

DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL E A POLÍTICA NACIONAL DE FOMENTO ÀS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS: UMA APROXIMAÇÃO TEÓRICA PRELIMINAR

Josineide Gadelha Pamplona Medeiros*

Nirson Medeiros da Silva Neto**

RESUMO

O presente artigo traz uma abordagem teórica da relação entre democratização da Justiça Penal, superação do paradigma lógico-formal do direito e projeto teórico-prático das penas e medidas alternativas, particularmente a partir da Política Nacional de Fomento às Penas e Medidas Alternativas. Demonstra-se teoricamente que referido projeto apresenta um considerável potencial para democratizar a aplicação jurisdicional da pena visto que realiza uma fissura no monopólio dos juristas quanto a esta prestação, assim como requer dos intérpretes do direito penal a adoção do paradigma do novo constitucionalismo, que supera o modelo de regras ao consagrar o modelo de princípios, com isso exigindo que a prática judicial esteja orientada não apenas a dizer o direito, mas, concomitantemente, à realização dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Questiona-se a prisão enquanto modelo de pena de um Estado tipicamente de polícia, ou seja, de vigilância e punição, sobrelevando-se a aplicação das penas e medidas alternativas como protótipo de pena de um Estado democrático de direito, adotando-se uma perspectiva reformadora do caráter da pena na esteira do pensamento de Ferrajoli. Enfatiza-se ainda o potencial e a viabilidade de ampliar-se o acesso à Justiça Penal e à inclusão social de apenados a partir da aplicação de penas e medidas alternativas, tal como ocorre com projetos desenvolvidos no âmbito da Política Nacional de Fomento às Penas e Medidas Alternativas.

PALAVRAS-CHAVE: DEMOCRATIZAÇÃO; JUSTIÇA PENAL; PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS.

* Mestranda pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

** Mestrando pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Especialista em Metodologia da Educação Superior pela Faculdade de Tecnologia da Amazônia. Professor de Sociologia do Direito do Centro Universitário do Estado do Pará.

ABSTRACT

This article presents a theoretical approach about the relationship between democratization of Criminal Justice, overcoming the formalistic paradigm of law and the theoretical and practical project of alternative penalties and steps, particularly from the “Política Nacional de Fomento às Penas e Medidas Alternativas”. It is theoretically demonstrated that this project presents a considerable potential to democratise the services of the Judiciary because it produces a crack in the monopoly of the lawyers, as well as requires that the interpreters of criminal law adopt the paradigm of the new constitutionalism, which overcomes the model of rules and inaugurate the model of principles, thereby requiring that the judicial practice is geared not only to say the right, but, concomitantly, the achievement of fundamental rights constitutionally guaranteed.

It questioned the prison as punishment model of a state typically police, that only monitors and punish, considering the application of alternative penalties and steps as a prototype of a democratic state of law. It is adopted the theoretical perspective of Ferrajoli. It is emphasized yet the potential and feasibility of extending up access to criminal justice and social inclusion from the application of alternative penalties and steps, such as with projects funded by “Política Nacional de Fomento às Penas e Medidas Alternativas”.

KEYWORDS: DEMOCRACY; CRIMINAL JUSTICE; ALTERNATIVE PENALTIES AND STEPS.

INTRODUÇÃO

As linhas que seguem apresentam os resultados de uma primeira aproximação, ainda eminentemente teórica, de uma investigação acerca da relação entre o processo de democratização da Justiça Penal no Brasil, especialmente no Estado do Pará, e as práticas judiciárias incentivadas pela Política Nacional de Fomento às Penas e Medidas Alternativas. Procuraremos demonstrar que, ao menos de um ponto de vista teórico, o projeto teórico-prático das penas e medidas alternativas, fomentado por dita política pública, traz imanente um considerável potencial de democratização do Judiciário por implicar em uma gradativa cisão no monopólio dos serviços judiciais que até então é detido estritamente por profissionais do direito, principalmente servidores do

Estado, e, a partir de tal projeto, passa a ser partilhado por agentes de outros campos profissionais, assim como por pessoas leigas e até mesmo, em dadas circunstâncias, pelos próprios apenados. Ademais, referido projeto requer uma superação da tradição formalista do direito penal de sorte a que sejam adotados os preceitos do constitucionalismo contemporâneo, que supera o chamado modelo de regras, substituindo-o pelo modelo de princípios. No âmbito penalista, segundo veremos, isto, se não questiona o exercício monopolista do Estado quanto à imposição de penalidades, ao menos põe “em xeque” o modelo de pena que se transformou em exemplar na contemporaneidade, qual seja, o aprisionamento. Este questionamento se torna possível com o paradigma do novo constitucionalismo em razão da exigência da Justiça Penal não mais preocupar-se com a plena realização de um Estado de polícia, ou seja, de vigilância e punição, mas sim com o Estado democrático de direito, comprometido com o reconhecimento, garantia e concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados que, para o universo penal, sobrelevam as possibilidades de aplicação das penas e medidas alternativas que, de acordo com uma perspectiva reformadora com a qual no momento concordamos, devem gradativamente substituir a pena de prisão até o dia, ainda bastante remoto e talvez utópico, em que esta puder ser abandonada enquanto modelo exemplar de punição.

1. DEMOCRATIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO E SUPERAÇÃO DO PARADIGMA JURÍDICO LÓGICO-FORMAL

O estudo da Política Nacional de Fomento às Penas e Medidas Alternativas encontra-se intimamente relacionado aos temas da democratização do Judiciário e da crise do paradigma lógico-formal do direito, especialmente no que toca à execução penal. Democratizar o campo judicial – um espaço de concorrência entre juristas profissionais e cujo objeto das disputas intelectuais circula em torno da dicção com legitimidade e autoridade do direito¹ – é sinônimo de um acesso à Justiça, no sentido mais dilatado da expressão, capaz de garantir aos “profanos”, isto é, aos cidadãos leigos que não partilham das lides caras ao corpo de especialistas, uma maior e melhor acessibilidade ao aparato burocrático judicial e aos mecanismos processuais, assim como à realização dos direitos, principalmente os fundamentais instituídos pela

¹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

Constituição Federal Brasileira de 1988. Todavia, é um óbice a este pleno acesso a tendência de autonomização, que é homóloga à de fechamento, do espaço judicial, guardando aos agentes do Judiciário o monopólio do direito de dizer o direito e do manuseio e compreensão dos instrumentos legais hábeis à realização dos direitos, transformando assim os cidadãos leigos que buscam acessar à Justiça em, como já dissera Pierre Bourdieu, meros “justiciáveis”, clientes dos profissionais do universo jurídico². Esta tendência social apresenta pelo menos duas conseqüências importantes: 1) a percepção do direito como um fenômeno eminentemente estatal, visto que os agentes judiciais, por serem os únicos a deterem a palavra jurídica autorizada e legítima e por integrarem a estrutura burocrática do Estado, reservam a este a faculdade de produção e interpretação oficial do direito; e 2) a separação do jurídico de todas as interferências exteriores (não-jurídicas), tais como as de natureza política e econômica e as demais pressões sociais.

Outro obstáculo à abertura do campo judicial e, com efeito, à sua democratização é talvez progresso e ainda mais essencial do que o mencionado no parágrafo anterior. Trata-se da concepção teórica lógico-formal do direito. Esta concepção visualiza o direito como um sistema completo, coerente e apto a produzir, sempre a partir de si próprio, as soluções para a imensa diversidade de casos que são levados ao Judiciário, ainda que consistam em questões inéditas – nunca antes decididas – e controversas. A hermenêutica judicial possui, então, um caráter impreterivelmente cognitivo, o trabalho dos juízes restringindo-se a deduzir a decisão, em um caso concreto, do sistema de conceitos jurídicos (método da subsunção); os magistrados têm, desta forma, o dever de tomar a letra da lei e os conceitos jurisprudenciais como base para a dedução das normas aplicáveis ao caso, sendo sua função reduzida à de portavozes da lei ou, quando muito, da jurisprudência³. Assim, a perspectiva teórica formalista não só não reduz o efeito de fechamento do campo judicial como, além disso, o potencializa teoricamente, deixando um espaço muito restrito para a atuação judicial, ao menos em tese, perante circunstâncias que envolvam conflitos coletivos, notadamente os de abrangência social, política e econômica.

² BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

³ FARIA, José Eduardo e CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

No ínterim dos debates sobre a democratização do Judiciário reside justamente a discussão acerca da Justiça Penal. Uma reflexão sobre a democratização da Justiça Penal não pode estar dissociada de meditações referentes ao direito penal como o poder de uma comunidade política de exercer o monopólio da violência, tanto simbólica quanto física, sobre os indivíduos que lhe compõem⁴. Problematizar a questão do acesso a esta Justiça implica, pois, como lembra Luigi Ferrajoli, começar por indagar-se acerca da própria justificação da pena, o que requer questionamentos quanto à legitimidade do direito que o Estado e seus agentes se atribuem de deter a exclusividade dos mecanismos de punição dos cidadãos⁵ – naturalmente, este monopólio decorre da tendência de autonomização do campo jurídico e, por seguimento, do espaço judicial descrita acima, bem como encontra reforçadores positivos nas teorias penais formalistas que adotam a concepção lógico-formal de direito. Daí porque as mais corriqueiras críticas do direito penal como técnica de controle social exclusivo do Estado, aplicada estritamente por agentes com poderes judiciais, repousam, a um turno, sobre a legitimidade política e moral dos órgãos estatais de empreender a repreensão dos indivíduos – as chamadas teorias abolicionistas, por exemplo, não encontram nenhuma justificação da forma jurídico-penal de sanção punitiva, considerando vantajosa sua abolição e sua substituição por meios pedagógicos ou instrumentos de controle de tipo informal e eminentemente social; a outro turno, as críticas recaem sobre o tipo de sanção predominante, a prisão, apregoando alternativas a esta, mas sem jamais questionar o monopólio do Estado para a aplicação das penas, sejam quais forem as modalidades admitidas – as denominadas teorias substitutivas propõem a substituição da reação punitiva por tratamentos pedagógicos ou terapêuticos de tipo alternativo em relação ao encarceramento, embora sempre institucional e coercitivo e não meramente social.

Um posicionamento alternativo em relação às perspectivas abolicionistas e substitutivas pode ser intitulado de teoria reformadora, a qual é defendida por Ferrajoli. Segundo esta teoria há a necessidade de se reduzir a esfera de intervenção penal, minorando a aplicação da pena privativa de liberdade e, como horizonte ou perspectiva futura, abolindo-a gradativamente, por ser excessiva e inutilmente aflitiva e, não

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

⁵ Idem, *ibidem*.

raramente, danosa ao apenado e a seu processo de reintegração na sociedade. Para a perspectiva reformadora, portanto, é imperiosa a limitação das proibições penais apenas a algumas exigências de tutela⁶, ou seja, a posição que tem sido consagrada como direito penal mínimo. Tal posicionamento teórico é, pois, potencialmente mais democratizante justamente por não incorrer em nenhum destes dois extremos: a abolição da Justiça Penal, proposição tão-somente utópica e, por conseguinte, em absoluto irrealista, fadada, de plano, à inaplicabilidade; e a simples substituição da pena de prisão por penas alternativas, em alguns casos previstos em lei e quando isto demonstrar-se seguro conforme o juízo do magistrado, sem qualquer horizonte de abolição do encarceramento. A teoria reformadora possui um potencial mais intenso de democratização pelo fato de que as chamadas penas alternativas em relação à prisão – as quais são privilegiadas pelo reformismo, que tende a ampliar seu grau de utilização até a completa eliminação da pena privativa de liberdade –, em sua execução, admitem uma participação de agentes alheios ao campo jurídico e até mesmo judicial (tais como psicólogos, assistentes sociais e funcionários das instituições “não-penais” – hospitais, escolas, etc. – onde a pena será cumprida), assim como, na própria definição da pena, em certos casos específicos (crimes de menor potencial ofensivo processados nos Juizados Especiais Criminais), asseguram a possibilidade da participação do réu na decisão de qual punição lhe será aplicada (transação penal).

2. A POLÍTICA NACIONAL DE FOMENTO ÀS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS

Foi no âmbito desta discussão sobre a democratização da Justiça Penal que, desde setembro de 2000, o Ministério da Justiça iniciou o desenvolvimento de uma política nacional de fomento às penas e medidas alternativas. Referida política pública teve sua gênese, no entanto, com a promulgação da Lei n. 7.910/84 (Lei de Execução Penal) e, posteriormente, com a Lei n. 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, seguindo as orientações das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não-privativas de Liberdade (Regras de Tóquio), estipuladas em 1990. Apesar dos avanços legislativos, somente em 2000 passou-se a desenvolver, no âmbito do Ministério da Justiça, o então chamado Programa Nacional

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

de Apoio às Penas Alternativas, cujo objetivo era realizar ações necessárias ao incremento da aplicação das penas alternativas no Brasil, mediante assessoria, informação e capacitação para instalação de equipamentos públicos em todo território nacional. Em dezembro de 2002, a Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (CENAPA) editou e publicou o Manual de Monitoramento das Penas e Medidas Alternativas, uma metodologia que descreve e detalha os procedimentos técnicos para formalização da rede social, avaliação, encaminhamento e acompanhamento do agente cumpridor de penas e medidas alternativas. A partir deste momento, os objetivos prioritários do Programa passaram a ser:

1) a produção e a disseminação de conhecimento acerca da execução das penas e medidas alternativas; 2) a identificação, a avaliação e o fomento de boas práticas nesse campo; e 3) o apoio técnico e financeiro aos Judiciários e Executivos estaduais para que promovam melhorias nos seus sistemas de aplicação e fiscalização⁷.

Em julho de 2006, foi criada a Coordenação Geral de Fomento ao Programa de Penas e Medidas Alternativas (CGPMA), através do Decreto nº 5.834/06, órgão a que compete:

I – desenvolver a Política de Fomento às Penas e Medidas Alternativas nas unidades da federação;
II – produzir e divulgar informações sobre a aplicação, execução e monitoramento das penas e medidas alternativas no Brasil;
III – assessorar as unidades da federação no desenvolvimento da política estadual de monitoramento da execução das penas e medidas alternativas;
IV – analisar as propostas de celebração de contratos e convênios para execução de serviços dentro de sua área de atuação;
V – capacitar equipes de monitoramento da execução das penas e medidas alternativas que atuam nas unidades da federação;
VI – monitorar os convênios firmados com recursos do Fundo Penitenciário Nacional que versem sobre sua área de atuação;
VII – consolidar materiais e métodos que orientem o desenvolvimento do monitoramento da execução das penas e medidas alternativas, através da definição de diretrizes e manuais de gestão;
VIII – emitir pareceres, notas técnicas e informações administrativas sobre assuntos relacionados à sua área de competência⁸.

Referida Política Nacional de Fomento às Penas e Medidas Alternativas vem sendo gradativamente discutida, divulgada e efetivada nas unidades da Federação. No entanto, por ser uma política pública que tende a produzir uma certa “abertura” do Judiciário, encontra obstáculos à sua plena realização – tais como os descritos nos dois

⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Histórico do programa nacional de penas e medidas alternativas.** Disponível em: <http://www.mj.gov.br/>. Acesso: 03.01.2008.

⁸ Idem, *ibidem*.

primeiros parágrafos deste tópico, quais sejam, a tendência de fechamento do campo judicial (e, conseqüentemente, a monopolização da prestação dos serviços judiciais) e a concepção teórica lógico-formal, predominante entre os agentes do Judiciário. No Estado do Pará, *locus* onde desenvolve-se a presente pesquisa, a realidade não é diversa do contexto nacional. Algumas iniciativas têm sido empreendidas no sentido de fomentar e efetivar o uso de penas e medidas alternativas. Entre estas iniciativas está, por exemplo, o projeto “Aguapé – Rede de Proteção e Promoção dos Direitos Humanos”, de autoria do juiz estadual Cláudio Henrique Lopes Rendeiro, único projeto do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA) incluído no “Guia da Melhores Práticas na Gestão Judiciária”. O projeto Aguapé, como outros que visam um acesso à Justiça Penal mais efetivo, objetiva, além da penalidade, a inclusão social do apenado através da execução de penas e medidas alternativas⁹. Todavia, ações como esta acabam por sofrer resistências estruturais do campo judicial, justamente por tratarem de questões representadas como “preocupações com o ‘social’” (isto é, algo alheio ao campo) e não como o estritamente “jurídico”. Tais resistências demonstram bem os dilemas e ambigüidades que o Judiciário e seus agentes enfrentam para a realização dos direitos humanos, assim como clarificam os desafios para a efetivação da Política Nacional de Fomento às Penas e Medidas Alternativas.

3. UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO TEÓRICA

Guardadas as devidas diferenças regionais e culturais, no estudo de uma política brasileira voltada às penas e medidas alternativas, pode-se lembrar trabalho que constam no livro “A miséria do mundo”, de Bourdieu, onde se visualiza a declaração de um juiz francês, que então atuava em uma vara de execução penal: segundo este magistrado, o “social”, ou seja, a preocupação com a execução das penas conforme os direitos fundamentais dos apenados, “não tem nada de interessante: (...) não se trata de judicial nobre (...). O Judiciário é a redação dos atos judiciais (...), são os problemas jurídicos”¹⁰, entre os quais o ato de executar penas ocupa uma posição secundária. Este depoimento demonstra nitidamente o que, em outra obra, ensina Bourdieu: que o campo jurídico, e no ínterim deste o universo judicial, é um espaço social de lutas pelo

⁹ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL. **Guia das melhores práticas na gestão judiciária**. S.l: AMB, 2007.

¹⁰ BOURDIEU, Pierre. **A miséria do mundo**. Vários tradutores. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 243.

monopólio do direito de dizer o direito caracterizado por guardar ao Estado e seus agentes a exclusividade da violência legítima, inclusive física. O campo jurídico, conforme as lições de referido autor, tende a ser resistente ao reconhecimento de ordens jurídicas alheias à estatal, assim como à admissão de agentes leigos nas lutas pela definição da verdade jurídica¹¹. Tal fato ilustra algo que já foi dito acima: que as questões de natureza mormente política, econômica e social – onde situa-se uma política como a de fomento às penas e medidas alternativas – são sentidas pelo campo judicial como alienígenas e inoportunas, sendo por isso tomadas como extra-jurídicas. Isto apresenta como conseqüência um processo de clientelismo que transforma os leigos em simples “justiciáveis” ou clientes dos profissionais do direito, gerando, com efeito, uma tendência de fechamento e restrição dos serviços judiciais.

A restrição do trabalho judicial é, naturalmente, um obstáculo ao acesso à Justiça em uma acepção mais ampla. Segundo Paulo César Santos Bezerra, referido acesso não pode ser reduzido, como é feito por diversos autores, à idéia de acesso ao processo – perspectiva esta que certamente reproduz a dinâmica de clientelismo cara ao espaço judicial. Uma grande parcela da conflituosidade existente na sociedade, lembra o autor, não chega ao Judiciário, estando latente na sociedade, sendo, por esta razão, mister uma acepção mais dilatada da noção de acesso à Justiça. Em primeiro lugar, deve-se considerar que tal acesso há de significar acesso a valores e direitos individuais e coletivos ou, em outras palavras, direitos fundamentais: “efetivação de direitos como educação, habitação, saúde, segurança, o que não se costuma buscar perante o Judiciário”¹². Além disso, precisa-se superar a percepção de que os conflitos são apenas resolvidos nos tribunais, ou seja, a preferência dada ao Judiciário como espaço privilegiado de resolução da conflituosidade social. Outra questão que necessita ser revista para a ampliação da noção de acesso à Justiça é a visualização de que o direito não pode ser produzido pelo juiz, que então acaba por agir estritamente como *la bouch de la loi*. Nas palavras de Bezerra:

Um juiz que se apegue, ferrenhamente, aos ditames da lei, desprezando a dependência da lei frente a esses fatores sociais e psíquicos, que atém-se à capacitação, compreensão e cumprimento das mesmas, não produz direito; é mero aplicador de normas; e, mesmo que produza um direito entre os

¹¹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

¹² BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **A produção do direito no Brasil**: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça. Ilhéus: UESC, 2003. p. 178.

litigantes, o faz de modo muito limitado e em descompasso, na maioria das vezes, com a realidade dos fatos, uma vez que o direito produzido no Brasil, via de regra, é dissociado dessa mesma realidade¹³.

É evidente que a acepção ampla de acesso à Justiça disposta no parágrafo anterior requer uma teoria do direito para além da concepção lógico-formal. Exige, primeiramente, uma fissura no monopólio estatal de produção do direito, ou seja, o reconhecimento de que é possível a convivência de mais de uma instância de elaboração e interpretação do direito em um mesmo espaço geopolítico: em outras palavras, a existência de pluralismo jurídico¹⁴. Mas sobre esta questão não nos aprofundaremos, visto que apresenta pouca relevância para o estudo da Política Nacional de Fomento às Penas e Medidas Alternativas. O que se demonstra mais relevante para o presente artigo é a segunda exigência que emerge da ampliação da noção de acesso à Justiça. Esta exigência consiste na revisão, possível desde o advento do constitucionalismo contemporâneo, do modelo positivista de regras, que apregoa que a interpretação do direito deve-se dar apenas mediante a subsunção dos fatos a partir das regras jurídicas previamente estabelecidas. Este modelo apresenta sua versão mais forte para a contemporaneidade na obra de Herbert Hart. Como alternativa a entendimentos como o de Hart, o novo constitucionalismo tem adotado o que Ronald Dworkin chamara de modelo de princípios. Princípios, diferentemente das regras, quando colidem entre si não anulam qualquer das normas colidentes (através de critérios como o cronológico, hierárquico e de especialidade); ao contrário, requerem um procedimento de interpretação de sorte a identificar qual das normas em colisão apresenta, diante do caso concreto, maior peso ou prevalência diante da outra¹⁵. Diferentes perspectivas podem ser adotadas a fim de resolver o problema da colisão, como o método do imaginário juiz Hércules, de Dworkin¹⁶, e o método da ponderação, de Robert Alexy¹⁷. O modelo de princípios é, portanto, mais apropriado à concepção de acesso à Justiça descrita acima justamente pelo fato de os direitos fundamentais – cuja efetivação constitui, como visto,

¹³ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **A produção do direito no Brasil**: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça. Ilhéus: UESC, 2003. p. 181.

¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (orgs.). **Sociologia e direito**: textos básicos para a disciplina sociologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁶ Idem. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

maior realização de Justiça –, inscritos na Constituição de 1988, apresentarem a natureza de princípios e não de simples regras.

No âmbito da Justiça Penal, a superação do modelo de regras pelo modelo de princípios, isto é, o advento do constitucionalismo contemporâneo, trouxe à teoria do direito penal, conforme afirmação de Eugenio Raúl Zaffaroni, a recuperação do poder de discurso. Esta recuperação significa o restabelecimento do poder de interpretação das normas penais, mas não de uma maneira absolutamente livre (segundo os valores subjetivos do magistrado), e sim de consonância com os princípios constitucionalmente assegurados, dando assim um maior espaço ao papel criativo e mesmo político do Judiciário, que então deixa de ser apenas e tão-somente o porta-voz da lei e passa a também ser o produtor – via hermenêutica constitucional – das normas aplicáveis aos casos concretos. Zaffaroni considera, no entanto, que para isto ocorrer é necessário que os juristas penais reconheçam a dialética entre Estado (democrático) de direito e Estado de polícia, pondo-se decididamente a serviço do primeiro. A atuação estatal de conformidade com o modelo do Estado democrático de direito é exatamente aquela comprometida com a efetivação dos direitos constitucionais; já o Estado de polícia apresenta como compromisso funcional a vigilância e a punição. No universo da Justiça Penal, então, ações conformadas ao primeiro modelo de Estado são aquelas que, ao invés de simplesmente legitimar os atos punitivos estatais sem qualquer reflexão – sob o pressuposto de que o campo judicial não deve envolver-se com questões de política –, põem estes atos políticos sob o controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário, colocando em discussão seus graus de racionalidade e tolerabilidade¹⁸. Em outros termos: “Un nuevo liberalismo penal es lo que requiere la doctrina contemporánea, pero que, a diferencia del fundacional, no legitime ni siquiera parcialmente el poder punitivo, sino que se limite a reducirlo en la medida de su poder jurídico”¹⁹.

O controle das ações punitivas do Estado passa naturalmente pelo controle da aplicação da pena privativa de liberdade, isto é, a pena de prisão. A pena de prisão, segundo Michel Foucault – o que, aliás, confirma a intuição de Zaffaroni de que os atos de vigilância e repressão são mais ações políticas do que propriamente jurídicas –,

¹⁸ ZAFFARONI, E. Raúl. Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 05, n. 20, out./dez, 1997.

¹⁹ Idem, ibidem. p. 21.

consagrou-se socialmente muito antes de receber um tratamento teórico, ou seja, consolidou-se na sociedade contemporânea como o modelo exemplar de punição sem antes possuir qualquer justificação nas teorias penais da época. A prisão, então, emergiu muito mais como uma necessidade política e social do que como uma necessidade jurídica²⁰. Ao tempo em que se afirmou, no século XIX, as teorias penais de então argumentavam que: 1) crime não é sinônimo de falta moral ou religiosa, e sim uma “ruptura com a lei, lei civil explicitamente estabelecida no interior de uma sociedade pelo lado legislativo do poder político”; 2) a lei penal, por isso, “deve simplesmente representar o que é útil para a sociedade”; 3) o direito penal deve, então, classificar como crime as condutas que danificam a sociedade, os danos sociais, as perturbações ou incômodos para toda a sociedade; e 4) as penas, com efeito, não de permitir apenas a “reparação da perturbação causada à sociedade” ou “impedir que males semelhantes possam ser cometidos contra o corpo social”²¹. As penalidades privilegiadas por este projeto teórico eram a deportação, trabalho forçado, vergonha, escândalo público e pena do talião, a prisão aparecendo como custódia que garantiria a futura aplicação da pena. Todavia, foi justamente o encarceramento que se afirmou na sociedade contemporânea como pena exemplar:

[...] a penalidade que se desenvolve no século XIX se propõe cada vez menos definir de modo abstrato e geral o que é nocivo à sociedade, afastar os indivíduos que são nocivos à sociedade ou impedi-los de recomeçar. A penalidade no século XIX, de maneira cada vez mais insistente, tem menos em vista a defesa geral da sociedade que o controle e a reforma psicológica e moral das atitudes e do comportamento dos indivíduos²².

Foucault explica que esta afirmação extra-teórica se dera, talvez, como resultado da consagração da liberdade como “um bem que pertence a todos e ao qual cada um está ligado por um sentimento ‘universal e constante’”. Seria, portanto, a pena por excelência em uma sociedade de pessoas que têm a liberdade como valor que não só pertence como também iguala a todos. Porém, além disso, afirma Foucault em seguida, o encarceramento mostra-se como “uma empresa de modificação dos indivíduos”²³. Mas qual a justificação, ainda que social e política, para esta outra característica da

²⁰ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2005.

²¹ Idem, *ibidem*. pp. 80-2.

²² Idem, *ibidem*. pp. 84-5.

²³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 196.

prisão? Segundo Foucault, tal característica é resultado de uma série de mecanismos de controle permanente do comportamento dos indivíduos que existiram na França e na Inglaterra no século XVIII. Estes mecanismos tinham por função a vigilância e a punição dos indivíduos cujas condutas morais estavam em desconformidade com as regras e princípios dos grupos a que pertenciam, havendo, particularmente no caso francês, a possibilidade de encarceramento dos transgressores através das chamadas *lettres-de-cacher*²⁴. Tais mecanismos de controle, entre outras razões, eram respostas a transformações econômicas, “a uma nova forma de acumulação de riqueza, na medida em que, quando a riqueza começa a se acumular em forma de estoque, de mercadoria armazenada, de máquinas, torna-se necessário guardar, vigiar e garantir a segurança”²⁵. Além disso, foi a partir destes mecanismos, pensa Foucault, que emergiu a idéia de prisão:

[...] uma penalidade que tem por função não uma resposta a uma infração, mas corrigir os indivíduos ao nível de seus comportamentos, de suas atitudes, de suas disposições, do perigo que apresentam, das virtualidades possíveis. Essa forma de penalidade aplicada às virtualidades dos indivíduos, de penalidade que procura corrigi-los pela reclusão e pelo internamento não pertence, na verdade, ao universo do Direito, não nasce da teoria jurídica do crime, não é derivada dos grandes reformadores como Beccaria. Essa idéia de uma penalidade que procura corrigir aprisionando é uma idéia policial, nascida paralelamente à justiça, fora da justiça, em uma prática dos controles sociais ou em um sistema de trocas entre a demanda do grupo e o exercício do poder²⁶.

Em estudo sobre o tema da prisão na obra de Foucault, Haroldo Resende lembra que o encarceramento enquanto projeto de controle social e correção de indivíduos apresenta alguns fracassos que, aliás, já são difusamente conhecidos: 1) o aprisionamento não contribui efetivamente para a diminuição da criminalidade – ao contrário, favorece seu aumento; 2) a privação da liberdade tende a provocar reincidência, em razão das condições internas das penitenciárias e da formação de grupos criminosos no seio destas; 3) não raro a reclusão funciona como uma fábrica de delinqüência, ao desintegrar famílias e, comumente, inseri-las em situações de risco social, como, por exemplo, a mendicância²⁷. Diversamente de seu propósito ideal,

²⁴ Idem. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2005..

²⁵ Idem, *ibidem*. p. 92.

²⁶ Idem, *ibidem*. p. 99.

²⁷ RESENDE, Haroldo. A prisão segundo Michel Foucault. In: CALOMENI, Tereza Cristina Barreto (org.). **Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra**. Campos, RJ: Faculdade de Direito de Campos, 2004.

portanto, o encarceramento tem apresentado vários inconvenientes e, às vezes, demonstrado-se perigoso quando não inútil para a sociedade, ainda que seja um modelo de punição que tenha se normalizado nas sociedades contemporâneas. É diante de percepções como estas, e de conformidade com a perspectiva do novo constitucionalismo, que tem surgido atualmente críticas ao modelo prisional, ainda que, segundo lembra Foucault, as primeiras críticas a este modelo hajam surgido praticamente em concomitância com o nascimento da prisão²⁸. Contemporaneamente, conforme já visto no tópico anterior, as críticas ao encarceramento têm se dividido em três vertentes principais: à primeira convencionou-se chamar de abolicionismo, por apregoar a abolição da pena privativa de liberdade, questionando a legitimidade moral e social do Estado para empreender a repressão dos indivíduos; a segunda pode ser denominada de substitutivismo, por defender a simples substituição do aprisionamento por penas e medidas alternativas; e a terceira, que Ferrajoli sustenta e chama de reformadora, é aquela que, visando à abolição da prisão, concebe um processo gradativo de substituição desta por outras penalidades menos aflitivas, até o total desaparecimento da privação da liberdade como modelo exemplar de punição e “ressocialização” dos indivíduos²⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concordando com o afirmado por Ferrajoli, entendemos que a democratização da Justiça Penal, como já mencionado acima, está intimamente relacionada com o questionamento da justificação da pena, em especial a privativa de liberdade, o que redundará na problematização da legitimidade do Estado de impor penalidades aos indivíduos que lhe integram. Todavia, indagar-se sobre tal justificação não deve significar necessariamente o total abandono da função punitiva do Estado. Ao contrário, há que se reconhecer a dialética entre o Estado democrático de direito e o Estado de polícia, cabendo ao Judiciário, no entanto, a preocupação de realização judicial do primeiro e o controle da constitucionalidade das ações referentes ao segundo. Ao que tudo parece indicar, o projeto teórico-prático das penas e medidas alternativas

²⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1987.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

segue na esteira desta nova afirmação de competência do campo judicial, justamente por oferecer um caminho para a atuação dos agentes do Judiciário, condizente com o constitucionalismo contemporâneo, onde outros profissionais que não são da área jurídica – como psicólogos, assistentes sociais, pedagogos, etc. – e, em alguns casos, até mesmo os réus podem participar do processo de definição da pena mais adequada. Além disso, referido projeto oferece uma margem mais ampla para a interpretação judicial dos direitos fundamentais de sorte a minorar os efeitos negativos da pena e garantir uma melhor inclusão ou reintegração social do apenado (efeitos positivos). O propósito das penas e medidas alternativas apresenta então um considerável potencial de democratização da Justiça Penal, exatamente por estimular uma certa “abertura” do campo judicial, que tende sempre à autonomização (fechamento), e a adoção de perspectivas hermenêuticas para além do método da estrita subsunção, superando assim o modelo positivista de regras ao aderir ao modelo pós-positivista de princípios, tendo como principal norte principiológico a proteção da dignidade da pessoa humana – princípio este que é tomado pelos constitucionalistas contemporâneos como “valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal”³⁰.

A Política Nacional de Fomento às Penas e Medidas Alternativas, do Ministério da Justiça, ao procurar incentivar, difundir e mesmo concretizar este projeto teórico-prático, apresenta então, ao menos hipoteticamente, grande probabilidade de fomentar práticas e uma consciência mais democráticas entre os agentes do Judiciário, particularmente os que atuam na Justiça Penal. Não obstante as resistências estruturais que o campo judicial certamente apresenta à plena implantação desta Política, incluindo entre elas a concepção lógico-formal de direito predominante entre os agentes judiciais, uma política de estímulo às penas e medidas alternativas, se efetivada a contento, pode contribuir para a contenção dos efeitos de uma tradição judicial pautada na idéia de que o juiz é apenas um aplicador irreflexivo da lei e o detentor exclusivo da faculdade de aplicar o direito. Ademais, tal Política pode, por seguimento, potencializar iniciativas judiciais inovadoras e francamente reformadoras. No Estado do Pará, em Belém, por exemplo, foi instituída uma vara especializada em penas e medidas alternativas que, atualmente, tem projetos financiados pelo Ministério da Justiça justamente em função

³⁰ CITADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A Democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 26.

da Política Nacional de Fomento às Penas e Medidas Alternativas. Estes projetos financiados pelo Ministério são, porém, apenas algumas entre outras possíveis iniciativas inovadoras que podem ser fomentadas pela dita Política, contribuindo assim para uma reforma do Judiciário condizente com o propósito de sua democratização e da garantia de um maior e melhor acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL. **Guia das melhores práticas na gestão judiciária**. S.l: AMB, 2007.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **A produção do direito no Brasil**: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça. Ilhéus: UESC, 2003.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

_____. **A miséria do mundo**. Vários tradutores. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

CITADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A Democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo e CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Justiça e conflito**: os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2005.

_____. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Histórico do programa nacional de penas e medidas alternativas**. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/>. Acesso: 03.01.2008.

RESENDE, Haroldo. A prisão segundo Michel Foucault. In: CALOMENI, Tereza Cristina Barreto (org.). **Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra**. Campos, RJ: Faculdade de Direito de Campos, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (orgs.). **Sociologia e direito: textos básicos para a disciplina sociologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005b.

ZAFFARONI, E. Raúl. Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 05, n. 20, out./dez, 1997.