê o futuro das penas alternativas com grande ceticismo, pela falta de vontade política quanto à infra-estrutura necessária para permitir a sua adequada operacionalização (1999: 69, 71).

Enfatiza que o problema maior é que vivemos uma política de exacerbação de penas, como meio de combate à violência e criminalidade, independente de qualquer resultado prático. Com algum tempo de aplicação de penas alternativas, mantendo-se as dificuldades atuais, o que é previsível, ante a ausência de vontade política de combate eficaz à criminalidade, os limites para o uso da pena substitutiva servirão de “desculpa” para que se volte a exasperar as penas de muitas infrações penais, com a finalidade de impedir a aplicação das penas restritivas de direitos.

Adverte que:

“... é fundamental que o Poder Central desperte para a importância de investir na criação de infra-estrutura para tornar possível a aplicação eficaz das penas restritivas de direitos; se não for por inteligência, até pela economia que essas alternativas representarão para os cofres públicos, já estará justificado o esforço governamental, na medida em que é muito mais econômico estruturar o sistema para cumprir penas alternativas do que criar novas vagas nas penitenciárias”.

(1999: 70)

Outros doutrinadores não vêem as penas alternativas somente como alternativa ao cárcere ou como economia ao Estado, mas fazem uma análise mais ampla e completa de todos os fatores que com elas se relacionam.

Para a Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, Mônica Louise de Azevedo, o objetivo oficial de humanização das sanções penais que acompanha o discurso das alternativas ao cárcere é coerente com os fins do Estado de Direito, mas deve-se levar em conta os mitos não revelados que sustentam o sistema de justiça criminal e que são reproduzidos (AZEVEDO: 2005: 167).

Louk Hulsmann assevera que alternativas à justiça criminal não são sanções alternativas, mas são, principalmente, respostas alternativas aos eventos que podem desencadear processos de criminalização, desafiando criticamente os pressupostos da própria justiça criminal (1993: 162).

Quando da idealização dos substitutivos à prisão, ainda se ignorava o conhecimento das teorias sociológicas do *labeling approach*<sup>22</sup> e do reconhecimento do papel dos processos sociais de definição e seleção dos delinquentes, que levam à relativização do objeto e função do direito penal, a superação da concepção ontológica do crime e do criminoso, bem como a contribuição da perspectiva criminológica crítica à compreensão do fenômeno criminal.

O paradigma do *labeling approach* é insuficiente para indicar os mecanismos de distribuição social da criminalidade, identificáveis pela inserção do processo de criminalização no contexto das instituições fundamentais das sociedades modernas – a relação capital/trabalho assalariado –, capaz de mostrar que o poder de definir crimes e de atribuir a

---

<sup>22</sup> teoria da rotulação advinda da criminologia fenomenológica americana de meados do século XX, que estuda a criminalidade como fenômeno social produzido por normas e valores, atentando para definições institucionais e formas de comunicação intersubjetiva no processo de construção social do crime e da criminalidade. Assim, o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma “entidade ontológica preexistente à reação social e penal”, e sim uma qualidade atribuída a determinados sujeitos mediante processos de interação social de definição e de seleção, de acordo com a distribuição de poder na sociedade. Pelo paradigma do *labeling approach*, o comportamento criminoso é uma qualidade atribuída por agências de controle social mediante aplicação de regras e sanções, enquanto criminoso seria “o sujeito ao qual se aplica com sucesso o rótulo de criminoso”.

qualidade de criminoso corresponde às desigualdades sociais em propriedade e poder das sociedades contemporâneas<sup>23</sup>.

Numa análise histórica e sociológica, nota-se que há excessos e manipulações na intervenção punitiva, que age exemplarmente sobre certos comportamentos cumprindo a função simbólica do direito penal e encobre outros comportamentos ilegais que permanecem impunes, criando uma cifra negra não abrangida pelo Direito Penal.

Luigi Ferrajoli acentua que o desenvolvimento das medidas alternativas e sanções substitutivas revelam a crise das penas privativas de liberdade. No entanto, esse desenvolvimento demonstra a resistência do paradigma carcerário, pois essas alternativas não substituem a prisão, mas somam-se a elas como um eventual corretivo, dando lugar a espaços incontroláveis de discricionariedade judicial ou executiva (1995: 411).

Sugere a transformação das alternativas penais em penas taxativamente previstas pela lei, em perfeita consonância com todos os princípios garantidores da limitação do poder punitivo estatal, observando a proporcionalidade com a gravidade do delito. Referidas penas devem ser certas e somente modificáveis durante a execução em caso da ocorrência de fatos supervenientes. Para que a pena não tenha função deseducativa nem criminógena, é preciso reduzi-la, redimensionando ou definindo legalmente seus conteúdos alternativos, não alterando-a na fase executiva, mas modificando sua duração e qualidade na fase legislativa ou judicial (1995: 419).

A forma e o conteúdo das penas alternativas são fixados de acordo com as características pessoais e particulares do apenado, não se dando muita importância à reprovação ético-social da conduta pela comunidade, assim num movimento de involução, substitui-se o direito penal do fato pelo direito penal do autor. Com isto, aceita-se a ordem social como perfeita, não questionando suas estruturas e sem relacioná-las com o crime praticado. Nessa escolha do melhor remédio para curar e adaptar o infrator à vida social, desconsidera-se que coexistem na sociedade vários conjuntos normativos, várias escalas de valores e visões de mundo que devem ser respeitadas num Estado democrático de Direito.

A possibilidade de consenso no processo penal levou à fixação de penas indeterminadas decorrentes de acordos penais ou como condições judiciais recebidas na suspensão condicional do processo, suspensão condicional da pena, regras do regime aberto e do livramento condicional, fixadas discricionariamente pelo juiz, até mesmo com a

---

<sup>23</sup> Consulta em [http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia\\_critica\\_reforma\\_legis\\_penal.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf). SANTOS, Juarez Cirino dos. A criminologia crítica e a reforma da legislação penal, Acesso em: Mai. 2007.

possibilidade de tratamento terapêutico ou similar<sup>24</sup>. O problema é que são fixadas com base em critérios subjetivos, vagos, pouco explicitados e, não poucas vezes, arbitrários.

Essas medidas deslocam o foco do crime e da pena que têm princípios limitadores assegurados pelo ordenamento jurídico, para medidas de segurança, de prevenção e de polícia, pré-sentenciais e até *ante delictum*, o que significa o redirecionamento do direito penal tanto para a punição quanto para combater a periculosidade de indivíduos desviantes, provocando a indefinição entre as diferentes formas de exercício do poder punitivo (FERRAJOLI, 1995: 699).

Na tentativa de resolver os problemas da morosidade da justiça e diminuir os gastos do Estado com as prisões, surgiram alternativas à pena privativa de liberdade com o pretexto de substituí-la por alternativas mais modernas e menos degradantes. Entretanto oportunizou-se a imposição de penas arbitrariamente escolhidas, sem respeito ao devido processo legal e à proporcionalidade estabelecida pela culpabilidade ficando o sistema de penas sem coerência e logicidade.

Sendo penas, como estas, as alternativas ao cárcere devem ser tratadas, devendo ter a natureza e limites máximos estabelecidos por lei, ser imposta por um juiz com observância aos princípios e garantias do devido processo legal.

A crítica que Mônica Louise de Azevedo faz ao sistema de penas, é a de que a prisão ainda é o eixo, apesar da previsão de alternativas ao cárcere, mantendo e reproduzindo a seletividade e os efeitos estigmatizantes da punição institucionalizada.

Acentua que, usando o discurso ressocializador e humanizante, os substitutivos penais reintroduzem a periculosidade do autor e a defesa social na sua individualização e execução, ocultos sob o discurso pedagógico, terapêutico e simbólico. Advertindo que:

“Os “substitutivos penais”, se aplicados sem qualquer limite técnico-jurídico na fase de individualização, são escolhidos não pela autoria da conduta reprovada, mas pela personalidade e status social e capacidade econômica do seu autor, reproduzindo a seletividade e diferenciação de classes sociais no sistema de penas”.

(2005: 210)

O problema é que as penas alternativas não excluem e até mesmo pressupõem a prévia aplicação de pena privativa de liberdade, que é tida como ameaça ao seu

---

<sup>24</sup> o que revela um verdadeiro retrocesso ao sistema duplo binário, no qual se aplicava cumulativamente pena e medida de segurança.

descumprimento injustificado. Por isso é necessário que sejam estabelecidas de forma mais clara pela lei as formas e hipóteses de substituição, conversão e reconversão para os casos de descumprimento injustificado.

Assinala que a prisão, cuja iniquidade é notória na realidade periférica latino-americana, sobretudo nas condições de superpopulação das prisões dos países periféricos é mais degradante que os substitutivos penais. Assim é compreensível que todos sejam favoráveis a estes quando a alternativa a sua utilização seja a prisão. Mas isso não pode fazer com que se esqueça que as alternativas à pena de prisão são respostas punitivas à prática de um ilícito penal e que assim devem ser tratadas (2005: 202).

Recomenda que o jurista comprometido com o direito penal de mínima lesividade deve reconhecer nos substitutivos penais a natureza de autêntica “pena” estabelecendo os critérios que possibilitem a sua utilização como consequência jurídica à conduta punível, tão-somente justificados pelo objetivo de limitar e reduzir o nível de violência utilizado no exercício do poder punitivo, em respeito à dignidade do homem e nos limites da Constituição da República Federativa do Brasil (Azevedo, 2005: 209-211).

Raúl Cervini enfatiza que, quando se recorre à via punitiva para solucionar um conflito, está se reconhecendo um fracasso coletivo vez que a pena representa um mal que deve ser evitado tanto quanto possível. Assim, orienta que:

“O legislador deve ter isto presente na hora de criar nova normas penais ou ao ponderar a real necessidade das muitas já existentes, tomando consciência de que não deve buscar a solução fácil da via punitiva para erradicar problemas ante o quais não se tentou ainda todas e cada uma das estratégias extrapenais aconselháveis, nem menos, todavia, para tranquilizar o eleitorado ante o aparecimento de alterações sociais, em suma, o Direito Penal não deve ser um “remendo” de desajustes sociais incipientes mas sim o ultimo recurso da comunidade (2002: 216).

Sabidamente este doutrinador sustenta que a infração penal é o mais claro indicador da desintegração comunitária e do enfraquecimento dos vínculos de solidariedade entre os homens, que são, em definitivo, a única ponte natural e válida entre as realidades social e jurídica (2002: 224).

No enfoque da Criminologia crítica, exposto brilhantemente pelo Professor Juarez Cirino dos Santos<sup>25</sup>, a única resposta para o problema da criminalidade é *democracia*

---

<sup>25</sup> Em “A criminologia crítica e a reforma da legislação penal”, disponível em [http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia\\_critica\\_reforma\\_legis\\_penal.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf),

*real*, porque nenhuma política criminal substitui políticas públicas de emprego, de salário digno, de moradia, de saúde e, especialmente, de escolarização em massa – infelizmente, impossíveis no capitalismo.

Em sua obra “A Criminologia Radical”, defende que há divergência entre a política penal do Estado e a política criminal alternativa da Criminologia Radical. Aquela é circunscrita às relações de distribuição, delimitada pelos processos de criminalização e de estigmatização penal, em que a definição de crimes, a aplicação da lei penal e a execução das penas e medidas de segurança objetiva o controle das classes dominadas e a força de trabalho, revigorada e ampliada pelas formas alternativas de controle social, como os substitutivos penais. Já a política criminal radical, fundada nas relações de produção, objetiva transformar a estrutura econômica e as superestruturas jurídicas e políticas do capitalismo, mediatizada pela redução das desigualdades sociais na área do sistema de justiça criminal, a ampliação da democracia nas relações de poder político e a promoção do contrapoder proletário, pelo desenvolvimento da consciência de classe e da organização política da classe trabalhadora: a política dos substitutivos penais um desdobramento tático imediato de uma estratégia geral radical (construção do socialismo), com um sentido humanista e liberalizante, por um lado, e o restabelecimento da funcionalidade precária das relações de dominação, por outro (2006: 120).

Segundo ele, a política criminal alternativa da Criminologia Radical, tem por objeto o sistema de justiça criminal (processo de criminalização e sistema carcerário) e a opinião pública, fonte de legitimação ideológica da política penal oficial. Para que o processo de criminalização reduza as desigualdades de classe são necessárias duas medidas: a) uma política de criminalização e de penalização da criminalidade econômico-financeira, o abuso de poder político, a corrupção administrativa, as práticas anti-sociais em áreas da segurança do trabalho, da saúde pública, da ecologia, da economia popular e do patrimônio social e estatal; b) uma política de descriminalização e despenalização da criminalidade das classes dominadas, mediante a contração do sistema punitivo em crimes de bagatela, crimes punidos com detenção, etc, com substituição, com substituição de sanções estigmatizantes por não-estigmatizantes nos demais casos.

Em sua opinião, a estratégia da Criminologia Radical para o sistema carcerário é, de fato, radical: abolição da prisão. Todavia, este objetivo, além da descriminalização e da despenalização, requer mediações políticas táticas, como a extensão das medidas alternativas

da pena<sup>26</sup> e a abertura do cárcere para a sociedade. O que limita as conseqüências de marginalização e de desarticulação política promovidas pelo sistema carcerário, possibilitando a reintegração do condenado na sociedade, pela ação coordenada de associações de presos e de organizações dos trabalhadores, como partidos políticos, sindicatos, etc., transferindo o processo de ressocialização da prisão (Estado) para a comunidade. Também é necessário promover uma mudança na mentalidade da população abolindo os processos psicológicos e ideológicos da opinião pública que reproduzem representações da criminalidade subordinadas à ideologia da classe dominante, mediante a crítica sistemática das superestruturas de controle, a intensificação da produção científica na perspectiva teórica e ideológica radical e a difusão de informações acessíveis ao consumo público, provendo bases para discussões em massa da questão criminal (2006: 120-123).

Para este grande criminólogo, estas parecem ser as bases atuais do questionamento teórico e do posicionamento prático da Criminologia Radical a qual pretende se constituir sobre essas bases não como a “criminologia da repressão”, mas como a única Criminologia da Libertação.

Alessandro Baratta ressalta que:

“... uma política criminal alternativa coerente com a própria base teórica não pode ser uma política de “substitutivos penais”, que permaneçam limitados a uma perspectiva vagamente reformista e humanitária, mas uma política de grandes reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia, de formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas, e do contrapoder proletário, em vista da transformação radical e da superação das relações sociais de produção capitalistas” (2002: 201).

Segundo ele, da crítica do direito penal como direito desigual resulta a ampliação e reforço da tutela penal em áreas de interesse essencial para a vida dos indivíduos e da comunidade como a saúde, por exemplo. Os mecanismos da reação institucional seriam dirigidos à criminalidade econômica, dos grandes desvios criminais dos órgãos e do coro do Estado, assegurando-se maior representação processual aos interesses coletivos. Outra conseqüência refere-se à despenalização, de contração ao máximo do sistema punitivo.

A estratégia da despenalização significa também substituir sanções penais por formas de controle legal não estigmatizantes (sanções administrativas ou civis);

---

<sup>26</sup> as formas alternativas da suspensão condicional da pena, do livramento condicional, dos regimes de liberdade e de semiliberdade etc., são plenamente justificadas como etapas de aproximação do objetivo final;

encaminhamento de processos alternativos de socialização do controle do desvio e de privatização dos conflitos, nas hipóteses em que isso seja possível e, ainda, abertura de maior espaço de aceitação social do desvio. Enfim, deve haver uma reforma profunda do processo, da organização judiciária, da polícia, com a finalidade de democratizar estes setores do aparato punitivo do Estado, para contrastar, também de tal modo os fatores da criminalização seletiva que operam nestes níveis institucionais (2002: 202-203).

Na opinião de Alessandro Baratta, para a abolição da instituição carcerária são necessárias algumas etapas. Estas são constituídas pelo alargamento do sistema de medidas alternativas, pela ampliação das formas de suspensão condicional da pena e de liberdade condicional, pela introdução de formas de execução da pena detentiva em regime de semiliberdade, pela experimentação corajosa e a extensão do regime das permissões, por uma reavaliação em todos os sentidos do trabalho carcerário. É importante ainda a abertura do cárcere para a sociedade, também mediante a colaboração das entidades locais e cooperação dos presos e das suas associações com as organizações do movimento operário, com a finalidade de limitar as consequências que a instituição carcerária tem sobre a divisão artificial da classe, de reinserir o condenado na classe e, através do antagonismo de classe, na sociedade. Assim, a reação individual e egoísta às condições sociais impostas pelas relações de produção e de distribuição capitalistas se transformaria em ação política dentro do movimento da classe. Conclui o autor que *"quanto mais uma sociedade é desigual, tanto mais ela tem necessidade de um sistema de controle social do desvio de tipo repressivo"* (2002: 203-206).

Segundo Baratta, para que seja possível a substituição do direito penal por qualquer coisa melhor, preconizada por Gustav Radbruch, antes deve haver a substituição da nossa sociedade por uma melhor, sem perder de vista que uma política criminal alternativa e a luta ideológica e cultural que a acompanha devem desenvolver-se com vistas à transição para uma sociedade que não tenha necessidade do direito penal burguês. Todavia, na fase de transição devem realizar todas as conquistas possíveis para a reapropriação, por parte da sociedade, de um poder alienado, para o desenvolvimento de formas alternativas de autogestão da sociedade, também no campo do controle do desvio. Sendo assim, a sociedade se reapropria do próprio desvio e administra diretamente seu controle (2002: 207).

## 7 ALTERNATIVAS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Segundo o Professor Juarez Cirino dos Santos, a Criminologia crítica, no entanto, tem um programa alternativo de política criminal, para reduzir o Direito Penal e humanizar o sistema penal, estruturado conforme a idéia de Direito Penal mínimo e regulado pelo objetivo final de abolição do sistema penal.

O objetivo imediato, ainda na opinião do Professor Juarez Cirino dos Santos é: “**menos** melhor cárcere e **mais** menos cárcere, com a maximização dos substitutivos penais, das hipóteses de regime aberto, dos mecanismos de diversão e de todas as indispensáveis mudanças humanistas do cárcere”.

Propõe para a redução do sistema de justiça criminal, dentre outras medidas, a despenalização, programa do qual uma das propostas é que as hipóteses de substitutivos penais ou de extinção da punibilidade sejam redefinidas na direção da mais ampla despenalização concreta, com o objetivo de evitar os efeitos negativos do cárcere, com ênfase nos seguintes institutos jurídicos: perdão judicial; conciliação; transação penal; suspensão condicional da pena; extensão legal, por interpretação analógica *in bonam partem*, da extinção da punibilidade dos crimes tributários pelo pagamento, aos crimes patrimoniais comuns não violentos, nos casos de ressarcimento do dano ou de restituição da coisa; prescrição (esta mediante: redução dos prazos de prescrição da pretensão punitiva, de natureza arbitrária; desconsideração das causas de interrupção da prescrição retroativa, impossíveis em processos mentais retrospectivos baseados no fluxo imaginário do tempo; institucionalização legal da prescrição retroativa antecipada, por razões de economia processual e de pacificação social).

## 8 CONCLUSÃO

A principal função atribuída à pena, pelo discurso oficial, é ressocializar o apenado para que ele possa retornar ao convívio harmonioso da sociedade. Entretanto, séculos de história demonstraram que a pena não produz esse efeito.

Por um longo período, a partir do século XIX, a principal punição dada ao autor de uma conduta delitativa era a pena privativa de liberdade, acreditando-se que a prisão poderia ser um meio eficaz para ressocializar o delinqüente, sendo um instrumento capaz de realizar as finalidades a que a pena se propunha.

Com o passar do tempo, percebeu-se que além de ser muito onerosa ao Estado, a prisão traz efeitos contrários aos buscadas: não educa o apenado; não o intimida; retira-o de seu meio social, afastando-o de sua família e estigmatizando-o por ter passado pela prisão, tirando-lhe a oportunidade de um emprego digno, além de todas as crueldades que sofre naquele ambiente desumano. Por estes motivos (ou usando estes argumentos), o legislador pátrio, através da reforma penal de 1984 e outras leis posteriores, inseriu no sistema penas alternativas à prisão.

Verifica-se que boa parte da doutrina é favorável a adoção dessas alternativas, outra, nem tanto. Todavia, percebe-se que, independente do juízo que fazem das penas alternativas à prisão, quanto a esta última, vê-se que não agrada a ninguém.

O que se percebe, no entanto, é que, mesmo com o discurso inovador das alternativas penais que vêm sendo introduzidas no nosso sistema nas últimas décadas, a prisão continua sendo a pena principal; que com as penas alternativas aumenta-se o controle social pelo sistema penal e que as penas alternativas à prisão, como qualquer outra pena, são estigmatizantes. Entretanto, sem um estudo aprofundado, com constatação empírica, não se pode considerar todas as reformas do sistema de penas como tendentes à maior repressão e coerção.

Para que as penas alternativas possam ser vistas como um avanço na nossa legislação é preciso que elas realmente representem uma alternativa ao cárcere e não um complemento a ele. Portanto, deve-se tomar cuidado para que a adoção de medidas alternativas não traga a sensação de impunidade e, como resposta, a exasperação das penas como forma de escapar das alternativas à prisão.

Desde que com observância aos princípios orientadores do poder punitivo estatal, respeitando a dignidade humana e somente nos casos limites em que não houver outra escolha, as penas alternativas podem ser consideradas uma alternativa efetiva à injustiça do sistema prisional brasileiro.

Muito importante também é equilibrar o sistema, despenalizando condutas atualmente criminalizadas por serem praticadas pelas classes subalternas e que, na verdade, não representam um mal tão grande à sociedade. Por outro lado, o sistema penal deve abarcar condutas mais nefastas, hoje ocultas pela cifra negra da criminalidade.

De qualquer forma, ao invés do direito penal, devem ser utilizados outros modelos de gestão de conflitos penais na restauração da harmonia social quebrada pelo delito praticado, através da justiça restaurativa, por exemplo.

No modelo de sociedade em que vivemos, onde se pode perceber que Tomas Hobbes tinha razão quando disse que “*o homem é lobo do homem*”, não se pode ver o delinqüente privado das condições mínimas de sobrevivências como um ser desviante merecedor de toda sorte de punições. Tampouco se pode, por qualquer outro falacioso argumento, puni-lo porque na verdade não se conforma e se volta contra o sistema que o oprime, que lhe priva da dignidade humana. Pelo contrário, nesse contexto, a delinqüência é um sintoma de que uma grave doença assola a sociedade e esta, ao invés de ir amputando os membros que vão sendo comprometidos por esta doença, deve combater seus causadores.

A utopia alimentada pela autora deste trabalho é a de que no futuro a busca não seja por PENAS alternativas à PENA de prisão, mas por alternativas a qualquer espécie de penas. Sugere-se como alternativas à pena a melhora nas políticas públicas de forma a acabar, ou ao menos diminuir, a desigualdade social, proporcionando a todos as pessoas as mesmas oportunidades à educação, saúde, emprego, bem-estar, etc. o que propiciaria o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e fraterna composta por seres humanos mais humanos e solidários.

Quando fosse cometida alguma conduta contrária às regras dessa utópica sociedade solidária, esta reconheceria que o erro faz parte da natureza humana e buscaria soluções condizentes com a dignidade humana. Antes porém, proporcionaria possibilidades para todos seus membros reconhecerem a importância de se respeitar bens jurídicos alheios tal como quer que os seus sejam respeitados pelos demais, já que nesse contexto, todos teriam igual acesso aos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico. Aliás, para o indivíduo que também é sujeito de direitos é mais fácil respeitar os alheios.

## 9 REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Mônica Louise de. **Penas alternativas à prisão: os substitutivos penais no sistema penal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2005.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. - Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BATISTA, Nilo. Fragmentos de um discurso sedicioso. **Discursos sediciosos**. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1 1996.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11 ed. Curitiba: Hemus, 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Os processos de descriminalização**. - 2. ed. Ver. Da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CRUZ, Walter Rodrigues da. **As penas alternativas no direito pátrio**. São Paulo: Editora de Direito, 2000.
- DOTTI, René Ariel - **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas** – 2. ed. São Paulo: RT, 1998.
- FARIA, José Eduardo. As transformações do direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, a.6, n. 22 abr./jun. 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría Del garantismo penal**. Tradução de Perfecto Andrés Ibanez. Madrid: Trotá, 1995.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Temas de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1986.
- [http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/30anos\\_vigiar\\_punir.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/30anos_vigiar_punir.pdf). SANTOS, Juarez Cirino dos. **30 anos de vigiar e punir (Foucault)**, Acesso em: Maio. 2007.
- [http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia\\_critica\\_reforma\\_legis\\_penal.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf).
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia crítica e a reforma da legislação penal**, Acesso em: Maio. 2007.
- <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2795>. CAPELA, Fábio Bergamin. **Pseudo-evolução do Direito Penal**, Acesso em: Mar. 2007.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993.
- JESCHECK, Hans. **Tratado de derecho penal: parte general**. Tradução de José Luis Mansanares Saminiego. 4 ed. Granada: Comares, 1993.
- LUZ, Orandyr Teixeira. **Aplicação de penas alternativas**. Goiânia: AB, 2000.
- MACHADO, Diogo Marques Machado. **Penas alternativas**. Disponível na Internet: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5757>> (Acesso em 15/05/2007).
- MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Criminología**. Tradução de Luiz Flavio Gomes. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 394.
- PRADO, Luiz Régis. **Multa Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. Rio. de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia radical**, Curitiba: ICPC: Lúmen Júris, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2006.

- SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Tadeu Dix da. Globalização e direito penal brasileiro: acomodação ou indiferença? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 6, n. 23, jul./set. 1988, *in* AZEVEDO, Mônica Louise de. **Penas alternativas à prisão: os substitutivos penais no sistema penal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SZNICK, Valdir. **Penas alternativas: perda de bens, prestação de serviços, fim de semana, interdição de direitos**. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 1999.
- WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl e José Henrique Pierangeli. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Manual de derecho penal: parte general**. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.