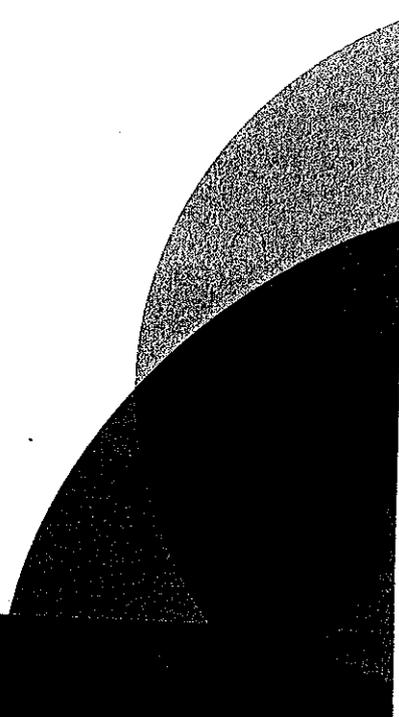


VII CONEPA – Congresso Nacional de Alternativas Penais
Tema – Alternativas penais: a construção de uma política pública

19, 20 e 21 de outubro de 2011
Campo Grande - MS

Brasília-DF
Ministério da Justiça



Ministério da Justiça
Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN
Coordenação Geral do Programa de Fomento às Penas e Medidas Alternativas – CGPMA

Endereço:
Esplanada dos Ministérios, Anexo II, 6º Andar, Sala 621
CEP: 70.064-900, Brasília – DF, Brasil.
Telefone: (+55 61) 2025.3570
Fax: (+55 61) 2025.9347
Página: www.mj.gov.br/depen

Distribuição Gratuita
Editado e Impresso pela Gráfica e Editora Alvorada
Tiragem: 1000 exemplares

**Brasil. Ministério da Justiça.
Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN
Diretoria de Políticas Penitenciárias - DIRPP
Coordenação-Geral de Fomento às Penas e Medidas Alternativas**

**Anais VII CONEPA – Congresso Nacional de Alternativas Penais.
Brasília: Ministério da Justiça, 2011, 1ª edição.**

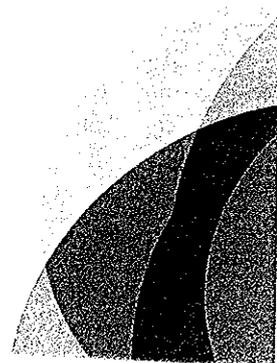
1. Alternativas Penais 2. Sistema Penal

Esta edição foi patrocinada pelo Ministério da Justiça com os recursos do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN.

Organização: Valdirene Daufemback

A transcrição e a tradução desta publicação são permitidas, desde que citadas a autoria e a fonte.

MESA REDONDA IV
INDICADORES E CONSTRUÇÃO DE CENÁRIOS PARA
FORMULAÇÃO DA POLÍTICA DE ALTERNATIVAS PENAIS



O objetivo desta palestra é apresentar a política de alternativas penais a partir de um enfoque muito específico. Trata-se da nova divisão de tarefas entre a lei, a jurisdição e administração pública que a política de alternativas penais propõe. A escolha deste enfoque está intimamente ligada às implicações desta nova política nos indicadores que precisamos construir para avaliá-la. Em outras palavras, precisamos construir outros instrumentos para observar o funcionamento dessa nova política. E a construção desses instrumentos exige uma profunda reflexão sobre o que vou chamar, provocativamente, de “separação de poderes em matéria penal”.

Com a elaboração, ampla difusão e debate da política de alternativas penais, acredito estarmos diante de uma grande oportunidade para conceber *todo* o direito penal de outro modo – e não apenas nossa forma atual de aplicar as medidas e as penas alternativas. Mais especificamente, a política de alternativas penais apresentada no VII CONEPA coloca-nos diante de dois cenários. Podemos vincular as inovações trazidas pela política de alternativas penais às restrições fixadas pelo legislador. Mas podemos também observar esses limites legislativos como decisões políticas contingentes – e que portanto podem mudar - e permitir que as idéias que inspiram esta nova política favoreçam a construção de um novo direito penal.

O caminho que vou percorrer para alcançar esses objetivos divide-se em três etapas. Em primeiro lugar, vou buscar responder à questão “o que há de novo na política de alternativas penais?”. Entre vários fatores que poderiam ser mencionados, destacarei (i) a nova divisão de tarefas entre a lei, o juiz e o gestor público e (ii) a centralidade de um novo ator: o cidadão que violou a lei penal. Em seguida, irei formular duas hipóteses para compreender o impacto da política de alternativas penais no funcionamento das instituições e nos atores do sistema de justiça brasileiro. No primeiro cenário, estaríamos diante de uma *nova política*, mas com *velhas idéias*, isto é, velhas formas de decidir a sanção e de atuar no âmbito de cumprimento da pena. No segundo cenário, diferentemente, estaríamos diante de uma *nova política* com *novas idéias* em matéria de penas. E em relação a este ponto colocarei em destaque a necessidade de revisarmos urgentemente nossa formulação do “princípio da individualização da pena”. Para terminar, vou apresentar alguns apontamentos iniciais sobre os indicadores que precisamos desenvolver para avaliar essa nova política de alternativas penais.

1. O que há de novo na política de alternativas penais?

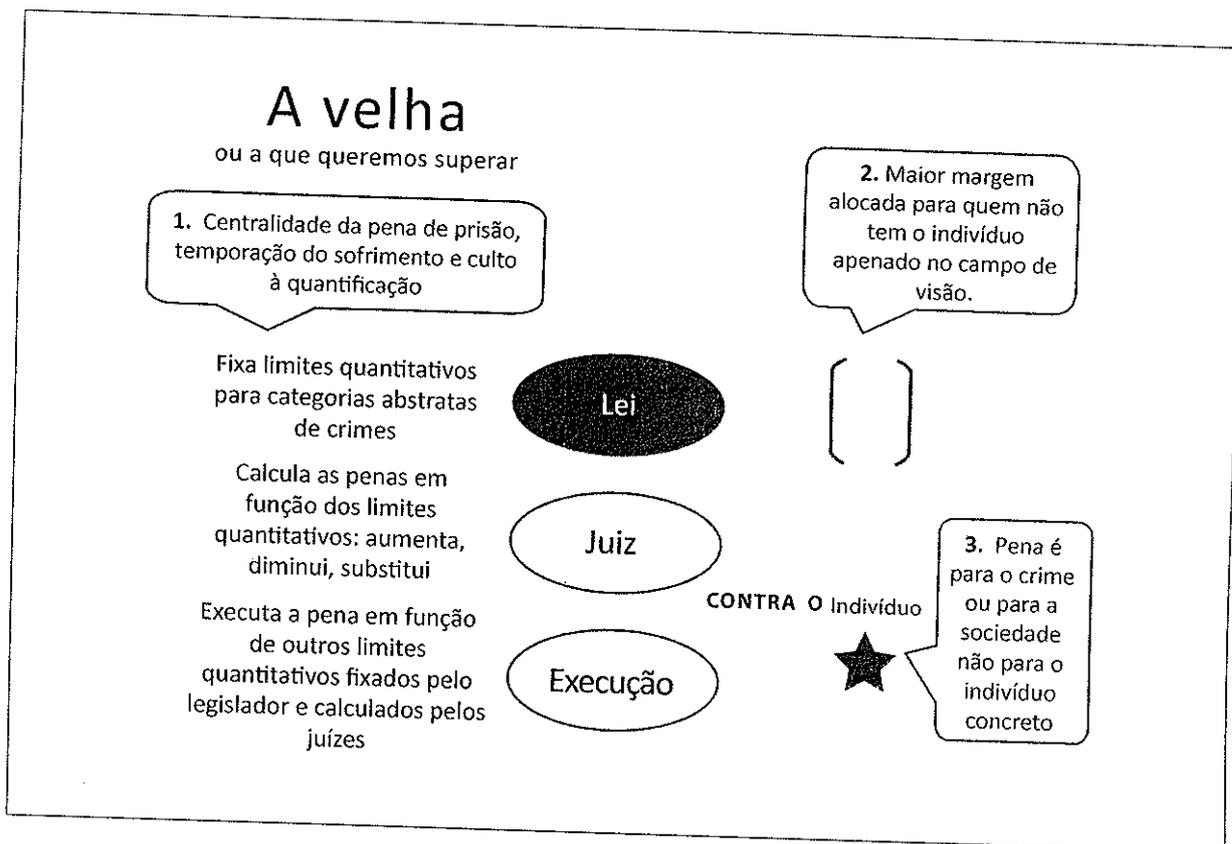
Entre os vários fatores que poderiam ser mencionados aqui, colocarei em destaque a nova divisão de tarefas em matéria penal que a política de alternativas

50 Professora em tempo integral da Direito GV. Pós-Doutora pela Cátedra Canadense de Pesquisa em Tradições Jurídicas e Racionalidade Penal pela Universidade de Ottawa, Canadá. Agradeço às perguntas dos participantes do VII CONEPA e, muito especialmente, às observações de Fábio Sá e Silva, com quem tive o prazer de dividir mesa no congresso. Agradeço também aos comentários de Alvaro Pires, Marta Machado, Carolina Ferreira e Luisa Ferreira.

51 Resumo elaborado pela palestrante.

penais favorece. Para explicitar essa nova divisão, inicio explicitando as principais características do que estou chamando aqui “velhas idéias” que determinam o arranjo de atribuições entre o legislador, o juiz e o gestor. Este arranjo encontra-se cristalizado em nossa forma de conceber o sistema de justiça criminal desde o início de sua formação, ao final do século XVIII. O quadro 1, abaixo, busca representar graficamente esta velha divisão de tarefas que precisamos urgentemente superar.

Quadro 1



Em primeiro lugar, o velho arranjo caracteriza-se pela centralidade da pena de prisão e, conseqüentemente, pela organização de toda a sistemática das sanções a partir da *temporização* do sofrimento (Alvaro Pires) e do culto à quantificação. Nos limites deste resumo não posso entrar em todos os detalhes dessas idéias aqui, mas gostaria de salientar, de acordo com este arranjo, as tarefas em matéria de penas ficam distribuídas da seguinte forma. Ao legislador, cabe fixar limites quantitativos (mínimos e máximos) para categorias abstratas de crimes. Ao juiz, por sua vez, é atribuída a tarefa de calcular as penas a partir dos limites definidos pelo juiz. Não há aqui uma atividade verdadeiramente decisória, isto é, permitindo a escolha entre diversas opções, mas sim operações quase mecânicas – aumentar, diminuir ou substituir – dentro dos limites fixados pelo legislador. Neste arranjo, o gestor público limita-se à tarefa de executar, de colocar em prática, aquilo que já foi definido

anteriormente. Sua margem de atuação é ainda mais reduzida. É possível dizer enfim que suas atribuições são restringidas não apenas pelo conteúdo da própria sentença condenatória, mas também pela atuação do legislador que comumente fixa limites quantitativos em abstrato para a progressão de regime e todos os demais ajustes na forma de cumprimento de pena que o processo sancionatório exige.

A segunda característica que eu gostaria de destacar é que este velho arranjo atribui a maior margem de atuação no tocante à pena justamente a quem não tem o indivíduo concreto apenado diante dos olhos: o legislador. Como ocorre na esmagadora maioria dos crimes previstos em nossa legislação há *somente uma qualidade de pena* – a pena de prisão – que pode ser cumulada à pena de multa, ou em alguns casos alternativa a ela; e parâmetros mínimos e máximos de variação quantitativa. Neste ponto, é importante destacar que estes parâmetros quantitativos cumprem funções muito diferentes em matéria de determinação de pena. A pena máxima expressa o limite que o legislador impõe às sanções para determinadas categorias de crimes. Constitui, portanto, uma garantia ao réu de que não poderá ser punido por sanções de outras qualidades ou por quantidades superiores ou definido em lei. A pena mínima, ao contrário, não constitui garantia ao réu, mas obstáculo à atuação do juiz. Ao fixar uma pena mínima, o legislador suprime a margem decisória do juiz, impedindo-o de considerar plenamente as características do caso concreto e, mais especificamente, do cidadão que violou a lei penal. Quando a pena mínima é de prisão e a única prevista, o obstáculo à atuação do juiz é ainda mais grave: a *pena justa* para o caso concreto não pode ser nem inferior à quantia definida pelo legislador nem tampouco de outra qualidade.

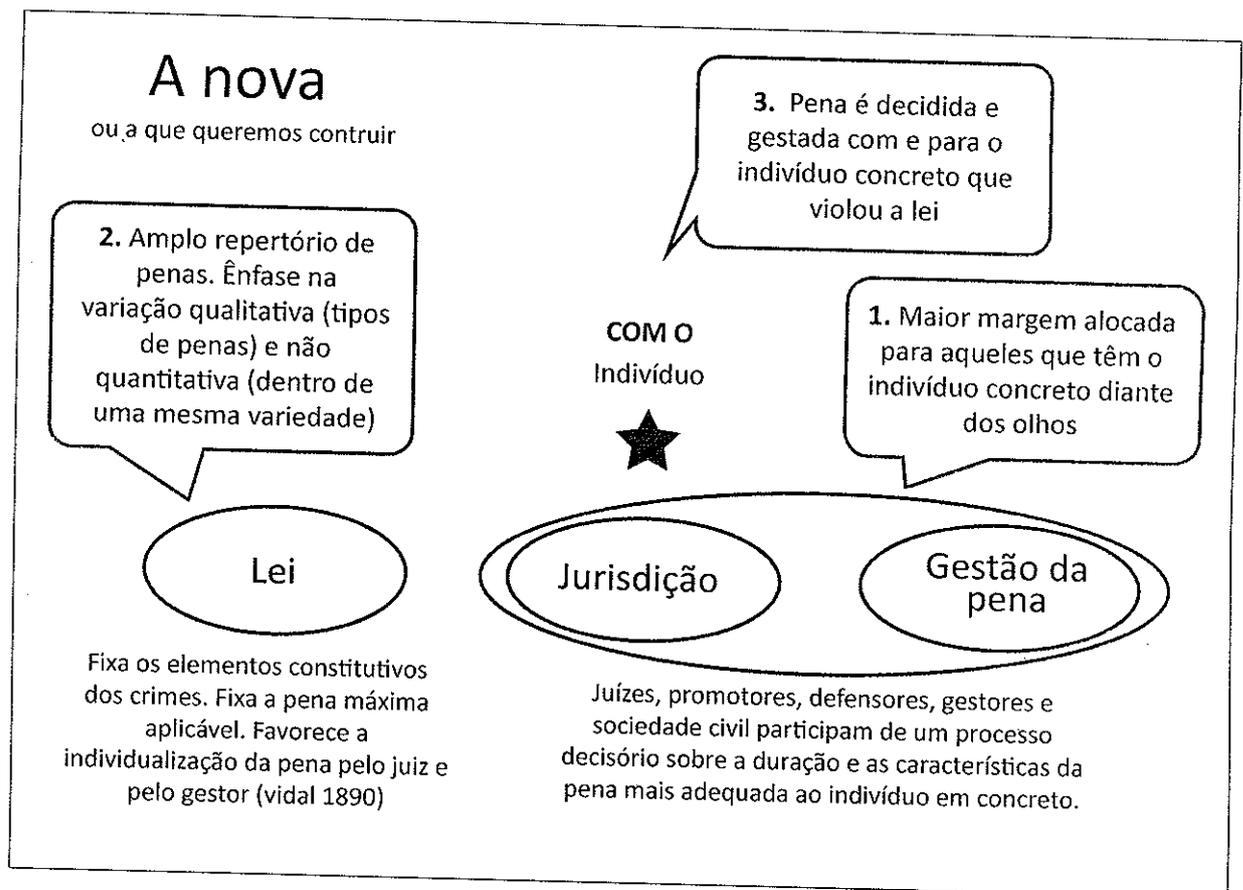
Por fim, a terceira característica relevante a esta caracterização da velha divisão de tarefas diz respeito à forma de conceber o indivíduo apenado. Neste arranjo, o sistema de justiça criminal, e o processo de determinação da pena em particular, organizam-se *contra* o indivíduo. A pena é comumente percebida como uma resposta ao crime e uma forma de proteger a sociedade, de forma que o próprio cidadão que violou a lei penal é colocado fora do campo de visão deste sistema.

Por outro lado, a nova divisão de tarefas em matéria de penas aloca a maior margem decisória para aqueles que têm o indivíduo concreto diante dos olhos, isto é, o juiz e o gestor da sanção (Quadro 2). Em face disso, o que denominamos “execução da pena” cede lugar para um processo sancionatório envolvendo a jurisdição e a administração pública, ambas com margem de decisão sobre o percurso do indivíduo apenado. Nesse contexto, a idéia e a semântica da “execução” passam a ser concebidas como uma forma de *gestão da pena* em que juízes, promotores, defensores (públicos e privados), gestores e sociedade civil participam de um processo decisório sobre a duração e as características da pena mais adequada ao indivíduo em concreto.

Mas qual seria então o papel do legislador nessa nova divisão de tarefas? Sigo aqui a formulação muito inovadora do jurista francês Georges Vidal que, ao final do século XIX, propôs que ao legislador caberia fixar os elementos constitutivos dos crimes – isto é, as normas de comportamento – e, no que diz respeito às sanções, deveria *fixar a pena máxima aplicável e favorecer a individualização da pena pelo juiz*

e pelo gestor. Vale lembrar que em seu livro Curso de Direito Criminal (1890), Vidal já estava preocupado com os inúmeros problemas gerados pela velha divisão de tarefas em matéria de penas que descrevi acima. Neste novo papel atribuído ao legislador, importa estabelecer o mais amplo repertório de penas possível, justamente para que o juiz possa efetivamente decidir a pena justa aplicável em função do caso concreto. Para decidir ele precisa de opções e por essa razão a ênfase está na variação qualitativa (diferentes tipos de penas) e não quantitativa (diferentes intensidades dentro de uma mesma variedade de pena).

Quadro 2



Por fim, neste novo arranjo que queremos construir, o sistema de justiça criminal não se opõe ao indivíduo apenado – ao contrário, é *com* ele e *para* ele que a sanção precisa ser decidida e gestada. Ao posicionamos o indivíduo dessa forma, enfatizamos que a pena é uma prestação do sistema de justiça e que, como tal, não pode se justificar ou nortear sua atuação com base em teorias que percam de vista o indivíduo concreto, como a retribuição e a dissuasão geral.

É sobre este pano de fundo de uma nova divisão de tarefas entre o legislador, a jurisdição e o gestor público que eu gostaria de enfatizar três aspectos da política de alternativas penais. Conforme explicita seu documento inaugural, esta nova política estimula, no nível legislativo, o reconhecimento de outras formas de resolução de

conflitos para além das respostas tradicionais do sistema de justiça criminal, como a mediação e a justiça restaurativa. Dessa forma, a política amplia sensivelmente o repertório não somente de sanções à disposição de juiz, mas também o repertório de formas de equacionar e gerir os conflitos e problemas sociais sujeitos à lei penal. Além disso, a política posiciona-se claramente a favor da inclusão do indivíduo apenado – e também da vítima – nas estratégias de definição e gestão da pena. Em terceiro lugar, a política apresenta, com elevado nível de detalhamento, atribuições para os atores que atuam no processo de gestão da pena tanto no âmbito federal e estadual como também na esfera municipal que dificilmente integra as reflexões político-criminais.

2. O impacto da política de alternativas penais no funcionamento das instituições

Como indiquei anteriormente, é possível vislumbrar dois cenários no que diz respeito ao impacto desta nova política de alternativas penais no funcionamento das instituições. No primeiro cenário, a política não altera as velhas idéias e formas de atuar do sistema de justiça criminal. Nesse caso, a nova política conviveria com a possibilidade de o legislador decidir sozinho a pena a ser atribuída ao indivíduo concreto, como no caso das penas mínimas de prisão e de outros parâmetros quantitativos que impedem que a pena seja definida em função das peculiaridades do caso concreto. Neste caso, o espaço de atuação dos demais atores (jurisdicionais e de gestão) limita-se a operações de transmissão, substituição e conversão estritamente enquadradas e limitadas pelo legislador. Somente a pena (de prisão ou não) prevista em lei é resposta “suficiente” (obrigação de punir). A decorrência mais imediata da manutenção da centralidade da lei em matéria de penas é favorecer a identificação entre certa quantidade de pena prevista em lei e as possibilidades de atuação do sistema de justiça - “até 2 anos pode isso”, “até 4 anos pode aquilo” – como se os parâmetros quantitativos estabelecidos na legislação fossem capazes de captar a complexidade dos problemas e das exigências da prestação jurisdicional do sistema de justiça.

Mas há outro cenário possível. Neste, as novas idéias contidas na política de alternativas penais impactam fortemente as instituições do sistema de justiça. Três pontos merecem destaque. Em primeiro lugar, seremos todos estimulados a rever a atuação dos atores do sistema de justiça em matéria de determinação de penas. A principal e mais radical mudança nesse sentido é passar a perceber a pena decidida pelo juiz na sentença como *ponto de partida do processo sancionatório* e não o ponto de chegada. Isso significa reconhecer que várias outras *decisões* serão tomadas no decorrer desse processo para seguir ajustando a pena ao indivíduo concreto. Em segundo lugar, a centralidade do indivíduo e do caso concreto no processo sancionatório favorece a ampliação do repertório de possibilidades de atuação do sistema de justiça. Nesse sentido, a mediação e as práticas restaurativas tornam-se

prestações do sistema de justiça – tais como a pena – que podem permitir soluções qualitativamente melhores aos problemas e conflitos.

Nesse contexto, por fim, o papel do legislador é fundamental. A ele cabe permitir que os atores jurisdicionais e os gestores tomem pleno contato a complexidade do problema com o qual estão trabalhando. A função primordial do legislador é oferecer recursos para que os demais atores dêem conta da complexidade que têm diante dos olhos. Trata-se, enfim, de um legislador consciente de que os casos concretos que estarão diante dos juizes não são necessariamente os mesmos que ele tem mente e, sobretudo, consciente de que nunca será capaz de pensar todos os casos que estarão na frente de todos os juizes em todas as regiões do país. É o reconhecimento desse limite, de que não pode tudo ver, de cima, que vai permitir ao legislador a construção de arranjos normativos mais ricos e sofisticados, com elevado potencial de decisão para os atores jurisdicionais e os gestores públicos. Em outras palavras, e com isso concluo essa seção, a lei está mal adaptada para fazer face à vida. Ela não dá conta da complexidade e, com as velhas idéias expostas acima, ela tampouco permite que os outros atores dêem conta. Nesta situação, quando os atores jurisdicionais transgridem a legislação estão, na realidade, fazendo o bom direito, atuando com justiça.

3. Notas para a construção de indicadores para a política de alternativas penais

A questão da construção de indicadores para aferir a qualidade da prestação jurisdicional coloca-se muito marginalmente no âmbito da velha divisão de tarefas em matéria de penas (Quadro 1). Não será possível aprofundar este ponto aqui, mas posso dizer simplesmente que o conjunto de teorias que são mobilizadas para justificar a atuação do sistema de justiça criminal organiza-se de modo a tornar absolutamente dispensável a averiguação do efetivo funcionamento do sistema e da qualidade da prestação jurisdicional. Basta pensarmos nas teorias modernas da pena (retribuição e dissuasão) e nas noções abstratas de “insegurança social”, “proteção à sociedade e às vítimas” e “combate a impunidade” que são freqüentemente veiculadas nos debates jurídicos e políticos sobre a questão criminal. Neste cenário, o sistema de justiça criminal contenta-se com indicadores quantitativos de suas próprias operações (número de pessoas apenadas, número de penas aplicadas).

Uma nova política de alternativas penais, diferentemente, está consciente da imensa variedade de situações e problemas geridos pelo sistema de justiça criminal. Não apela às formas abstratas de proteção social para se justificar. Ao contrário, (i) focaliza os vínculos sociais concretos e não por outra razão enfatiza fortemente os núcleos temáticos, que são desenhados e geridos localmente, favorecendo a articulação com outras políticas públicas. Além disso, a política de alternativas penais (ii) reforça a importância de uma coordenação geral para sistematização, reflexão e difusão sobre as experiências locais.



A construção de indicadores para uma política de alternativas penais poderia desenvolver-se a partir desses dois pilares – ênfase nas experiências locais e temáticas e na capacidade de articulação de órgão central – e atentar aos três níveis de indicadores que políticas públicas como as tratadas aqui exigem. O primeiro nível é composto pelos *indicadores quantitativos operacionais*, isto é, os fatores que estão sob o controle dos atores que atuam na gestão da sanção. Entre eles estão número de penas e medidas alternativas aplicadas, o número de funcionários nas varas e outras instâncias específicas, entre outros. É importante destacar que esses indicadores precisam ser produzidos de forma muito mais rica do que fazemos atualmente de modo a incluir detalhamento sobre o perfil dos cidadãos usuários da política, dos tipos de infração e do tempo de duração das sanções. O segundo nível reúne os *indicadores qualitativos operacionais* em que se busca aferir a percepção dos atores envolvidos e dos usuários da política. Por fim, em um terceiro nível estão os *indicadores de impacto ou resultado da política*. Estes são muito mais difíceis de serem construídos pois dependem da clara definição das metas que a política de alternativas penais busca alcançar.

Espero que as novas idéias sobre a divisão de tarefas em matéria de penas discutidas anteriormente possam servir para provocar uma reflexão coletiva sobre o que queremos do sistema de justiça criminal. Espero que possam servir também para fomentar, na sociedade civil e nos atores do sistema de justiça criminal, uma postura de intolerância às formulações – tanto legislativas quanto doutrinárias – que se desincumbem de basear suas propostas em diagnósticos e dados empíricos sobre a atuação do sistema de justiça criminal brasileiro.