

RESUMO

Trato neste artigo das penas e medidas alternativas à prisão no Brasil e dos desafios nelas implicados para que se configurem realmente como “alternativas” e não como medidas e penas “paralelas” à prisão, expandido, em vez de reduzir e limitar o controle social punitivo. E o faço na perspectiva revisionista das funções da prisão na modernidade central (euroamericana) e periférica (América Latina e Brasil), para recolocar o problema no horizonte de projeção da atual crise de legitimidade da prisão e do sistema penal, e das políticas criminais que se desdobram como resposta a essa crise. O marco teórico é a Economia política da pena, a Microfísica do poder e a Criminologia da reação social e crítica euroamericana e latino-americana.

ABSTRACT

In this piece, I address sentencing alternatives to incarceration in Brazil and the challenges implicated in it so as they can really figure as “alternatives” instead of a “parallel” measure to prison, expanding rather than reducing and limiting the punitive social control. And I do so from the revisionist perspective of prison roles in the central Modernity (Euro-American) and peripheral (Latin America and Brazil), in order to put back the matter in the horizon of projection of the actual legitimacy crisis facing prison and the criminal justice system, as well as in the criminal policies that unfold as response to this crisis. The theoretical framework adopted is the Political Economy of Punishment, the Microphysics of Power, the Social Reaction Theory and critical theories of Euramerica and Latin America.

PALAVRAS-CHAVE

Alternativas - Sistema penal - Prisão – Brasil – Crise – Política criminal – Abolicionismo – Minimalismo –Eficientismo

KEYWORDS

Alternatives – Criminal Justice System – Prison – Brazil – Crisis – Criminal Policy – Criminal Abolitionism – Criminal Minimalism – Criminal Efficientism

Título

Qual alternativismo para a brasilidade ? política criminal, crise do sistema penal e alternativas à prisão no Brasil

Vera Regina Pereira de Andrade

Title

Which alternativism for brazilianess? Criminal Policy, Criminal Justice System crisis and alternatives to imprisonment, in Brasil

“A limitação dos substitutivos penais aos crimes de menor gravidade (por exemplo, a exclusão legal dos crimes hediondos), ou aos presos de bom comportamento, revigora a instituição da prisão em duas direções: a) a prisão como “último recurso” para os chamados “casos mais duros”: o sistema de controle social ampliado (mais pessoas controladas) e diversificado (maior quantidade de instituições auxiliares de controle) é reforçado pela possibilidade de reconversão dos substitutivos penais em futuros encarceramentos.” (Juarez Cirino dos Santos)

Primeiras Palavras

Alternativas à prisão é um tema complexo, que permite muitos recortes e abordagens. Proponho aqui abordar as alternativas à prisão e os desafios transformadores nela implicados, a partir da própria prisão; a partir da fundação e desenvolvimento do modelo prisional no mundo ocidental, para recolocar o problema no horizonte de projeção da atual crise de legitimidade da prisão e do sistema penal, e das políticas criminais que se desdobram como resposta a essa crise. E proponho fazê-lo tomando por referente o longo acúmulo crítico de conhecimento e de experiência, de saber acadêmico e fático, de episteme e doxa que temos sobre a prisão na modernidade e na colonialidade (América Latina)¹. Isso implica analisar a questão das alternativas, dos seus limites, possibilidades e desafios, a partir de uma pergunta inicial: por que a prisão se tornou o método punitivo central no sistema penal moderno? Para que(m) foi feita a prisão? E para que serve a prisão?

Para que(m) foi Feita a Prisão? Das Funções Declaradas às Funções Reais e à Eficácia Invertida da Prisão

Essa pergunta pode ser enfrentada a partir de dois eixos.

¹ ANDRADE, 2012

O primeiro eixo é constituído pelo discurso das funções declaradas da prisão, construído pela criminologia tradicional (etiológica) e pelas teorias da pena, ou seja, pelo conhecimento oficial do sistema penal moderno, que constitui o discurso de autolegitimação da prisão.

O segundo eixo é constituído pelo discurso das funções reais da prisão, construído pela Historiografia e a Criminologia críticas, constituindo, ao contrário, um discurso de deslegitimação da prisão.

Início pelo discurso declarado da prisão. A criminologia tradicional cumpriu um papel fundamental na justificação histórica da utilidade da prisão, ao construir tanto um conceito de criminoso, ao qual a prisão deveria combater, quanto ao construir o núcleo discursivo de justificação da própria prisão.

O conceito de criminoso a que me refiro é a ideia de que a criminalidade é a prática de uma minoria perigosa de pessoas vinculadas aos baixos estratos sociais, que tem um maior potencial de periculosidade, e que, portanto, teria que ser transformada no laboratório da prisão. Daí nasce um discurso sobre criminalidade que a associa com periculosidade e violência individual, e justifica a existência de prisão com o ideal de tratamento dos perigosos e de ressocialização dos delinquentes. Em torno desta promessa, que entrou para a teoria jurídica com o nome de “função preventiva especial da pena”, construiu-se uma arquitetura de conceitos, como personalidade, classificação de criminosos, antecedentes, reincidência, progressão de regime; ou seja, o modelo do Direito penal do autor, e é este modelo que vai justificar e legitimar historicamente a existência da prisão. Então, a ideia de combate à criminalidade – tendo como pressuposto uma visão classista e seletiva de criminalidade, complementarmente às teorias da pena, com o discurso de que a prisão também retribui (castiga) e intimida os potenciais infratores – vai conferir um conjunto de funções socialmente úteis à prisão, que estão contempladas em todas as legislações penais ocidentais, inclusive na nossa (no art. 59 do Código Penal, e no art. 1º da Lei de Execuções Penais), com todo o seu ideal transformador do sujeito ontologicamente delincente.

A Criminologia tradicional construiu, com esse discurso, a ideologia penal dominante em relação às funções da pena,² sobretudo da pena de prisão, e aos seus destinatários, os indivíduos definidos como “perigosos”, daí porque eu vou referir-me, aqui, a um defensivismo periculosista, a uma ideologia defensiva-periculosista significando uma

² Esta ideologia das funções da pena é parte integrante daquela que Alessandro Baratta denominou “ideologia da defesa social”, que legitima a totalidade do funcionamento do sistema penal e não apenas a prisão. A respeito ver BARATTA, 1997.

ideologia que vai simbolizar, para o senso comum dos operadores do Direito e da sociedade, que ela de fato coconstitui, que a prisão nos defende do crime na medida em que ela é capaz de nos devolver o criminoso normalizado. Entra, assim, para a história do Ocidente um grande mito, o mito da ressocialização, da recuperação do delinquente por intermédio da prisão, um mito que nunca mais sai de cena. Está fundada uma das maiores e mais resistentes mitologias do mundo ocidental. Doravante, a pena da prisão se justifica e se legitima em nome da retribuição, da prevenção geral e da prevenção especial; ela também será vista como um signo de evolução e progresso porque se vê na prisão um método humanista que significou um progresso em relação às punições suplicadoras no mundo medieval.

A segunda resposta sobre a fundamentação histórica da prisão, vai ser uma resposta deslegitimadora. É necessário dizer, entretanto, que a deslegitimação da prisão não é nova, ela acompanha o próprio nascimento da prisão. Nós podemos perceber que desde as suas origens a prisão teve paralelamente um discurso deslegitimador da sua existência, negando que cumprisse estas funções declaradas. Mas existe um eixo de deslegitimação, que vou chamar de deslegitimação materialista, que é um eixo que se desenvolve desde finais da terceira década do século XX, junto à Escola de Frankfurt a partir da obra seminal de Rusche e Kirchheimer (Pena e estrutura social), que será retomada e desenvolvida por Michel Foucault (Microfísica do poder e Vigiar e punir), Melossi e Pavarini (Cárcere e fábrica),³ constituindo uma matriz da Criminologia crítica⁴.

Esse eixo materialista vai nos dizer o seguinte: as teorias da pena são abstratas porque tratam da pena em abstrato e a pena em abstrato não existe. O que existe são métodos punitivos concretos, e cada estrutura social descobre e reproduz, coloca em prática, o(s) método(s) punitivo(s) adequado(s) às suas forças produtivas e às suas relações de produção porque a função dos métodos punitivos é precisamente coconstituir e reproduzir a estrutura social que lhe corresponde: daí a conexão funcional existente entre pena e estrutura social.

A prisão é a pena por excelência do capitalismo e sua função é conservar e reproduzir a ordem social capitalista (no Brasil amalgamada com elementos da ordem escravocrata) e a desigualdade de classe que lhe é própria, sendo, portanto, um mecanismo de controle de classe, complementar a outros mecanismos de controle social informal que lhe dão sustentação, como o mercado de trabalho e a educação. Isso significa afirmar que a prisão, como todos os outros métodos punitivos, é um método histórico e contingente, e, portanto,

³ RUSCHE, KIRCHHEIMER, 1984; MELOSSI, PAVARINI, 1987; FOUCAULT, 1987.

⁴ BARATTA, 1997; PAVARINI, 1988; PLATT, 1980; TAYLOR, WALTON, YOUNG, 1990.

não é um método ontológico; ela vai durar como tal, enquanto durar a sua funcionalidade na estrutura social capitalista.

A prisão fica, nesse segundo eixo de resposta, definida como um mecanismo de controle de classe, sendo complementar a outros mecanismos de controle social informal que lhe dão sustentação, como o mercado de trabalho e a educação. Isso significa afirmar que a prisão, como todos os outros métodos punitivos, é um método histórico e contingente, e, portanto, não é um método ontológico; ela vai durar como tal, enquanto durar a sua funcionalidade na estrutura social capitalista.

Advém daí a contradição estrutural entre as funções declaradas (pelo discurso penalógico, criminológico e jurídico oficiais) e as funções latentes e reais ou realmente cumpridas pela prisão: a declaração de combate à criminalidade, por meio da retribuição, intimidação e “re”(socialização, adaptação, inserção) não é mais do que o discurso legitimador e o simbolismo sob o qual se instrumentaliza, ideologicamente, a construção seletiva dos criminosos.

A função real da prisão, nesse segundo eixo deslegitimador, não é, desta forma, o combate à criminalidade, por meio da ressocialização, do castigo e da intimidação, é a construção dos criminosos, é a fabricação seletiva dos criminosos.

Essa construção social do criminoso (“inimigo interno”) ocorre de forma desigual, e a esta desigualdade a Criminologia da reação social e crítica chamou de seletividade, que aparece como lógica estrutural de funcionamento do sistema penal, no qual a prisão ocupa um lugar fundamental porque a prisão vai estigmatizar e perpetuar (“marginalização secundária”) os indivíduos selecionados e rotulados como criminosos pelo sistema penal e assim aprisionados, no *status* social do qual eles provêm, regular e massivamente dos baixos estratos sociais (“marginalização primária”), e a evidência empírica da seletividade no mundo ocidental fica clara com a observação da clientela da prisão.

E então nós perguntamos: para quem servem efetivamente as prisões no mundo ocidental e no Brasil? Esta pergunta se responde, com clareza, a partir da realização dos censos penitenciários brasileiros (elaborados desde o ano de 1994) que visibilizaram estatisticamente o perfil dos criminalizados no Brasil.

Não gosto de estatísticas, porque elas nos ensinam a contar vidas humanas matematicamente, roubando-lhes a biografia e a história. Entretanto, quando produzidas com seriedade cognitiva e usadas com responsabilidade ética são um poderoso instrumento de aproximação (não retratação) da realidade empírica. Ainda que as estatísticas brasileiras

sejam instrumentos precários, elaborados com dificuldades e deficiências, a própria empiria das prisões brasileiras, recentemente retratada na CPI do sistema penitenciário,⁵ fala por si só.

A seletividade do sistema penal brasileiro alimenta-se, regra geral, da criminalização dos crimes patrimoniais, das condutas contra o patrimônio, nuclearmente furto e roubo, simples e qualificado, sucedidos depois pelos crimes contra a pessoa e a dignidade sexual, com estes últimos fechando a dialética do capitalismo com o patriarcado (capitalismo patriarcal, contemporaneamente deslocado do capitalismo industrial original ao capitalismo globalizado).

O outro núcleo-chave da seletividade é a criminalização das drogas, notadamente do tráfico (sobre a qual eu precisaria de mais de tempo para expor, pela sua importância), o que é uma escolha da Política criminal norte-americana e não nossa; ela é, junto com a tradicional criminalização da pobreza por crimes patrimoniais, o núcleo duro da seletividade do sistema penal no mundo ocidental. Em verdade, as estatísticas sobre quem são os criminalizados, que povoam as prisões do mundo ocidental, deixa-nos uma realidade muito dramática. Poderíamos apagar basicamente toda legislação penal existente se deixássemos esses crimes, esse núcleo duro, com uma pequena constelação que incluiria homicídios, lesões corporais, estupros, e mais alguns delitos; com isso o sistema penal funcionaria de acordo com a sua lógica desigual, sem recurso aos restantes crimes.

Em conclusão, a seletividade do sistema penal no capitalismo se alimenta, conforme estatísticas disponíveis, notadamente dos crimes patrimoniais tradicionais (furtos e roubos, simples e qualificados), criminalizações sucedidas pelos demais crimes patrimoniais contra pessoa e sexualidade, e a criminalização das drogas, notadamente do tráfico nacional e internacional, associada ao terrorismo e à migração (no capitalismo central) e ao aprisionamento cautelar (antecipado e justificado em nome do risco da criminalidade). Tais são as criminalizações típicas do capitalismo globalizado neoliberal, ou seja, do nosso atual momento planetário de poder do capital, que tem também levado mulheres para parir seus filhos na prisão. Deve ser dito que a criminalização do tráfico é também a responsável pela ascensão da criminalização feminina no mundo ocidental, e esta lógica também é visível nas periferias latina e brasileira.

Temos, portanto, duas respostas em relação ao surgimento e desenvolvimento da prisão: a das funções declaradas e a das funções reais, que, quando contrastadas, mostram-nos que a prisão funciona com uma eficácia invertida (ela não “combate”, ela “constrói” o

⁵ CPI do sistema carcerário, 2009

criminoso e a criminalidade), o que significa: (a) do ponto de vista instrumental, a prisão é um fracasso, porque não consegue combater a criminalidade, tanto que há três séculos nós estamos girando em torno do mesmo discurso da prisão lutando contra a criminalidade; (b) do ponto de vista das suas funções não declaradas, a prisão é um sucesso, ela vem-se reproduzindo satisfatoriamente bem porque os índices de criminalização da pobreza, como vamos sustentar agora, não cessam de se reproduzir.⁶

Muito bem. Então, a primeira conclusão sobre a deslegitimação da prisão é a conclusão da eficácia invertida da prisão e dos danos que a prisão produz, não apenas para os criminalizados, mas para todos os envolvidos nela, sejam trabalhadores, sejam familiares, (especialmente mães e mulheres em geral) de prisioneiros, sejam inocentes.

O confinamento prisional é um problema de graves proporções e consequências para todos os envolvidos. E já é tão vasto o acúmulo teórico e empírico sobre os efeitos nocivos da prisão, que o horror prisional está definitivamente no centro da deslegitimação. E por que ela funciona de maneira invertida? É que a prisão inverte todos os princípios declarados em relação ao seu funcionamento, a começar pelo princípio da presunção de inocência; é por isso que a execução penal, que é o lugar de construção e estigmatização de criminosos dos baixos estratos sociais, é um mecanismo de marginalização secundária que reproduz marginalização primária. Os princípios garantidores não são cumpridos, as garantias dos direitos humanos não são cumpridas, em relação aos criminalizados, não é pela inexistência de infraestrutura ou por qualquer disfunção, mas, ao contrário, pela existência de uma lógica estrutural: a inconstitucionalidade é aberta.

A Prisão na Periferia Latino-Americana e A Continuidade do Suplício Sobre os Corpos: Da Seletividade à Crueldade, à Tortura e ao Extermínio

Na América Latina, a deslegitimação da prisão advém, como têm demonstrado incessantemente alguns criminólogos, como Zaffaroni, dos próprios fatos, e o fato empírico mais deslegitimante das prisões latino-americanas, incluindo a prisão brasileira, é a crueldade, a tortura e a morte⁷; ou seja, na América Latina, a Criminologia crítica tem demonstrado que há uma dose muito maior de violência no aprisionamento, e que esta violência tem que ver com as condições históricas concretas da nossa formação social e econômica. Aqui, a violência contra os corpos nunca saiu de cena, sobretudo, contra os corpos negros e pobres

⁶ FOUCAULT, 1987; ANDRADE, 1997, 2003, 2012.

⁷ ZAFFARONI, 1991.

das periferias brasileiras. Aqui, na periferia, a lógica da punição é simbiótica com a lógica genocida, e vigora uma complexa interação entre pena de prisão como pena oficial (com as suas funções nobres declaradas) e pena informal de morte, por dentro da prisão. Executam-se penas com crueldades extremas, tortura e morte, vale dizer, com inversão constitucional em ato, penas cruéis, difamantes, e pena de morte em tempo de paz.

Assim, deve ficar claro, para nós, operadores do direito, que a degradação do aprisionamento latino-americano, sobretudo brasileiro, é também de nossa responsabilidade, e que condenar alguém hoje com pena de prisão é condenar alguém à pena de risco de morte indireta. E o que dizer da prisão cautelar, que se consolidou na América Latina, e que a lei das cautelares agora vai tentar enfrentar? O que a Criminologia latino-americana está tentando nos dizer, então, é que aqui na periferia a deslegitimação da prisão é muito mais acentuada, que em sociedades como o Brasil, com uma secular tradição de extermínio como mecanismo de controle social, os corpos, sobretudo de pobres e negros das marginalizadas e conflituosas periferias urbanas ou das zonas rurais, ainda que infantis e juvenis, nunca saíram de cena como objeto de punição.

Quando vamos ler Foucault, por exemplo, temos que ler com extremo cuidado o deslocamento que Foucault trabalha, em relação à punição moderna europeia e sobretudo francesa, deslocamento do corpo para a alma, porque a tradição punitiva brasileira atesta, antes e depois da prisão, uma continuidade, antes que uma ruptura com a infligência de dor corporal, que se dá por dentro da prisão.

A pergunta que eu me faço é: como pudemos ter chegado até aqui? Como continuamos consentindo, sobretudo o Estado constitucional, na existência dessas prisões? Entretanto, deve-se igualmente dizer que a barbárie prisional tem chamado a atenção do mundo oficial, das Nações Unidas, da Anistia Internacional; tem chamado a atenção do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ou seja, tem gerado todo um movimento de resistência (o seu “alter”), felizmente destinado a dizer “não”, e protagonizado por promotores, juízes, operadores corajosos, como em Santa Catarina, onde recentemente foi interditada, e a seguir demolida, uma instituição torturadora e genocida, chamada (só poderia sê-lo eufemisticamente) de Centro “Educativo” São Lucas, de controle da infância e da juventude. Trata-se de uma prisão exterminadora, que foi interditada pela coragem de um exaustivo e perseverante trabalho de pesquisa e denúncia das promotoras Leda Maria Hermann, Márcia Aguiar Arend e da magistrada Ana Cristina Borba Alves, com o apoio de psicólogas, assistentes sociais e depoimentos comoventes dos adolescentes confinados e maltratados naquela Instituição. No limite da barbaridade, exposta pela própria mídia

regional, a instituição foi, na sequência, demolida por ato solene do Governo do Estado de Santa Catarina, o qual presenciei.

O que estou dizendo é que nós herdamos um modelo prisional, do centro para a periferia, de uma realidade diferente da nossa, e que quando este modelo foi recepcionado aqui produziu uma funcionalidade específica, mais violenta, e nós continuamos olhando esta pena de prisão com o olhar do centro do mundo. Somos latino-americanos, somos colônia, somos periferia, mas nos consideramos europeus porque enxergamos nossa realidade com olhar eurocêntrico. Entretanto, aqui nós temos que fazer a leitura da nossa sociedade, da perspectiva do que muito bem foi colocado por Zaffaroni: da perspectiva do realismo jurídico-penal marginal, latino-americano e brasileiro⁸.

Muito bem. Da criminalização seletiva e estigmatizante ao extermínio (nunca esqueçamos Carandiru), o processo de deterioração prisional chegou a um limite tão extremo que a literatura passou a falar de perda de sentido da prisão⁹, da existência de um projeto exterminador deliberado do Estado brasileiro, sobretudo do povo negro, desde o período pós-abolição da escravatura, que passa por dentro da prisão¹⁰ e que se encontra radicalizado no atual capitalismo globalizado sob a ideologia neoliberal.

A deslegitimação da prisão está inserida, portanto, numa dimensão mais ampla, que é a deslegitimação do sistema penal (do modelo punitivo moderno ocidental como um todo) e do Estado, no âmbito de uma estrutura social.

O que o criticismo produziu, o que a Historiografia e a Criminologia da reação social e crítica produziram foi uma certa leitura da crise da prisão e do sistema penal como uma crise estrutural, e não meramente conjuntural, significando que o modelo é que está em cheque, porque a contradição entre o prometido, o descumprido e o realmente cumprido é inerente ao modelo. Entretanto, as funções simbólicas da prisão sobrevivem indefinitivamente, nós continuamos acreditando no “Papai Noel”, acreditando que nós podemos ressocializar, reeducar, readaptar, reinserir, reintegrar (“ideologias re”) por meio da prisão. Esse é o sucesso simbólico da prisão, por dentro do seu fracasso instrumental, e é justamente devido ao sucesso simbólico que nós, senso comum, que nós, operadores do direito, continuamos circularmente portando a ideologia penal dominante; continuamos acreditando no “Papai Noel” e o que então se segue à desconstrução do criticismo é um horizonte de políticas criminais alternativas.

⁸ ZAFFARONI, 1991

⁹ HULSMAN, 1993

¹⁰ FLAUZINA, 2008

O Horizonte Político-Criminal Tripartite

O horizonte da política criminal que se segue como desdobramento da deslegitimação e da crise estrutural do sistema é um horizonte político-criminal que transita entre o minimalismo-garantismo e o abolicionismo, discutindo metodologias de redução e abolição da violência punitiva, e sua substituição por mecanismos não violentos de respostas a problemas e conflitos sociais.

Esse tema é de uma gigantesca complexidade, mas eu gostaria apenas de pontuar três ou quatro questões, que vou usar na minha argumentação.

O campo, então crítico, da política criminal, é ocupado por dois eixos; no entanto, nós temos que ter clareza de que o abolicionismo e o minimalismo no singular não existem. Para mapear esse campo eu tenho classificado diferentes formas de abolicionismo e minimalismo. O abolicionismo se desenvolveu como teoria e como movimento teórico. Os principais representantes no centro do mundo são Louk Hulsman, Thomas Mathiesen, Nils Christie, Sebastian Scherer, e no Brasil tem representantes importantes como, entre outros, Edson Passetti e o Grupo Nu-Sol, Maria Lúcia Karam, Nilo e Vera Malaguti Batista.

O que o abolicionismo coloca em xeque? O foco das críticas abolicionistas é a necessidade de ultrapassagem do modelo e da cultura punitiva em vigor, especialmente a instituição da prisão. Então, o debate abolicionista está fundamentalmente preocupado com a construção de alternativas à pena e à prisão (e não apenas com penas alternativas), com a construção de modelos não violentos como resposta positiva às situações definidas como problemáticas. O abolicionismo é uma literatura pouco lida, acredito, no Brasil, mas muito satanizada porque se acredita que a prisão é a simbologia da nossa segurança. Como os muros da prisão simbolizam a nossa segurança “contra” a criminalidade, então sentimos os nossos corpos e os nossos bens seguros na medida em que imaginamos que o suposto “perigo” representado pela criminalidade está encarcerado (ainda que só o esteja simbolicamente).

Há, dessa forma, uma enorme resistência ao próprio debate abolicionista porque ele parece furtar as nossas certezas e ilusões de segurança, mas o abolicionismo é o mais importante debate sobre controle social feito no mundo dito pós-moderno; o abolicionismo valida muitas formas alternativas de controle social, que vão desde a descriminalização e a despenalização até a construção alternativa dos problemas como modelos conciliatórios, terapêuticos, pedagógicos, indenizatórios, restaurativos etc. Toda denúncia de que o sistema

penal não olha as vítimas, de que o sistema penal expropria as vítimas dos seus próprios conflitos, de que o sistema penal não produz nenhuma positividade sobre as vítimas porque só foca o criminoso (o “mal”), satanizado, vem do abolicionismo. Diversos modelos de práticas restaurativas, incluindo a mediação, vêm-se consolidando na confluência do abolicionismo com a Vitimologia, além da influência das teorias comunitaristas e das práticas aborígenes.

Simultaneamente ao abolicionismo, desenvolveu-se uma linha político-criminal que a literatura passou a chamar de minimalismo, que também não é monolítica, muito pelo contrário, é bastante heterogênea. Existem diferentes minimalismos, e eu os tenho distinguido em três eixos:

1. minimalismos como meio para o abolicionismo: eu situo neste campo os principais modelos contemporâneos de política criminal abolicionista-minimalista, que estão contidos, por exemplo, nas obras de Alessandro Barata e de Eugênio Raúl Zaffaroni;

2. minimalismo como fim em si mesmo: que sintetiza a idéia de que o sistema penal e a prisão estão deslegitimados, mas passíveis de relegitimação. Trata-se de uma linha menos radical, na qual citaria a obra de Luigi Ferrajoli;

3. minimalismo como reforma ou reformismo minimalista: que é o que se desenvolve concretamente, empiricamente, na sociedade, e que se desenvolve no Brasil, a partir da década de 1980, sob a declaração do princípio da intervenção penal mínima, o qual vou focar daqui a pouco. Todos esses eixos estão associados com a perspectiva garantista.

Então, abolicionismos e minimalismos perfazem o horizonte da política criminal contemporânea, sendo, a um só tempo, coconstitutivos da deslegitimação do sistema penal e de respostas à deslegitimação que nos dizem como devemos caminhar doravante: devemos caminhar com menos pena, esta é a mensagem básica; pena é violência e dor, quanto mais uma sociedade precisa de pena, e a utiliza, menos democrática ela é.

O Eficientismo Penal Neoliberal na Intersecção entre Deslegitimação e Expansão

A questão a ser respondida, na sequência, é: o que sucede ao criticismo criminológico e político-criminal, no mundo ocidental?

Se o criticismo domina o campo criminológico desde a década de 60 até a década de 80 do século XX, na virada da década de 80 para a década de 90, nós temos uma reação que é a emergência e a consolidação do chamado efficientismo penal (que nós conhecemos como movimento de lei ordem), ou seja, um eixo de controle penal e de política criminal que vai

postular o inverso, a saber, a maximização do controle penal, com a consolidação do chamado “Estado penal”¹¹, com o agigantamento do policiamento e do encarceramento, ao proclamá-los como caminho único em face do “aumento dos índices da criminalidade”. O eficientismo se consolida, então, como o modelo de controle penal correspondente ao capitalismo neoliberal, que domina o mundo ocidental na virada da década de 80 para a década de 90, com absoluta hegemonia em relação às políticas criminais alternativas, decorrentes do abolicionismo e do minimalismo (e também de uma deslegitimação intrassistêmica da pena de prisão, que é feita pela própria ONU, a partir da Segunda Grande Guerra Mundial).

Globalizando-se como movimento contemporâneo dominante em matéria de controle penal, o eficientismo culmina por fortalecer no limite, relegitimando-a, a pena de prisão deslegitimada. Destarte, a crise contemporânea do sistema penal é uma crise estrutural de legitimidade agravada por uma crise de expansão. O sistema penal e, sobretudo, a pena de prisão estão deslegitimados, não cumprem as funções oficialmente declaradas, mas as funções declaradas seguem produzindo efeitos simbólicos, gerando a ilusão de que por meio deles se pode combater a criminalidade. Consequentemente, segue-se acreditando no Papai Noel e pedindo mais sistema penal e prisão, mais do mesmo, porque estamos alimentados por uma cultura punitiva revigorada, por uma cultura do medo e da insegurança, num contexto de capitalismo neoliberal excludente, num contexto em que a pobreza se fez exclusão em que nós vemos o processo social, mais do que nunca, a partir das lúpus do maniqueísmo: “nós” vamos nos salvar na medida em que os outros (perigosos) possamos neutralizar.

Mais do que nunca tem espaço simbólico para o conceito de criminalidade positivista reatualizado pelo eficientismo penal com as armas da revolução tecnológica e entre essas armas está uma mídia imperial que assumiu não só a gigantesca relegitimação (simbólica) do encarceramento contemporâneo, mas, como vem demonstrando a criminologia brasileira, assumiu verdadeiras funções (instrumentais) executivas, típicas do próprio sistema penal: ela investiga, denuncia, processa, condena e estigmatiza antes da criminalização oficial do sistema penal.

Então a mídia é o grande amálgama (simbólico e instrumental) de uma sociedade que se faz opinião pública amedrontada, que legitima, mais do que nunca, uma prisão barbarizada, no entorno da qual morrem não apenas os criminalizados (controlados), mas os controladores, os operadores do sistema, os familiares, ou seja, a prisão vai multiplicando as suas vítimas. E a criminalização das drogas, notadamente do tráfico, que é o substituto, na configuração de

¹¹ Denominação cunhada por WACQUANT (2007) ao descrever este processo nos Estados Unidos da América, que constitui sua matriz.

poder planetária contemporânea, do antigo comunismo, que representa, depois do fim da Guerra Fria, a escolha norte-americana de política criminal planetária, ou seja, a escolha de uma guerra que não é nossa, mas pela qual estamos pagando o preço com a morte dos nossos criminalizados. Eu tenho convicção de que o maior desafio contemporâneo para enfrentar o gigante punitivo é a descriminalização radical das drogas.

Antes de chegar lá, quero colocar, então, que nós vivemos uma crise do sistema penal e, sobretudo, da prisão, que é uma crise de legitimidade. A prisão está deslegitimada, mas ela se expande sob o modelo neoliberal, sobretudo norte-americano (a política de tolerância zero é a principal matriz do Eficientismo) produzindo-se um “ornitorrinco” punitivo, usando a metáfora que Francisco de Oliveira utilizou para descrever a sociedade brasileira.

Pois bem, o horizonte da política criminal contemporânea é, então, um horizonte extremamente ambíguo: de um lado, um movimento de minimização e abolição da pena, de alternativas à pena, e, simultaneamente, em tensão com ele, um movimento de expansão punitiva, que se configura como um Estado penal (como denunciou Løic Wacquant), como uma indústria do controle do crime (como denunciou Nils Christie), altamente lucrativa nos Estados Unidos da América, como uma sociedade e uma mídia punitiva, que lucram intensamente com a mais-valia da dor.

O eficientismo precisa de um tripé punitivo (Estado-mercado-mídia), e precisa, enfim, de uma sociedade punitiva: todos nós em frente à televisão pedindo pena (se possível de morte) para esses bandidos que desde o início do capitalismo afetam a segurança dos nossos corpos e do nosso patrimônio; nunca será demais lembrar que “bandido bom é bandido morto”.

O eficientismo vem produzindo um deslocamento que é o seguinte: a ressocialização segue sendo um símbolo de justificação da prisão, a gente sabe que ela não ressocializa, tem sessenta anos de páginas escritas sobre isso, mas é um Papai Noel que está sempre pronto a distribuir presentes simbólicos. Ao mesmo tempo, a prisão vai ficando cada vez mais fechada e com menos garantias – pelo menos para a sua clientela habitual –, e o ideal de reabilitação vai sendo substituído por um ideal de neutralização.

Entre o discurso declarado e a funcionalidade real, a prisão vai contraditoriamente se tornando o que sempre foi, ela vai ficando nua, porque o que interessa hoje é “neutralizar” a exclusão social. Como diria Zigmunt Bauman¹², “que eles (os criminalizados) fiquem lá”, e por isso as garantias para eles podem ser cada vez menores. O eficientismo penal implica um

¹² BAUMAN, 1999.

deslocamento da ressocialização à neutralização, da prevenção especial positiva à prevenção especial negativa.

Horizonte Político-Criminal na Sociedade Brasileira da Redemocratização: Ambiguidade Metódica *Versus* Unidade Funcional

Como se coloca esse campo no Brasil? Como se coloca esse campo de ambiguidade e tensão?

Esse campo se coloca inteiramente, ou seja, com o nosso alinhamento ao neoliberalismo, com a nossa inserção na globalização neoliberal do capitalismo, este campo político-criminal tenso e ambíguo se coloca inteiramente: de um lado, construiu-se no Brasil um eixo minimalista; simultaneamente, construiu-se no Brasil um eixo de controle penal maximalista e eficientista. Estes dois eixos começam a se construir no Brasil no período de redemocratização. A redemocratização é um marco de construção de um controle penal ambíguo na sociedade brasileira, e a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, é matriz desta ambiguidade porque ao mesmo tempo em que a Constituição postula um controle penal dentro das mais rigorosas garantias penais e processuais penais prevê várias formas de recrudescimento repressivo; basta lembrar a inafiançabilidade dos crimes de racismo, a previsão da criação dos crimes hediondos (que foi uma das mais hediondas das leis penais brasileiras), o tratamento dado ao tráfico ilícito de entorpecentes etc. Vamos então recapitular, pois todos conhecemos o campo.

A construção do eixo minimalista, no Brasil, inicia-se então no período de redemocratização, que é o período marcado pela transição do modelo de controle penal baseado na ideologia de segurança nacional para o modelo de controle baseado na ideologia de segurança pública, e cuja primeira grande reforma produzida foi a reforma penal e penitenciária de 1984 (Leis nº 7.209/1984 e nº 7.210/1984), seguida da reforma que implantou os Juizados Especiais Criminais, nacionais e depois federais, da segunda lei que ampliou o leque das penas alternativas (Lei nº 9.714/1998), da criação, em 2000, do programa nacional do Ministério da Justiça de fomento às penas e medidas alternativas, e, recentemente, da reforma das cautelares (instituída pela Lei nº 12.403/2011), que vou comentar daqui a pouco.

Esse é o eixo da intervenção penal declaradamente mínima, que se construiu mediante algumas funções declaradas. Vamos verificar a reforma penal de 1984. Qual foi a função declarada da reforma penal de 84, que implantou as chamadas penas substitutivas ou alternativas à prisão? Essa reforma pretendeu dar uma resposta à pressão das estatísticas

oficiais, que indicavam incessante aumento da criminalidade e da reincidência, e dar uma resposta, portanto, à ineficácia da pena da prisão para ressocializar os criminosos, invocando as penas alternativas como uma resposta mais humanista de criminalização e mais apta a cumprir as funções declaradas que a prisão não vinha cumprindo, com a pretensão de conter, ao mesmo tempo, o já grave problema da superlotação carcerária. Essa e as sucessivas reformas declaradas minimalistas vão manter o que eu chamo de um *continuum* discursivo, que é o seguinte: ao pretender produzir impacto, diminuindo a centralidade da prisão e cumprindo funções que a prisão não vinha cumprindo, vão traçar uma distinção clara no Brasil, que é uma distinção entre criminalidade grave e leve. Esse é o discurso que está na exposição de motivos das reformas que eu citei: por um lado, criar penas não estigmatizantes, de maneira a promover uma maior readaptação e enfrentar o problema da superlotação, baseando-se no pressuposto de que a criminalidade grave deveria ser deixada para o sistema penal duro enquanto as reformas se ocupariam da criminalidade leve.

A segunda lei das penas alternativas (Lei nº 9.714/1998) alterou os requisitos de aplicação das penas alternativas e possibilitou que elas fossem aplicadas a autores de crimes de furto e tráfico. O sistema de justiça reagiu com sucessivas decisões, questionando “como” criminosos perigosos, ladrões e traficantes (então criminosos “hediondos!”) poderiam ser beneficiados com penas alternativas? Nesse contexto, verificou-se uma gigantesca resistência à aplicação das penas alternativas nessas hipóteses, precisamente porque os operadores do sistema de justiça falam, predominantemente (não exclusivamente), em nome da ideologia defensivista periculosista a que fizemos referência: esses criminosos são estereotipados como aqueles portadores de perigo para a sociedade, então não podem ser beneficiados pelas penas alternativas, tanto que, na sequência, a lei de entorpecentes ampliou a pena mínima do tráfico de drogas, extinguindo a (polêmica) possibilidade de os seus autores serem “beneficiados” com penas alternativas.

Vou deixar para daqui a pouco uma avaliação da eficácia das funções declaradas das penas alternativas e vou passar ao segundo eixo. É que, simultaneamente à linha minimalista e suas funções declaradas, segue-se no Brasil a hegemonia do eficientismo penal traduzido num intenso movimento criminalizador e penalizador. Ao tempo em que a prisão era declarada como a pena em *ultima ratio*, em que se fortalecia a idéia de uma intervenção penal mínima, e em que se pretendia intervir sobre a criminalidade leve, sobrevinha a revitalização da prisão para a criminalidade tida como grave. A distinção entre criminalidade leve e grave nunca foi, entretanto, obtida a partir de um debate consequente e amadurecido, nunca foi um debate enfrentado pelo reformismo brasileiro; a distinção foi sendo firmada pelos critérios (objetivos

e subjetivos), pelos limites da pena definidos a cada reforma para inclusão e/ou exclusão dos benefícios (penas, juizados etc.). Foi, então, construindo-se no Brasil uma bifurcação, que, usando uma linguagem proposta por Stanley Cohen¹³, podemos chamar de bifurcação branda e dura. De um lado, uma bifurcação dura, traduzida num modelo de aprisionamento cada vez mais longo, fechado, acautelatório e antigarantista, traduzido numa maximização de pena *versus* minimização de garantias para os criminosos ditos graves (lei da prisão temporária, crimes hediondos, RDD); de outro lado, e simultaneamente, uma bifurcação branda, traduzida numa minimização da pena *versus* maximização dos benefícios para os criminosos ditos leves, médios.

Limites e Potencialidades do Alternativismo: Das Penas Alternativas às Alternativas às Penas no Brasil

É nesse contexto que nos cumpre avaliar quais são os limites e as potencialidades das penas alternativas e das alternativas às penas, e vou fazê-lo tomando por referência o documento que nos foi entregue, aos palestrantes do evento, contendo a avaliação oficial das penas alternativas pelo próprio programa nacional de fomento às penas e medidas alternativas, criado pelo Ministério da Justiça, no ano de 2000. Este documento, que é uma síntese, um balanço do que tem sido o esforço institucional do governo no sentido de produzir um campo alternativo mais democrático e menos violento de controle, concede-nos um excelente mote de avaliação.

Instalado em setembro de 2000, e sendo o primeiro programa do Ministério da Justiça criado para fomentar penas e medidas alternativas, nasceu em um contexto que, apesar da existência decenária da primeira lei das penas alternativas, sua aplicação permanecia muito precária; poucas eram as localidades brasileiras onde existiam redes criadas para o encaminhamento de prestadores de serviço ou para o monitoramento de execução dessas penas, o que provocou o fenômeno da banalização da aplicação da cesta básica e da inferiorização do próprio modelo dos Juizados Especiais.

Ao mesmo tempo, prestem bem atenção, continuava-se registrando “notável resistência das autoridades para a aplicação dessas sanções”. Este aspecto, que já referimos aqui, está também demonstrado em todas as nossas pesquisas. Na Universidade Federal de Santa Catarina, orientei várias pesquisas que mostraram isso, que o alternativismo produziu a

¹³ COHEN, 1998

legislação, mas nós não conseguimos, ao longo de todo esse tempo, um Judiciário vocacionado para a aplicação das penas alternativas, justamente porque, em face da emergência de uma cultura do medo, de uma demanda gigantesca de criminalização, fortaleceu-se, mais do que nunca, a ideologia e o senso comum defensivista-periculosista, de que são portadores os nossos operadores do sistema de justiça e o senso comum, de que as penas alternativas não têm eficácia punitiva.

Esse elemento simbólico é chave para entender que não basta alterar a palavra da lei, sem alterar simultaneamente a cultura e a ideologia punitiva. Mas vamos adiante. É corretíssima essa avaliação: diante desses indicadores é que as penas alternativas permaneciam lá, como enunciou a exposição de motivos em 1984, muito tímidas e muito timidamente deveríamos avançar, como toda iniciativa “ousada” deve ser, neste campo.

O programa governamental tencionava, assim, alavancar a aplicação das penas alternativas, rompendo com a sua histórica timidez. Então, os esforços desenvolvidos pelo Ministério da Justiça concentraram-se em: (a) criar estruturas para viabilizar a execução das penas e as medidas alternativas; e (b) promover a sensibilização das autoridades do sistema de justiça criminal, para aplicá-las.

Desta forma, o programa conseguiu que fossem alavancadas as alternativas, conjugando esforços que tiveram como consequência o aumento dos serviços públicos voltados para a sua implementação, nas unidades da Federação brasileira: de quatro núcleos de penas e medidas alternativas, instalados antes do ano 2000, saltou-se para mais de trezentas centrais de penas e medidas alternativas e vinte varas especializadas na execução das restritivas de direito. Notou-se também aumento progressivo na execução desse tipo de sanção, que saltou de 80.843 transações ou suspensões condicionais de processos e 21.560 condenações e penas alternativas, em 2002, para, respectivamente, 544.799 e 126.273, em 2009.

O programa alavancou de fato a aplicação das penas alternativas, e aqui fica o meu apelo: pela crise de legitimidade que experimentam e pela inconstitucionalidade de que se revestem, não dá mais para aplicar pena de prisão mecanicamente; faz quase duas décadas que as alternativas estão plasmadas na lei penal, vamos aplicá-las com vigor. Entendo que uma vida que nós consigamos poupar das prisões é um ganho. Uma biografia humana que nós consigamos salvar da prisão é um ganho, uma história de vida é um ganho, então, para mim, as penas alternativas foram desde sempre um ganho, uma biografia salva é um ganho, porque a atuação dos operadores do direito não se dá em um nível macro, mas em nível micro. Nós não podemos lutar contra o capitalismo ou contra as desigualdades em bloco, mas podemos

lutar contra as vulnerabilidades à criminalização e à estigmatização a que estão expostos os autores pertencentes aos baixos estratos sociais, ou seja, podemos lutar contra a seletividade em nível micro e, em nível micro, uma vida poupada da prisão é um ganho.

No ano em que o programa implementado pelo Ministério da Justiça completou dez anos de existência, o modelo de monitoramento psicossocial de penas e medidas alternativas brasileiro foi reconhecido pela ONU como boa prática e a primeira Conferência Nacional de Segurança Pública definiu como “princípio” a necessidade de se privilegiarem formas alternativas à privação de liberdade. Então não há dúvidas acerca da legitimação institucionalizada do eixo minimalista no Brasil: a nossa função é aprofundar, é radicalizar este eixo.

Conforme, ainda, noticia o documento em que estou me baseando, nos últimos anos surgiram diversas inovações na política criminal brasileira que ainda não foram assimiladas pelo programa desenvolvido pelo Ministério da Justiça, como a rediscussão sobre o papel da vítima no modelo de atuação da Justiça Criminal; a evidência de mecanismos diversificados de resolução de conflitos como mediação e justiça restaurativa (legados, como referi, das matrizes abolicionista e vitimológica); a introdução, na legislação brasileira, de novos mecanismos de intervenção de liberdade, como as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha e as medidas cautelares, da Lei nº 12.403; o desenvolvimento de projetos temáticos (muito trabalhados, por exemplo, na obra de Alessandro Baratta, em que intervenção é definida de acordo com o tipo de conduta praticada); enfim, a percepção de que o modo de atuação da polícia e o modelo procedimental adotado pelo sistema de justiça interferem indiretamente nos resultados alcançados no desenvolvimento do programa, apontam caminhos para o aperfeiçoamento da política alternativa à prisão. A estrada percorrida demonstra a superação dos desafios inicialmente impostos para o programa de penas e de medidas alternativas, e a introdução na realidade da justiça criminal brasileira de novos instrumentos de prevenção não privativos de liberdade aponta a necessidade de mudanças dos objetivos traçados até então para a política de alternativas penais.

O que o Ministério da Justiça está a reconhecer é que nós estamos em um momento que é um divisor de águas e que nós precisamos avançar. Concordando inteiramente que o tempo presente é de avançar e de radicalizar o caminho já percorrido, das alternativas à pena para a construção de mecanismos alternativos ao próprio modelo punitivo, aduzo que nós temos que caminhar na direção apontada pelo abolicionismo-minimalista e, neste sentido, tenho preconizado “um pacto político-criminal de descontinuidade”, que parta de uma leitura da crise da prisão, como uma crise estrutural. Por quê? Porque o eficientismo penal, que é o movimento hegemônico, que postula mais prisão e satanização de ladrões e traficantes aqui

no sul do mundo, junto com os imigrantes e os terroristas do norte do mundo, o eficientismo penal se baseia numa leitura da crise do sistema penal como uma crise conjuntural.

Qual crise conjuntural? A visão de crise conjuntural que é sustentada pelo eficientismo e subjaz às suas políticas criminais é a de que se o sistema penal e a pena de prisão não estão sendo eficazes no combate à criminalidade é porque não são suficientemente punitivos, vigorando a impunidade, situação agravada pelas reformas minimalistas, generosas para com os direitos humanos dos bandidos. Se os índices de criminalidade não param de subir, se a sociedade está amedrontada, se os ladrões perigosos não param de assaltar, não param de traficar drogas, nós temos que aumentar a repressão, em todos os níveis do sistema penal, produzindo mais criminalização de condutas (primária) e de pessoas (secundária), criando mais leis penais e agravando as penas das existentes, restringindo garantias, incrementando o policiamento, o Ministério Público, a magistratura, construindo e privatizando mais prisões. Ora, esse discurso tautológico é secular, esse era o discurso do próprio Ferri, para justificar a consolidação do modelo periculosista-defensivista em meados do século XIX, e é o discurso de todos os tempos em que as desordens produzidas pelo capitalismo exigem um endurecimento do controle de tipo penal e legislações de “emergência”.

Para o eficientismo de plantão, portanto, o problema é conjuntural e não estrutural. Nesse sentido, o que tem acontecido com a nossa bifurcação branda, minimalista? Ao que tudo indica, ela tem sido colonizada pelo eficientismo, que tomou conta dela, a pena da prisão expandiu-se tanto, a barbárie prisional, seletiva e genocida, agravou-se tanto, e, sob o impacto da criminalização das drogas no mundo, especialmente do tráfico, foi-se desenvolvendo um sistema acautelatório (de aprisionamento por antecipação, preventivo), a que Zaffaroni¹⁴ denominou “autoritarismo *cool*”, que passa a conviver com o tradicional sistema condenatório: dois terços dos prisioneiros latino-americanos estão aprisionados em regime de prisão preventiva. O eficientismo não se satisfaz com o sistema penal condenatório, cria um sistema cautelar paralelo e, assim, com autorização constitucional e farta legislação penal, as garantias vão sumindo e o aprisionamento vai, tentacularmente, expandindo-se.

Recoloco, então, a questão: o que sucede com a bifurcação branda, com o eixo alternativo e com o eixo da criminalidade considerada leve?

Conforme reconhecido oficialmente em pesquisa do Ilanud (citada em artigo do Dr. Geder Gomes, Vice-Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, publicado nos Cadernos da Conseg¹⁵), as penas alternativas vêm também replicando a

¹⁴ ZAFFARONI, 2007

¹⁵ GOMES, 2009

seletividade do sistema penal, vez que têm sido aplicadas aos mesmos estratos sociais baixos que constituem a sua clientela habitual. Aduzo que também não têm conseguido substituir a pena de prisão para aquele núcleo da criminalização que chamo de núcleo duro da seletividade, por constituir mais de 70% da sua clientela prisional (roubo e furto simples e qualificado, tráfico de drogas, extorsões, homicídio, estupro etc.) incidindo, ainda, sobre os médios estratos sociais, que estavam, por tradição, imunizados do controle penal.

Nós deslocamos para as penas alternativas o mesmo discurso da pena de prisão, transferindo para elas as funções declaradas da prisão (ressocialização, readaptação, reinserção, reintegração, re...), mantendo intocado o código crime-pena, os dogmas e a gramática do modelo punitivo, e este é um problema: nós podemos tratar das alternativas à pena com o mesmo modelo punitivo? Nós podemos medir o sucesso das penas alternativas, por exemplo, com a não reincidência, um conceito totalmente desconstruído pelo conceito de construção social da criminalidade (criminalização) proveniente da criminologia da reação social e crítica?

Dessa forma, por mais bem-intencionada que tenha sido historicamente a linha minimalista no Brasil, por mais que os atores mais humanistas e democráticos do sistema de justiça estejam engajados nela, por mais esforços que estejam sendo empreendidos, por mais vidas que ela tenha salvo da prisão, ela tem emoldurado uma bifurcação paralela à prisão, que não tem conseguido cumprir com as funções declaradas de afetar a centralidade da prisão, ao efetivamente ser usada como pena substitutiva dela, produzindo impacto na superpopulação carcerária, reintegrando e evitando a reincidência. A prisão não apenas continua a pena central, como se alastra e duplica sua “utilidade” (sistema condenatório + sistema cautelar), que tem paradoxalmente ampliado, em vez de minimizado, o controle penal. O Direito penal mínimo acaba paradoxalmente como condição para que o Direito penal continue sendo máximo para a clientela que sempre viveu a simbiose com o cárcere. E isto pelos motivos que já discutimos aqui, seja porque a lei avança timidamente, seja porque o sistema de justiça e os operadores avançam mais timidamente ainda, paralisando ou bloqueando as conquistas legais.

Em qualquer caso, as elites deste país, as elites imundas, a criminalidade do capital, a criminalidade do poder, que produz dano e morte difusamente, que está sitiando a nossa sociedade, permanecem ilesas. Da colônia portuguesa à colônia global, as elites estão completamente ilesas. Os estudos no nosso país mostram que os colarinhos-brancos, verdes, amarelos, rosas, estão imunizados da criminalização. Eu não estou aplaudindo a punição também para eles, eu não sou adepta da tese da compensação da seletividade, eu não acredito em cultura punitiva: eu penso que a cultura punitiva é por essência antidemocrática,

problemática, mas nem todos precisam concordar com isso, eu tenho minhas próprias convicções, o que eu quero reafirmar, ao trazer à cena a face invisibilizada e imunizada da violência, é a necessidade de discutir o que é criminalidade grave no país e os mecanismos decisivos para sua responsabilização.

O desemprego estrutural, o roubo interino do próprio Estado, os desvios milionários de recursos em sistemas orgânicos e organizados de corrupção, que dilapidam o patrimônio público, que assassinam os recursos da saúde pública, que furtam macas dos hospitais deixando idosos entregues à sua própria dor, que sucateiam a educação, que exilam jovens pobres dos seus modestos sonhos, não constituem criminalidade grave? E o que dizer da naturalização com que nós olhamos, de um lado o horror prisional. e de outro o horror das elites criminógenas? Naturalizamos ambos os horrores, continuamos secularmente atrás dos pés descalços para aprisionar, porque são os artífices do medo branco e rico, e aceitamos que pessoas habitem o horror prisional que temos, ao tempo em que naturalizamos ser dilapidados pelas elites e aceitamos ficar à deriva do seu próprio horror, tornado, inclusive, espetáculo midiático, “glamouroso”; nós conseguimos alimentar uma mídia que nos diverte com a criminalidade das elites e nós temos um jargão muito tosco com o qual lhes hipotecamos um aval latente: “tudo vai dar em pizza”.

Qual é a responsabilidade do Estado perante as estruturas criminógenas (das quais ele coparticipa institucionalmente), pelas múltiplas violências e danos difusos e ininterruptos produzidos por um campo de criminalidade não percebida como tal? Certamente tais questões remetem a discussões estruturais, ao caráter criminógeno do capitalismo, do patriarcado, do racismo e de outros tantos ismos, discussões que estão na base da construção da própria Criminologia crítica e que foram abandonadas no espaço público, mas, na raiz, são estas questões estruturais, emolduradas pela atual configuração planetária do poder globalizado, que, em última instância, condicionam nossas impossibilidades de construir um sistema autenticamente alternativo ao controle penal existente: a prisão é um sucesso no cumprimento de outras funções, distintas das declaradas, que explicam sua sobrevivência histórica e atual expansão. E uma delas é precisamente a imunização histórica da violência estrutural e institucional das classes e elites que a simbolizam.

Enfim, quero abordar a importância da Lei das cautelares, uma lei que tocou, a meu ver, num dos eixos do núcleo duro do sistema penal e da seletividade, que é precisamente o aprisionamento cautelar.

Como vimos, o modelo neoliberal de controle penal tem como um de seus núcleos o aprisionamento cautelar, que implica a inversão (aberta) do princípio da presunção da

inocência, ou seja, o sistema está nu e mostra que ele trabalha com o princípio da presunção de culpa, prendendo antes, aprisionando antes da condenação, por tempo expressivo, arbitrário, mantendo os pobres na cadeia para “garantia da ordem pública”, garantia das averiguações, até que finalmente, um dia, “eles” consigam descobrir como é que se acha um advogado, e saiam de lá, para dois ou três anos depois descobrirem, pasmem, que foram absolvidos.

Esse fenômeno da expansão do aprisionamento cautelar (e, muitas vezes, arbitrário) está denunciado numa já vasta literatura; ele representa uma nova onipotência da pena que é a pretensão de neutralizar o “risco” representado pelo crime, que é a grande musa da Dogmática penal contemporânea. O conceito de risco é a base do conceito de inimigo, é a base da imputação objetiva de responsabilidade, é a base da nova dogmática germânica (Jakobs)¹⁶ que se globaliza. Então, a lei das cautelares toca no calcanhar de Aquiles do fenômeno, objetivando limitá-lo, bem como a discricionariedade dos magistrados que o alimentam.

A reforma da Lei nº 12.403/2011 estaria assim vocacionada para interferir sobre a cultura judicial brasileira de ordenar a prisão cautelar dos que são presumidos inocentes pela Constituição Federal, tendo como base a subjetividade do magistrado a respeito da gravidade do fato. O novo art. 309 elenca nove medidas cautelares diversas da prisão para serem aplicadas com prioridade, antes de o juiz decretar a prisão preventiva, que passa a ser subsidiária. A mensagem da lei é, portanto, clara: não é possível prosseguir com tamanha trivialização judicial da prisão cautelar e, neste sentido, está apta a produzir impacto, sim, na superpopulação carcerária. Ademais de outras importantes medidas limitadoras, a lei prevê (a ser regulamentado) um banco de dados para controlar o que tem sido no Brasil incontrolável, que é a quantidade de mandados de prisão expedidos e não cumpridos. Esse é um dos dados mais impressionantes do sistema penal brasileiro: aqui, o suposto “perigoso” condenado está nas ruas, o que é a maior evidência empírica do caráter simbólico da segurança representada pelos muros da prisão. Se nós temos hoje uma clientela em torno de seiscentos mil presos, entre preventivos e condenados (que depois da nova lei não podem mais ficar detidos juntos), devemos ter quantos mandados de prisão expedidos e não cumpridos, o dobro, o triplo? Ou seja, temos uma clientela instrumentalmente aprisionada e temos uma clientela simbólica, virtual, cujo cômputo total constitui o derradeiro incognoscível criminológico do sistema penal brasileiro e a verdadeira cifra oculta da nossa criminalização. Como fazer a hermenêutica de um sistema que parcialmente se revela e parcialmente se esconde? Essa lei

¹⁶ JAKOBS, CANCIO MELIÁ, 2003.

vai, no mínimo, dar trabalho para o operador do direito punitivista, como está dando trabalho para a opinião pública punitivista, para o senso comum punitivista, sobretudo midiático, que, espantado com os novos benefícios para os bandidos, replica que a lei agora legitimou aquele velho efeito gangorra de que “a Polícia prende, o Judiciário solta”.

Utopia abolicionista e metodologia minimalista: as alternativas impactando o núcleo duro da seletividade

O dilema das alternativas é quase insolúvel porque não há alternativas à prisão se nós não produzimos efeito no núcleo duro da seletividade, que é o núcleo duro do capital classista, e racista (criminalização patrimonial e de drogas), ou seja, em mais simples palavras, se as alternativas não substituem as penas (definitivas e/ou provisórias) aplicadas aos crimes de roubo, furto, simples e qualificados, tráfico e similares, que são os crimes responsáveis pela superlotação das prisões, pela estigmatização, pelo retorno dos criminalizados à prisão (chamada de reincidência), bem como hoje pelo sistema acautelatório e, no caso do tráfico, responsável pela expansão da criminalização feminina. Apenas desta forma se poderia afetar a criminalização (desigual) da pobreza de cor, ou seja, a seletividade e a estigmatização seculares dos pobres e negros no Brasil, que são, a meu ver, um dos maiores obstáculos à construção de uma sociedade mais solidária e democrática entre nós.

Então o momento é de avançar. E avançar mudando cultura, ideologia e modelo punitivo, promovendo a mudança cultural dos operadores do direito, do senso comum midiático, que nos doutrina todos os dias com uma ideologia punitiva separatista e exterminadora; mudando, enfim, o controle social simbólico, os símbolos e representações que alimentam o gigante punitivo. Temos que aprender a construir outras respostas, falar outra linguagem, outra gramática e, neste sentido, penso que o melhor caminho é a confluência do abolicionismo como utopia com o minimalismo como metodologia, em curto e médio prazos.

Não tem como produzir tensão nesse sistema, sem ter no horizonte uma utopia abolicionista, e a utopia nada mais é do que aquilo que nos faz caminhar: de uma vida salva da prisão por dia (penas alternativas) à possibilidade de novas e mais positivas respostas aos sujeitos e comunidades envolvidos nos problemas e conflitos, em especial às denominadas vítimas.

Toda a ideia de redefinir o que é crime é bem-vinda, ela é chave na construção dos vários modelos de justiça restaurativa e comunitária em curso, que não veem mais o crime

como a conduta de uma minoria perigosa, de pobres, de andarilhos, mas veem o crime como uma transgressão de uma relação entre pessoas, produtora de traumas e de danos que precisam ser restaurados, e a partir daí nós vamos ingressar nos conflitos e gerenciá-los. É que, sem ingressar no conflito, inexistente possibilidade de solução de conflito e este é precisamente o grande limite do sistema penal e da prisão enquanto metodologia de resposta a problemas: trata-se de uma resposta punitiva (violenta) a pessoas e não a situações de conflitos, e a *posteriori* de condutas (que expressam sintomas de conflitos) sem poder preventivo e resolutório algum. O modelo punitivo não é, em absoluto, um modelo de resolução de conflitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas Mãos da Criminologia*. O controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. Coleção Pensamento Criminológico n. 19.
- _____. Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.
- _____. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria/Editora do Advogado, 1997.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e Crítica do Direito Penal*. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro, Revan, 1997.
- BAUMAN, Zigmunt. Globalização. Rio de Janeiro, Zahar, 1999.
- COHEN, Stanley. Visiones de control penal. Tradução de: Elena Larrauri. Barcelona, PPU, 1988.
- CPI sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. (Série ação parlamentar; n. 384). Disponível em:
< <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701> >
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Corpo negro caído no chão. O sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: contraponto, 2008.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. história da violência nas prisões. Tradução por Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis, Vozes, 1987.
- GOMES, Geder Luiz Rocha. Alternativas penais frente à crise da legitimidade do sistema punitivo. In: 1ª Conferência Nacional de Segurança Pública. *Cadernos Temáticos da Conseg*. Segurança com cidadania nas penas e medidas alternativas. Ano 1, 2009, n. 3, Ministério da Justiça.
- HULSMAN, Louk & CELIS, Bernat J de. Penas perdidas: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro, Luam, 1993.
- JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho Penal Del enemigo. Madrid: Thonson-Civitas, 2003.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Carcel y fábrica: los origenes del sistema penitenciário (siglo XVI-XIX). Tradução por Xavier Massii. México: Siglo Veintiuno, 1987.
- OU Cárcere e fábrica. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2006.
- PAVARINI, Massimo. *Control y dominación*. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Tradução por Ignacio Munagorri. México: Siglo Veintiuno, 1988.

PLATT, Tony. Perspectivas para uma criminologia radical nos EUA. In: TAYLOR, WALTON, YOUNG (Org.). *Criminologia Crítica*. Tradução por Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

RUSCHE, Georg; KIRCHEIMER, Otto. Pena y estructura social. Bogotá: Temis, 1984. OU Pena e estrutura social. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia.

TAYLOR, Ian; WALTON Paul; YOUNG, Jock. *La nueva Criminologia*. Contribución a una teoría social de la conducta desviada. Traducción de Adolfo Crosa. Buenos Aires: Amorrortu, 1990.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de: Vânia Romano Pedrosa & Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro, Revan, 1991.

_____. O inimigo do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WACQUANT, Lóic. *Punir os Pobres*. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. [a onda punitiva]. 3ª ed. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC. Coleção Pensamento criminológico, n.6.