

## Sistema Penal, Controle Social e Direitos Fundamentais. Reflexões sobre as Penas e Medidas Processual-Penais Alternativas

Eliezer Gomes da Silva\*

**Resumo:** O presente artigo, de cunho viés crítico-comparativo (notadamente pelo cotejo analítico e a reflexão empreendidos acerca das inovações na legislação penal brasileira à luz de certas tradições, teorizações e práticas penais criminológicas e político criminais de países da *Common Law*, notadamente a experiência britânica) procurará explorar as contingências sociais, políticas e econômicas que permeiam a expansão dos chamados substitutivos penais (penas e medidas processual-penais alternativas), sua coexistência contraditória e simbiótica com a expansão e recrudescimento do sistema penal ("net-widening"), os conflitos entre um modelo de justiça penal "negociada" e a observância das garantias e direitos fundamentais no tocante ao legítimo exercício do direito de punir, a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade como norte de redução do grau de discricionariedade na aplicação dos substitutivos penais e, por fim, discutirá até que ponto a propalada revalorização da vítima pode se considerar contemplada com as reformas legislativas realizadas (leis 9099/95 e 9714/98) e se estas são plenamente compatíveis com a filosofia político-criminal conhecida como "justiça restauradora".

**Abstract:** Alternative, community penalties: a critical and comparative approach (Common Law and Brazilian systems). The article explores the social, political and economic inputs to contemporary penal policies, its challenges, contradictions, dilemmas and perspectives. The risks of "net-widening". "Negotiated" criminal justice and potential violation of constitutional rights. Alternatives penalties, social control and "just deserts" (proportionality). Due consideration to victims and restorative justice: perspectives and realities.

**Palavras-chaves:** Penas alternativas. Substitutivos penais. Alternativas à prisão. "Net-widening". Justiça consensual. Conflito. Transação penal. Suspensão condicional do processo. Suspensão condicional da pena. Sursis. Penas comunitárias. Controle Social. Lei 9099. Lei 9714. Juizados Especiais. Penas restritivas de Direitos. Medidas alternativas. Direito de punir. Direitos fundamentais. *Due process of law*. Devido processo legal. Vítima. Justiça restauradora.

**Key-words:** Alternative penalties. Penal substitutes. Alternatives to prison. "Netwidening". Consensus Justice. Conflict. Penal Transaction. Conditional suspension of the process. Conditional suspension of the penalty. Sursis. Community penalties. Social Control. Law 9099. Law 9714. Special Courts. Restrictive penalties of Rights. Alternative measures. Right to punishing. Fundamental rights. Due process of law. Due legal process. Victim. Restoring Justice.

\*Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, Mestre em Criminologia pela Universidade de Cambridge, Inglaterra (título revalidado pela USP), Mestre em Linguística pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor de Criminologia e Direito Penal na UNIBRASIL, em Curitiba. Promotor de Justiça no Estado do Paraná desde 1990. Atualmente também preside a FEMPAR (Fundação Escola do Ministério Público do Paraná). Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da Unibrasil (NUPECONST). [eligosil@terra.com.br](mailto:eligosil@terra.com.br).

### Introdução

O presente trabalho, de viés crítico-comparativo (notadamente pelo cotejo analítico das inovações da legislação penal brasileira com certas tradições e reflexões penais, criminológicas e político-criminais de países da *Common Law*, notadamente a experiência britânica), procurará refletir sobre algumas questões que se colocam diante das “*alternativas ao tradicional sistema de penas*” (ou de persecução penal). A propósito, doravante atribuiremos a designação genérica de “substitutivos penais” a todas as disposições de indole penal, não privativas de liberdade, tanto as aplicadas ao final do processo (em substituição à pena privativa de liberdade aplicada – penas restritivas de direitos - ou como condição para a suspensão da executoriedade da pena privativa de liberdade – “*sursis*” tradicional) quanto as aplicadas como condição para a não-deflagração do processo ou a suspensão do processo iniciado (transação penal e suspensão condicional do processo), inovações trazidas pela lei 9099/95. Nesse sentido, as questões que nos pareceram de maior relevância para a discussão foram, precisamente, as origens, natureza, filosofia e influxos sociais, políticos e econômicos desses substitutivos penais, o desejado (e o efetivo) grau de envolvimento da comunidade com sua implementação, sua integração ao tradicional sistema de penas e sua compatibilização com os rumos globais das políticas criminais, seus efeitos (previstos e imprevistos) enquanto estratégia de controle social, sua conformação com as garantias fundamentais relacionadas ao exercício do direito de punir e as idéias e práticas mais atuais de cunho vitimológico.

### **1 Influxos Sociais, Políticos e Econômicos dos Substitutivos Penais. Redução ou Expansão do Sistema Penal? Um Caso de “Net-Widening”?**

Tanto DOTTI<sup>1</sup> quanto MELLO<sup>2</sup> fazem referência à contribuição teórica do Movimento da Nova (e “Novíssima”) Defesa Social, de Filippo Gramática e Marc Ancel (portanto, sinalizando uma reflexão que teria sido travada somente a partir da década de 40) como a principal influência teórica para a implementação de alternativas ao sistema de penas. Contudo, é importante ressaltar (para que não se perca uma importante perspectiva histórica), o registro de que a idéia de “alternativas à pena de prisão” teria surgido na Inglaterra, na última metade do século XIX, com o trabalho voluntário da *The*

<sup>1</sup> DOTTI, René Ariel. “O destino das reformas”. In *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: RT, p. 289.

<sup>2</sup> Mello, Dirceu de (1999). “Apresentação”. In GOMES, Luiz Flavio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 7.

*English Temperance Society* (MAY).<sup>3</sup> Os integrantes dessa entidade, acreditando que muitos atos criminosos eram de natureza insignificante e que o envolvimento com o crime era eventual, fruto de uma fraqueza pessoal ou de problemas relacionados ao alcoolismo, visitava as Cortes Inglesas, solicitando aos magistrados que lhes dessem um voto de confiança, encarregando-os de ressocializar os autores de crime. Os delinqüentes selecionados eram, assim, colocados sob a jurisdição desses voluntários, que atuavam como "*police-court missionaries*", ainda segundo MAY.<sup>4</sup>

A partir da experiência de "*ressocialização*" dos delinqüentes, de cunho missionário, foi editada, na Inglaterra, em 1907, lei instituindo o *Probation Service*, possibilitando às autoridades judiciárias inglesas indicar funcionários dessa espécie de "patronato penitenciário", incumbindo-os de "*aconselhar, assistir e ser amigo*" em relação aos delinqüentes que os magistrados considerassem aptos a receber aquela espécie de assistência (MAY).<sup>5</sup> Posteriormente, em 1925, foi editada lei, também na Inglaterra, tornando obrigatória a existência dessa espécie de patronato em todas as Varas Criminais. E, a partir de então, com a profissionalização dos *probation officers*, e o treinamento que passaram a receber para o desempenho de suas funções, seguiu-se também a padronização das abordagens e técnicas de envolvimento da clientela de delinqüentes. Ante o influxo de estudos psicológicos então em voga, que identificavam desvios da personalidade como causa para a prática do crime, propunham uma série de técnicas para a "normalização" dos delinqüentes. Surgia, aí, uma primeira mudança na filosofia e métodos das alternativas ao sistema tradicional de penas.

No pós-guerra, ao mesmo tempo em que se consolidava a idéia da necessidade de "alternativas" à pena de prisão, surgia (em razão dos crescentes índices de criminalidade e de encarceramento e seus correlatos custos), a concomitante conscientização de que o caráter "substitutivo" (por pena privativa de liberdade) e não autônomo dessas medidas deveria ser melhor realçado, reforçando-se a ameaça quanto à possibilidade de aplicação da sanção penal mais rigorosa. Daí a introdução, em 1967, dos institutos de livramento condicional ("*parole*") e da suspensão condicional da pena ("*suspended sentence*"). O primeiro, se representou um avanço no sentido de retirar da penitenciária os presos que não deveriam ali permanecer introduziu, por outro lado, medidas mais intensas de supervisão (monitoramento), pelos *probation officers*, das atividades de seus supervisionados. O segundo, da mesma forma, trazia em si a ameaça de aplicação da pena suspensa, no caso de quebra das condições fixadas (notadamente pela reincidência).

<sup>3</sup> MAY, Tim. "Probation and community sanctions". In Maguire, Mike; Morgan, Rod; Reiner, Robert. *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford: Oxford University Press, pp. 861- 887, 1994.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 862.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 863.

Com o passar dos anos, se de um lado a pressão dos índices de aprisionamento tornava inafastável a implantação de "alternativas" à prisão, por outro lado, as pressões da opinião pública exigiam, por outro lado, uma maior rigidez no acompanhamento dessas medidas penais. Daí a criação, já na década de 70, da pena de prestação de serviços comunitários (*community service orders*), as quais tinham a dupla vantagem (politicamente aferida) de manter apenas a ameaça de prisão, porém sinalizando à sociedade em geral que os delinquentes estavam, na comunidade, "pagando efetivamente sua dívida" (MAY).<sup>6</sup> Daí também a previsão das casas de albergados (*probation hostels*) ou centros de atendimento diário (*day training centres*), estes com enfoque mais pedagógico, notadamente para a recuperação de alcoolismo ou toxicomania. Mais modernamente, a limitação temporária (*curfew orders*) vem sendo redimensionada com a possibilidade de acompanhamento eletrônico de seu cumprimento (seja através de chamadas telefônicas, seja pela utilização de aparelhos controlados por rádio, afixadas ao próprio corpo do supervisionado (NELLIS)),<sup>7</sup> não obstante estas últimas medidas venham suscitando questionamentos de natureza ética (HIRSCH).<sup>8</sup> De qualquer forma, tem havido, nos últimos anos, como padrão geral, um crescente aumento dos níveis de exigência e supervisão dessas medidas penais alternativas, notadamente através da maior utilização de esquemas como os de "intensive supervision probation" (cf. CLEAR & HARDYMAN).

Esse breve esboço histórico da experiência inglesa em tema de medidas penais alternativas serve para lembrar como as reformas penais relativas à prevenção, controle e repressão do crime não possuem linearidade doutrinária alguma. Evidencia, por isso, que não se deve dar uma importância exagerada à influência da doutrina penal nas reformas penais pontualmente implementadas. A evolução da legislação penal e processual-penal não seguem, passo a passo, as tendências da doutrina pátria ou estrangeira. Em verdade, as reformas penais surgem muito mais ao sabor das percepções de setores do legislativo e do executivo sobre como solucionar questões administrativas (por exemplo, o alto custo do sistema penal) ou sobre como dar uma satisfação à comunidade (mormente sob pressões dos meios de comunicação de massa) de que algo está sendo feito. A propósito, é valioso o artigo de GARLAND<sup>9</sup> sobre a necessidade que têm os governantes de, esporadicamente, demonstrar sua "autoridade soberana", vale dizer, sinalizar que o controle da criminalidade ainda não fugiu de suas "rédeas", por mais difícil que a situação possa parecer.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 864.

<sup>7</sup> NELLIS, M. "The electronic monitoring of offenders in England and Wales: recent developments and future prospects", *British Journal of Criminology*, v. 31, 1991, pp. 165-185.

<sup>8</sup> HIRSCH, Andrew von (1990) "The Ethics of Community-Based Sanctions", *Crime & delinquency*, v. 36 (1), 1990, pp. 162-173.

<sup>9</sup> GARLAND, David (1996) "The limits of the sovereign state: strategies of crime control in contemporary society". *British Journal of Criminology*, v. 36, 1996, pp. 445-471.

Olvidando da existência desses influxos sociais, políticos e econômicos para as “alternativas” ao tradicional sistema de penas, muitos têm propalado a idéia de que existiria uma “tendência” universal, irreversível no sentido de ampliar a utilização de tais substitutivos penais, reservando-se para a pena de prisão apenas os casos realmente relevantes. No entanto, esse é um pensamento que, embora comum, não corresponde à realidade da observação criminológica e político-criminal. Em todo o mundo, com raras exceções, ao lado da crescente utilização de sanções penais não privativas de liberdade, tem havido um recrudescimento do uso da pena privativa de liberdade, sobretudo pela influência da opinião pública (ainda que manipulada pela mídia - a chamada “opinião publicada”) ou movida pela simples exploração política de estratégias do tipo “*law and order*”. Muitas vezes, a interpretação desta “consciência coletiva” vem fundada numa confusão entre os índices reais de vitimização e o simples “medo do crime”, dois problemas sociais bastante distintos (ZEDNER).<sup>10</sup> Assim é que no Brasil, ao lado da inserção de substitutivos à pena privativa de liberdade ou ao processo penal tradicional (penas restritivas de direitos, com a reforma da parte geral do Código Penal em 1984, ampliadas pela Lei 9714/98, transação penal e suspensão condicional da pena, criadas pela lei 9099/95), vivenciamos, por exemplo, a edição da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8072/90), prevendo a compulsória aplicação do regime prisional fechado, sem direito à progressão. Esse diploma legal (aprovado em meio a uma “onda” de extorsões mediante seqüestro de abastados empresários, mas que não se restringiu a tais crimes) tem provocado, sobretudo, o aumento do número de pessoas presas, bem acima dos níveis razoáveis. Muitas delas (notadamente mulheres envolvidas na co-autoria de tráfico de entorpecentes) são sistematicamente encarceradas, por imposição legal, mesmo quando possuiriam, em tese, condições subjetivas e objetivas mais que suficientes para a substituição por penas restritivas de direitos), caso fosse aplicável o regime geral do Código Penal. Essa estranha relação simbiótica, em que o sistema penal acaba se expandindo, mesmo quando procura justificar uma compressão (talvez para legitimar a própria expansão) foi captada com astúcia por BITTENCOURT, em artigo publicado logo após a edição da lei 9714/98, naquilo que chamou de “gancho” para novas exasperações de penas”.<sup>11</sup>

Também os Estados Unidos, ao lado da crescente utilização de medidas penais alternativas à prisão (em especial os programas de “*intensive supervision probation*” e o monitoramento eletrônico dos supervisionados) têm vivenciado a edição de leis do tipo “*three strikes and you’re out*.”<sup>12</sup> Essa expressão, que utiliza uma analogia com o

<sup>10</sup> ZEDNER, Lucia. “Victims”. In MAGUIRE, Mike; Morgan, Rod; Reiner, Robert. *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 1218.

<sup>11</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. “Novas penas alternativas: uma análise pragmática”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 28, out.dez. 1999, pp. 85-107.

<sup>12</sup> Sobre os problemas dessa diretriz político-criminal, ver a coletânea de artigos editados por Schichor, David; Sechrest, Dale K., eds. *Three strikes and you’re out - vengeance as public policy*. Thousand oaks (California): Sage, 1996.

jogo de *baseball* (com três faltas o jogador deixa de participar do jogo), pretende significar que na terceira prática do crime - por mais insignificante que seja. Por exemplo, em casos de pequenos furtos, reiteradamente cometidos - seria aplicada desde uma pena altíssima - em torno de 25 anos - até uma "life sentence" (prisão "perpétua" ou por tempo indeterminado).<sup>13</sup> Em conseqüência, Estados como a Califórnia, onde leis desse tipo têm sido editadas com maior abrangência, vêm experimentando um enorme crescimento na população carcerária. Em 1994, somente este Estado norte-americano contava com cerca de 104 mil prisioneiros, o que já equivalia à "mais alta população carcerária do mundo ocidental, mais que duas vezes as populações carcerárias da Alemanha Ocidental e da Grã-Bretanha" (ZIMRING & HAWKINS).<sup>14</sup> Dez anos após, particularmente ao final de 2004, a população carcerária da Califórnia era de 163.346 presos, segundo dados oficiais da Youth and Adult Correctional Agency do Estado da Califórnia ([www.corr.ca.gov](http://www.corr.ca.gov)), num aumento nominal, "bruto" de quase 60%.<sup>15</sup> Lembre-se, apenas para fins de comparação, que no Brasil, sob a vigência da lei de crimes hediondos, nossa população carcerária total equivalia a 148.760 presos, conforme censo penitenciário de 1995, promovido pelo Ministério da Justiça ([www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br)). Dez anos após, tendo tido já alguns significativos anos de vigência das leis que ampliaram as hipóteses de aplicação das penas e medidas processual-penais alternativas (leis 9099/95 e 9714/98), o Ministério da Justiça anuncia que, em junho de 2004, segundo informes obtidos junto aos Estados Distrito Federal, "o sistema penitenciário, como conjunto, apresenta um total de 328.776 presos e internados, sedo 134.266 no regime fechado, 32508 no regime semi-aberto, 78.523 na condição de presos provisórios e 3.827 cumprindo medida de segurança" (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA/DEPEN).<sup>16</sup> Excetuadas as medidas de segurança, totalizariamos 324.949 presos, portanto um acréscimo nominal de mais de 200% em dez anos.

<sup>13</sup> "O longo alcance de tais políticas pode ser visto no caso da lei dos "três faltas e você está fora", da Califórnia, que comina uma pena de 25 anos até a uma pena por tempo indeterminado para um terceiro crime, seguindo dois crimes anteriores, graves ou violentos. Uma decisão deste ano da Suprema Corte dos Estados Unidos convalidou a lei californiana num caso de um homem condenado a no mínimo 50 anos por furtar fitas de vídeo no valor de US\$ 153,00." (MAUER, 2003: 10).

<sup>14</sup> ZIMRING, Franklin E.; HAWKINS, Gordon. "The Growth of Imprisonment in California". In KING, R; MAGUIRE M. *Prisons in context (número especial do British Journal of Criminology)*, 1994, p. 83.

<sup>15</sup> A base de comparação mais acurada (e recomendada em matéria de estatística criminal) é entre o número de presos por cada 100.000 habitantes, para evitar interferências de variação populacional na estimativa). Apesar dessa ressalva, o simples percentual nominal aqui utilizado já é capaz, por si só, de suportar o argumento de fundo, já que nenhuma população de um Estado interior, salvo circunstâncias excepcionalíssimas, cresce 63% a cada 10 (dez) anos, após a compensação entre o número de nascimentos e óbitos.

<sup>16</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Departamento Penitenciário Nacional. "Sistema Penitenciário no Brasil: diagnóstico e propostas". In [www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br), Brasília, 2005, p. 5.

Alguns teóricos (GARLAND)<sup>17</sup> chegam a afirmar que essa bifurcação nas tendências político-criminais (crescimento simultâneo do uso de medidas penais alternativas e de penas privativas de liberdade), que desmistifica a idéia de que quanto maior a abrangência de aplicação das penas e medidas processual-penais alternativas, menores os índices de encarceramento, é mera consequência do fato (muitas vezes esquecido) de que o controle do crime (como alertava Durkheim) não pode desprezar as sensibilidades políticas, sociais e econômicas, do que não se descaram os que dependem de mandato popular. Afinal, uma visão abrangente (e não exclusivamente “jurídica”) dos múltiplos influxos que conduzem a reformas penais pontuais pode revelar efeitos normalmente não cogitados, queridos ou divulgados pelos próprios formuladores ou entusiastas das reformas penais implementadas.

Um desses efeitos (especificamente em relação às medidas penais alternativas) corresponde ao fenômeno do “*net-widening*”. Por essa expressão (literalmente, “*alargamento da rede*”), ficou mundialmente conhecida a principal metáfora cunhada por COHEN<sup>18</sup> para demonstrar o efeito paradoxal comumente observado quando da implantação de penas não privativas de liberdade e medidas processual-penais alternativas: ao invés de diminuir o ingresso ou a manutenção de pessoas no “sistema penal”, acabam tendo o efeito diametralmente oposto. Isto porque, diante da imagem de que os substitutivos penais são mais “suaves” que os tradicionais instrumentos de persecução e sanção penal, são atraídos para esse sistema penal (aí incluídos, obviamente, órgãos como os nossos juizados especiais criminais) pessoas e situações que, em princípio, deveriam estar isentas de qualquer providência pelo sistema penal (formal ou informal) – hipóteses típicas de esperada descriminalização. Assim, ao invés de o sistema penal diminuir o seu escopo de atuação como estratégia de controle social, acaba ampliando-o (ou, para ampliarmos a metáfora principal de COHEN<sup>19</sup> “*mais peixes são capturados*” pelo sistema), quando não provoca até um aumento do índice de aprisionamento, decorrente da quebra das condições impostas com as medidas penais alternativas, retardando sua “saída” do sistema penal. Para este último fenômeno, COHEN<sup>20</sup> utilizou outra metáfora ictiológica (“*thinning the mesh*”, literalmente, “estreitando a malha” (da rede), ou seja mais “*peixes*” retidos na “rede” do sistema penal. Essa constatação, embora

<sup>17</sup> GARLAND, David. “The limits of the sovereign state: strategies of crime control in contemporary society”. *British Journal of Criminology*, v. 36, 1996, pp. 445-471.

<sup>18</sup> COHEN, Stanley. *The punitive city: notes on the dispersal of social control. Contemporary Crisis* v. 3, 1979, pp. 339-363.

<sup>19</sup> *Idem. ibidem.*

<sup>20</sup> *Idem. ibidem.*

reelaborada ou contestada por estudos posteriores (BOTTOMS,<sup>21</sup> BLOMBERG,<sup>22</sup> MACMAHON<sup>23</sup> e NELKEN<sup>24</sup>), acabou se tornando um importante paradigma de verificação da eficácia das medidas penais alternativas no sentido de efetivamente desviarem da penitenciária apenas quem poderia nela estar (como, por exemplo, em HIRSCH, WASIK & GREENE).<sup>25</sup> E partir de tais considerações e estudos, tornaram-se comuns assertivas como as de AUSTIN & KRISBER de que “há pouca evidência de que as penas alternativas tenham substituído, substancialmente, o aprisionamento”.<sup>26</sup>

Com efeito, em que pese a escassez de estudos empíricos, no Brasil, sobre os efeitos da implantação da Lei 9099/95 ou de sua complementação (a Lei 9714/98), a simplificação procedimental insita à própria lei já prenuncia a ocorrência, também aqui (e em larga escala) do “net-widening”. Veja-se, por exemplo, que o artigo 77, parágrafo 1º da Lei 9099/95, prevê que para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no artigo 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente.

Ora, esta previsão, a pretexto de dar maior celeridade e simplicidade ao procedimento, traz em si o efeito colateral de eventualmente gerar o oferecimento de proposta de transação (condicionada a uma série de obrigações e restrições por parte do suposto autor da infração), em situações em que o Ministério Público, à falta de maiores elementos probatórios, não hesitaria em propor, no regime anterior, o arquivamento do inquérito policial. E essa especulação poderia ser empiricamente medida, num levantamento simples, correlacionando-se a evolução do número de inquéritos policiais arquivados, numa determinada cidade, num determinado período homogêneo de tempo e sem que nenhum acontecimento extraordinário tenha ocorrido, com o número de “termos circunstanciados” arquivados, pelos mesmos crimes em tese, antes e após a implantação da Lei 9099/95.

<sup>21</sup> BOTTOMS, Anthony E. “Neglected features of contemporary penal systems”. In GARLAND, David; YOUNG, Peter (eds.). *The power to punish*. London: Heinemann, 1983, pp. 166-202.

<sup>22</sup> BLOMBERG, Thomas G. “Beyond metaphors: penal reform as net-widening”. In BLOMBERG, Thomas G.; COHEN, Stanley (eds.) *Punishment and social control - essays in honor of Sheldon L. Messinger*. New York: Aldine de Gruyter, 1995, pp. 45-61.

<sup>23</sup> MACMAHON, M. W. (1996) “Net-Widening’: Vagaries in the Use of a Concept”. *British Journal of Criminology*, v. 30, 1996, pp. 121-149.

<sup>24</sup> NELKEN, David. “Discipline and punish: some notes on the margin”. *The Howard Journal*, v. 28 (4), 1989, 245, 254.

<sup>25</sup> HIRSCH, Andrew von; WASIK, Martin; GREENE, Judith. In HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew (org.). *Principled Sentencing*, Boston: Northeastern University Press, 1992 [1988], pp. 368-388.

<sup>26</sup> AUSTIN, James; KRISBERG, Barry. “‘Alternatives’ to Incarceration: substitutes or supplements?” In HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew (org.) *Principled Sentencing*, Boston: Northeastern University Press, 1992 [1990], p. 333.



Em apoio à tese de que o “net-widening” tem ocorrido na experiência brasileira advinda com as Leis 9099/95, temos o testemunho (ou observação participativa, permissível instrumento de pesquisa qualitativa) de WUNDERLICH que, tendo integrado a Comissão especial para avaliação dos juizados especiais criminais do Ministério da Justiça (portaria MJ n. 384/2002), constatou que “com o advento da lei [9099/95] uma série de tipos sem qualquer dignidade penal e que poderiam ser descriminalizados, acabaram revigorados. Contravenções que estavam desaparecidas, hoje engordam as prateleiras forenses”.<sup>27</sup>

## **2 Justiça Penal “Negociada” e Preservação de Direitos Fundamentais: Avanço ou Retrocesso?**

Preocupa-nos o fato de que, na disciplina introduzida pela lei 9099/95 e considerada a precariedade da assistência judiciária gratuita no Brasil (de resto fenômeno universal, com raras exceções), muitas vezes o suposto autor da infração comparece à audiência preliminar desacompanhado de advogado. Esse fato gera, de regra, a nomeação de um defensor *ad hoc*, pró-forma, sem que se tenha a certeza de que os interesses do suposto autor da infração estão suficientemente resguardados. Vale dizer, sem que normalmente se tenha a certeza se essa transação penal ou suspensão condicional do processo é realmente vantajosa, não apenas por uma perfunctória avaliação subjetiva do grau de envolvimento do suposto autor da infração, mas considerando sobretudo a solidez (ou fragilidade) das provas coligidas pelo órgão acusador. Sem contar na maior vulnerabilidade do suposto autor da infração diante de um Juiz e de um Promotor ansiosos para que mais um “acordo” seja celebrado.

Em contraste, os que podem arcar com os custos de uma defesa técnica digna desse nome são, de regra, aconselhados a não aceitar a proposta de suspensão condicional do processo ou mesmo de transação penal. Até porque bem sabem que, além de terem a possibilidade de, com uma amplíssima gama de estratégias defensivas (em cognição primária e em grau de recurso) desconstituir as bases da acusação, ainda poderão contar, a seu favor, com fatos que, conquanto devessem ser extraordinários, lamentavelmente são bastante corriqueiros, e até esperados, como a prescrição da pretensão punitiva. De uma forma ou de outra, afora o denominado “*strepitus fori*”, a “transação penal”, possibilitada pela lei 9099/95, facilita a normal opção dos indiciados bem assessorados - e em condições materiais e emocionais de arcar com os custos do litígio - de contestar a acusação, rejeitando a proposta de acordo, já que na pior das hipóteses sofrerão uma condenação que redundará, na prática, em penas equivalentes àquelas que receberiam caso aceitassem, de imediato, a transação penal.

<sup>27</sup> WUNDERLICH, Alexandre. “A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da lei 9099/95”. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminas/Revista dos Tribunais, vol. 47, 2004, p. 250.

WUNDERLICH<sup>28</sup> assim resume suas conclusões no sentido das deturpações e retrocessos (em termos de garantias constitucionais e processuais) advindas da experiência de “justiça penal consensual” instituída pela lei 9099/95, particularmente no que tange à transação penal:

*O cenário é de horror. Vislumbro um euforismo apagado, uma revolução que não deu certo, um notável avanço que se notabilizou retrocesso, um modernismo que é antigo e uma desburocratização que cada vez mais se burocratiza. A Lei n. 90999, ressalvadas as exceções absolutamente isoladas, não foi e não está sendo aplicada. Só para exemplificar: conciliações impostas às partes, propostas de transação penal quando não há justa causa para o oferecimento de denúncia ou queixa-crime, propostas de transação penal sem qualquer individualização ou obediência à realidade sócio-econômica do autor do fato, audiências preliminares realizadas sem a presença de advogados, sem a vítima, sem o representante do Ministério Público e até sem juiz.*

Mas não é só. Em audiência pública realizada na cidade do Rio de Janeiro em agosto de 2002, como um dos membros da Comissão de Avaliação dos Juizados Especiais Criminais, tive a oportunidade de escutar um relato sobre a realização de “audiências coletivas” – conciliações e transações penais formuladas indistintamente aos supostos autores dos fatos e, pior, com índice de aceitação geral. Na mesma ocasião constatei empiricamente a insatisfação dos movimentos feministas e das ONGs de estudos de gênero com relação ao que denominaram de impunidade do autor do fato nos conflitos com violência contra a mulher. O desabafo foi geral. Um jovem magistrado carioca fez uso da palavra para retratar o seu cotidiano dramático. Primeiro, referiu que não tinha aptidão para ser conciliador e, após, justificou que não tinha tempo para conciliar face o excessivo número de conflito que abarcavam em seu juizado. A insatisfação se deu às inteiras, das partes aos juízes.

No mesmo sentido, a crítica de PRADO<sup>29</sup> quanto à inevitável incompatibilidade entre a sumarização procedimental imposta pela lei 9099/95 no instituto da transação penal (que não se confunde com a tutela de urgência) e as exigências do devido processo legal, direito fundamental que não pode ser amesquinhado como sinônimo de “observância do processo previsto em lei”, e sim considerado em sua estatura constitucional própria. Escreve PRADO:

*Ora, a sentença homologatória da transação penal não tem o caráter de provisoriedade, que é da essência da tutela de urgência. Sequer reclama urgência, salvo se compreendida fora dos padrões do direito e assumida à vista das angústias de um programa midiático de política criminal. Sendo assim, não caberia ser o produto final de atividades fundadas na mais superficial das cognições, que é a de mera aparência, juízo de verossimilhança, que de ordinário se presta à comprovação da justa causa para o exercício da ação penal condenatória.*

<sup>28</sup> *Idem*, p. 249.

<sup>29</sup> PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 216.

Pudesse ser empregado para impor, direta ou indiretamente, pena de prisão, este procedimento do artigo 76 da Lei n. 9099/95, que é vazio de atividades processuais de instrução, estaria em desacordo com a Constituição.

Somente pode ser aceito, nos dias atuais, como faculdade da defesa de abrir mão do devido processo legal, em busca da solução de compromisso decorrente da patrimonialização do direito penal, avaliada no item anterior.

A doutrina hesita em reconhecer mas é preciso afirmar, sob pena de deixar as palavras criarem realidade, que não há devido processo legal na transação penal brasileira.

Tais impressões, de indignado balanço crítico da efetivação dos Juizados Especiais Criminais (comuns a COUTINHO),<sup>30</sup> atualizam (e corroboram) críticas acerbadas, formuladas por parte minoritária da doutrina penal e processual penal, ao novo regime legal imposto pela lei 9099/95, que talvez tenha tido em REALE JR., seu mais precoce e contundente representante (1997).<sup>31/32</sup>

Interessante notar nossa tendência de incorporarmos, tardiamente, soluções alienígenas, quando os próprios países de origem (que as instituíram) já vivenciam seu ocaso, sendo objeto de intenso debate sobre a razoabilidade de sua manutenção. A transação penal, por exemplo, se espelha nas “*guilty plea*” do direito anglo-americano, instituto cuja total extinção vem sendo defendida por respeitados penalistas britânicos, como ASHWORTH<sup>33</sup> (1994: 281), particularmente no que tange à explicitação de um significativo “desconto” (na qualidade ou quantidade) da sanção penal, caso o indiciado opte por não enfrentar o processo penal. Embora os argumentos de ASHWORTH (e de tantos outros) não tenham sensibilizado a Comissão permanente de alteração legislativa da Grã-Bretanha, que no documento intitulado “Justice for all” Criminal Justice White Paper ([www.dca.gov.uk/pubs/white.htm](http://www.dca.gov.uk/pubs/white.htm)) acatou o relatório AULT ampliando os termos

<sup>30</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Manifesto contra os juizados especiais criminais: uma leitura de certa ‘efetivação constitucional’”. In SCAFF, Fernando Facury. (org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 347-358.

<sup>31</sup> REALE JR., Miguel. “Pena sem processo”. In PITOMBO, Antônio S. de Moraes (org.). *Juizados especiais criminais: interpretação crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 25-31.

<sup>32</sup> Sem embargo, a obra de AZEVEDO. *Penas alternativas à prisão: os substitutivos penais no sistema penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2005, com a qual tivemos a satisfação de contribuir em termos de fontes bibliográficas escritas em língua inglesa, como gentil e expressamente reconhecido (AZEVEDO, 2005: 20), muitas delas aqui referidas, talvez represente hoje um dos mais abrangentes esforços, em língua portuguesa, no sentido de um enfoque teórico, histórico, sistemático e crítico do que autora prefere chamar de “substitutivos penais no sistema penal brasileiro”. A notável empreita, fruto de sua dissertação de Mestrado defendida na UNESPAR, campus de Jacarezinho, PR, onde participamos como examinador, juntamente com César Roberto Bitencourt e Gilberto Giacoia, seu orientador, vem legitimada ainda pela experiência pioneira da autora como Promotora de Justiça em Curitiba desde a implantação dos juizados especiais criminais naquela cidade e, logo em seguida, como integrante de comissão nacional instituída pelo Ministério da Justiça.

<sup>33</sup> ASHWORTH, Andrew. *The criminal process - an evaluative study*. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 281.

de aplicação da “*guilty-plea*”, o pleito de abolição das “*guilty pleas*” (formulado por respeitáveis juristas não só da Grã-Bretanha como dos próprios Estados Unidos – onde o instituto tem aplicação há tempos – e em larga escala) leva em conta os princípios da presunção de inocência, do privilégio contra a auto-incriminação, do direito à igualdade de tratamento, do direito a um interrogatório justo e público - direitos e garantias fundamentais previstos na Convenção Européia de Direitos Humanos. Ademais, para ASHWORTH,<sup>34</sup> esses acordos tratam a questão da pena como uma mercadoria negociável - não diretamente, na Inglaterra e no País de Gales, onde o juiz e as partes raramente discutem os termos específicos das sentenças, mas indiretamente na medida em que a pena pode refletir não o dano e a culpabilidade da conduta do denunciado mas o resultado de negociações.

Nessa mesma linha de argumentos de ASHWORTH – quanto à violação de direitos fundamentais (relacionados ao exercício do direito de punir) decorrentes da prática de uma certa “justiça negociada” (ou “consensual”), temos a manifestação de PRADO:<sup>35</sup>

*Na realidade, a transação penal criou uma situação no mínimo estranha ao permitir a aplicação de pena fundada em juízo provisório de culpabilidade. Isto porque uma das funções do processo penal consiste em determinar, dentro de certos limites, a existência da infração penal, considerada não somente do ponto de vista objetivo mas por conta da culpabilidade do agente. Sem a constatação processual da culpabilidade a rigor não caberia impor penas.*

Portanto, acaso formulada a proposta de transação e recusando-se o réu (“autor do fato”) a aceitá-la, o juiz deverá ficar limitado à sanção penal objeto da oferta, salvo se surgirem provas, ao longo da instrução, que alterem a convicção acerca da responsabilidade penal do réu. Isto por fidelidade ao sistema acusatório. A simples reprodução no processo das informações que estavam ao alcance das partes no termo circunstanciado não modifica o cenário sobre o qual foram produzidas as “interpretações” sobre a culpabilidade. A idéia de uma pena inferior à correspondente culpabilidade do agente, embora tendo por escopo “premiar” o “réu-contratante”, viola a elemental concepção da necessidade de pena ou punição. Poder-se-ia argumentar: havendo co-réu em idêntica situação, quanto à infração penal apurada, e não tendo o co-réu aceito a proposta de transação penal, somente este comportamento processual justificaria a diferente punição? Advoga-se aqui que não.

Num manifesto contra o relatório AULT, acatado pela referida comissão legislativa britânica, DARBYSHIRE,<sup>36</sup> jurista britânica, fazendo coro ao Professor

<sup>34</sup> *Idem. ibidem.*

<sup>35</sup> PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 218.

<sup>36</sup> DARBYSHIRE, Penny. “Plea bargaining and sentencing rewards. Comentários encaminhados à Comissão Real de reforma legislativa da Grã-Bretanha”. In [www.dca.gov.uk/criminal/auldcom/ar/ar10.htm](http://www.dca.gov.uk/criminal/auldcom/ar/ar10.htm), sem data, acessado em 30-10-05.

ASHWORTH<sup>37</sup> assim expressa sua firme oposição ao instituto, especialmente pelos deletérios efeitos que poderia advir de uma certa “justiça negociada”:

*Enquanto eu posso entender que ele [AULT, relator da proposta de alteração legislativa] se opõe diametralmente a nós [DARBYSHIRE e ASHWORTH], acerca da moralidade de se recompensar a abstenção de contestar a lide penal com uma redução [da pena], ele somente lidou com uma parte de nossos argumentos e não abordou meu principal receio de que um padrão dosimétrico formalizado, que é o que ele e a Ordem dos Advogados querem, inevitavelmente transformará nosso processo criminal num sistema plenamente dispositivo [“plea bargaining system”], como ocorre nos Estados Unidos e nos quais alguns estados têm tentado reverter. A Justiça será feita entre portas fechadas, entre advogados e o juiz: mais inocentes se absterão de contestar a lide penal e os culpados não terão a pena que efetivamente merecem.*

*Andrew Ashworth e eu, assim como um sem número de proeminentes professores americanos, consideramos que a redução da pena [como condição para não contestar a acusação – “plea guilty”] constitui uma punição hipócrita e antiliberal para o réu que exerce seu direito de se submeter a um julgamento.*

Não podemos esquecer que o mesmo juiz que preside a fase conciliatória (com a vítima) será o que, frustradas a conciliação e a negociação (com o MP) julgará o processo. Logo, está claramente contaminado e será imenso o prejuízo causado pelo pré-juízo. Não há como controlar a imagem negativa que se formará no (in)consciente do julgador, pela frustração do acordo pela recusa do réu. Dependendo do caso, o argumentado e admitido na fase negocial acabará fulminando – initio litis – no (in)consciente do juiz, a própria presunção de inocência, principal sustentáculo do garantismo processual.

Há, portanto, fortes argumentos, no Brasil e nos próprios países da *Common Law* (de um pragmatismo jurídico muito mais acirrado que nos países de *Civil Law*), no sentido de se indagar se, nas hipóteses de justiça penal “negociada” (particularmente, no contexto brasileiro, em caso de transação penal) se efetivamente a Justiça Penal atingiu um grau mínimo de convicção (*beyond reasonable doubt*) acerca da culpabilidade do réu ou se, seduzida pela “percepção” subjetiva (e por vezes moralista ou discriminatória) de que o réu merece uma reprimenda, e confortada pelo fato de que essa reprimenda não corresponde, de qualquer forma, a uma pena privativa de liberdade (o que HIRSCH denomina de “teoria de qualquer coisa menos a prisão”),<sup>38</sup> não se acaba lhe impondo uma sanção que, à luz do patamar minimamente exigido pelo *due process of law*, o devido processo legal, certamente não se poderia aplicar.

<sup>37</sup> ASHWORTH, Andrew. *The criminal process - an evaluative study*. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 281.

<sup>38</sup> HIRSCH, Andrew von. “The ethics of community-based sanctions”, *Crime & Delinquency*, vol. 36 (1), 1990, p. 165.

### 3 Penas Alternativas à Prisão, Controle Social e Princípio da Proporcionalidade

A idéia de penas alternativas à prisão pressupõe, em princípio, o efetivo engajamento da sociedade na punição, recuperação ou reabilitação de quem praticou um crime. Até porque, se a sociedade comunga do entendimento de que determinada pessoa, tendo cometido determinado crime, em determinadas circunstâncias, não merece ser “incapacitada” (“retirada de circulação”),<sup>39</sup> é porque confia em que essa pessoa ainda pode, com o necessário auxílio, voltar ao convívio social pacífico. No entanto, o simples fato de o réu “*prestar serviços à comunidade*”, por exemplo, se não fizer parte de um conjunto sistemático e harmônico de procedimentos e programas, não acarretará, por si só, qualquer melhora nas relações entre o indivíduo e a comunidade que o circunda, o que compromete, irremediavelmente, eventual filosofia ressocializadora ou qualquer estratégia de controle social através do Direito Penal. Aliás, se esse ideal de reabilitação parte da premissa de que o envolvimento de determinada pessoa com o crime aconteceu por um ruptura de um virtual “contrato social”, essa reinserção do indivíduo no seio da comunidade, para fins de cumprimento de uma pena alternativa deve, logicamente, envolver uma reflexão sobre os motivos da quebra desse “contrato” e a prática de ações orientadas para que essa ruptura não volte a ocorrer. E, para tanto (convenhamos) é necessário, no mínimo, um aparato institucional ou comunitário permanente muito mais ambicioso (e custoso) do que se poderia imaginar, em princípio. Portanto, ao contrário do que normalmente se alardeia, a implementação consequente de alternativas à pena de prisão não significa uma redução necessária nos custos e investimentos financeiros públicos (se comparados às inversões no sistema pena tradicional). Não apenas exige recursos administrativos, financeiros, materiais e humanos (que não podem ser meramente delegados à já sobrecarregada “sociedade civil organizada”, particularmente às instituições do chamado terceiro setor), como pressupõe avanços no grau de envolvimento e na sensibilização da própria comunidade no tocante ao sistema penal como um todo.

A propósito, a inclusão, num mesmo contorno expositivo, tanto das penas alternativas à prisão propriamente ditas quanto das chamadas medidas processual-penais alternativas, serve para realçar seu importante elo comum (a tentativa de controle social do delinqüente pelo Direito Penal em ambiente aberto – no seio da própria

<sup>39</sup> Por “incapacitação”, denomina-se o pensamento penológico dos que, como Morris (1992 [1982]) e Wilson (1992 [1983]) defendem políticas criminais utilitárias que, excluindo completamente de seus propósitos a ressocialização ou reabilitação dos criminosos, pretendem simplesmente que o réu condenado não tenha a mínima possibilidade (porque encarcerado) de praticar novos delitos. Os adeptos da “incapacitação seletiva” chegam a defender a adoção de técnicas atuariais e psicológicas objetivando a previsão da probabilidade de nova reincidência, para selecionar os que devem ou não ser incapacitados. Essa vertente, é bom que se diga, tem sofrido acirrada crítica, por muitos autores, como, por exemplo, de von Hirsch (1992).

comunidade), viés que, no Brasil parece ter sido esquecido, com a idéia de que somente a partir da edição da Lei 9099/95 (instituindo as condições para a transação penal ou a suspensão do processo), da Lei 9714/98 (ampliando o rol de penas restritivas de direitos e as possibilidades de sua incidência) ou mesmo a nova edição da parte geral do Código Penal, em 1984 (prevendo as próprias penas restritivas de direito) passamos a conviver com a idéia de medidas penais alternativas, substitutivas da pena de prisão. E essa observação nos parece importante para lembrarmos que nossa experiência em termos de *sursis* tradicional (suspensão condicional da pena), regime aberto, livramento condicional (que não deixam de ser, no fundo, outros exemplos de penas “comunitárias” ou “alternativas à pena de prisão”) poderá nos trazer preciosas lições sobre as perspectivas de sucesso das alternativas ao sistema de penas (e de persecução penal - acrescentá-rias) adotadas mais recentemente. Referimo-nos, desde já, à questão da fiscalização das penas e medidas penais alternativas, levando-se em conta os diferentes contextos de aplicação da lei num país de dimensões continentais como o Brasil.

Como vimos numa das seções acima, com o breve esboço histórico da experiência inglesa, a existência de um grupo de pessoas voluntárias e (mais tarde) de um corpo de funcionários exclusivamente empenhado no acompanhamento dos delinquentes que deixavam de receber a pena de prisão (ou tinham sua execução suspensa) sempre esteve intimamente associada à imperiosa necessidade de um acompanhamento de tais “medidas”, a despeito de serem aplicadas quase que totalmente fora de estabelecimentos penais. No Brasil, entretanto, a inexistência de um corpo organizado ao menos de uma sistemática de fiscalização de cumprimento das condições dos regimes de “liberdade vigiada” (suspensão condicional da pena e livramento condicional), regime aberto ou de semi-liberdade acarretou a comum associação de que tais soluções penais eram sinônimo de autêntica impunidade. Isso não impediu, entretanto, que o rol de penas e medidas penais alternativas fosse ampliado (com a edição das leis 9099/95 e 9714/98) sem que se procurasse corrigir os problemas estruturais de implantação dos regimes anteriores de “liberdade vigiada” ou “semi-liberdade”, mormente no que tange à fiscalização do cumprimento das condições impostas.

Essas não são questões que se impõem apenas ao nível de implementação de políticas administrativas (ou da boa-vontade dos órgãos de administração da justiça estadual), mas deveriam estar necessariamente ligadas à orientação político-criminal que se pretendeu seguir, de forma a dotar o programa de uma sistemática minimamente coerente e eficaz. Caso contrário, muitas das medidas acabarão conduzindo, inexoravelmente, ao fracasso e à frustração, considerando-se os objetivos ou (reais ou anunciados) que levaram à sua implantação. Ou, em resumo, sem uma política criminal clara, harmônica, coerente e dotada dos meios materiais básicos para a sua consecução, qualquer iniciativa de lei (por mais bem-intencionados que sejam seus mentores) redundará em grande insucesso. Nesse sentido, há que se louvar os esforços da Comissão Nacional de Acompanhamento

de Penas e Medidas Alternativas, vinculada ao Ministério da Justiça, que nos informa já contabiliza 37 Centrais de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas, em 25 estados, conveniadas com o Ministério da Justiça e 6 Varas Especializadas de Execução de Penas Alternativas ([www.mj.gov.br/dep/penasalternativas](http://www.mj.gov.br/dep/penasalternativas)). Caberia apenas uma pesquisa empírica para se constatar se tais Centrais e Varas têm cumprido efetivamente o seu papel, como órgãos de supervisão, controle e fiscalização da aplicação dos substitutivos penais.

Por outro lado, é correto o argumento de que as penas e medidas alternativas se baseiam muito mais em fins de prevenção e reabilitação do que em fins de retributivos, na confiança de que a simples ameaça de uma sanção penal mais grave torne prescindíveis outros instrumentos para dissuadir o autor (ou suposto autor) da infração a abandonar a prática delitiva. No entanto, esse argumento deverá enfrentar pelo menos duas questões. Primeiro, se a idéia de penas e medidas penais “comunitárias” tem objetivos mais pragmáticos, é de se indagar se esse pragmatismo leva em conta uma mínima proporcionalidade entre a gravidade do crime cometido (não resolúvel apenas na quantidade da pena cominada ou aplicada – critério legal – mas também na espécie de crime praticado) e as conseqüências penais dele decorrentes. Segundo, se essas medidas, embora consideradas “autônomas” trazem em si a eterna possibilidade de redundarem numa pena de prisão, é porque o fato praticado é suficientemente grave. E se é suficientemente grave a ponto de justificar uma pena de prisão (ainda que remota), será que uma restrição de direitos ou de liberdade (em verdade uma obrigação de fazer ou não fazer), cumprida sem a mínima fiscalização ou supervisão, não seria exageradamente branda, considerando o mínimo de retribuição que a possibilidade (nunca afastada) da pena de prisão traria embutida? Ou, inversamente, será que a possibilidade de um substitutivo penal ser convertido em pena de prisão não seria por demais gravoso, considerando os próprios fundamentos de sua instituição?

Nesse aspecto, essa mania de neutralizar sinônimos (“medida penal” e não pena, ato infracional e não crime) acaba por ofuscar a visualização de situações muito mais injustas do que o bem-intencionado eufemismo poderia prever. Assim, não se considerando como autênticas penas a natureza das condições para a submissão do acusado ao regime dos “substitutivos penais”, perde-se a preocupação com a gravidade qualitativa do crime subjacente e a distinta onerosidade entre as várias obrigações ou condições impostas. Por exemplo, em contextos de execução distintas, um abismo considerável pode ser constatado entre, digamos, uma limitação de fim de semana e a prestação de serviços à comunidade ou a entrega de uma “cesta básica” à vítima. Da mesma forma, entre as condições de cumprimento do *sursis* e de cumprimento de uma pena restritiva de direitos. Não que se deva tolher a liberdade discricionária do juiz de aplicar a medida penal que lhe pareça mais adequada à situação. A questão é que essa discricionariedade não pode violar o princípio penal e constitucional básico (dentro



de uma filosofia penal minimamente retributiva) da correlação entre a gravidade da pena e a sanção aplicada (proporcionalidade). Sem contar num tratamento minimamente isonômico em relação aos efeitos de um ilícito realizado em circunstâncias semelhantes.

Curioso é que os próprios países de *Common Law*, onde as penas indeterminadas foram, historicamente, tão amplamente aplicadas (com as subjacentes idéias de periculosidade e reabilitação, a condicionarem a saída do sentenciado do sistema penal) vem se rendendo à idéia da proporcionalidade, sufragando a teoria dos “*just deserts*” (numa tradução aproximada, “apenas o merecido”) e aplicando-a inclusive para as penas e medidas penais alternativas à prisão (WASIK & HIRSCH).<sup>40</sup> Outra questão importante que têm considerado refere-se à própria previsão das “*back-up sanctions*”, ou seja, a razoabilidade da conversão de penas não privativas de liberdade em penas privativas de liberdade. Afinal, se as medidas penais não privativas de liberdade destinam-se, em princípio, a crimes cuja gravidade não justificaria a pena de prisão (caso contrário, teríamos a legitimação do fenômeno do “*net-widening*” e ter-se-ia não uma “alternativa” mas um “acréscimo” às possibilidades de aplicação da pena privativa de liberdade, como vimos na seção anterior), tem-se questionado até que ponto é razoável sua conversão automática em pena de prisão. HIRSCH,<sup>41</sup> analisando esta situação, chega a formular diversos esquemas para o enfrentamento do problema, sem que se viole o princípio da proporcionalidade. Numa dessas propostas, defende a possibilidade de modificação de uma pena alternativa por outra (porém dentro de uma mesma faixa de resposta penal admissível, à vista da gravidade do crime praticado - por exemplo, uma pena restritiva de direito mais rigorosa que outra).

Uma questão curiosa, por exemplo, é que, com a edição da lei 9714/98, as penas restritivas de direito são aplicadas aos crimes apenas com até 4 anos de detenção, desde que não cometidos com violência ou grave ameaça. Há aqui uma certa distorção, na medida em que enquanto alguns crimes (como, por exemplo o estelionato, a sonegação fiscal, englobados pelo dispositivo), embora não praticados com violência ou grave ameaça, muitas vezes são crimes bem mais graves que outros crimes “de rua” (como o roubo) praticados com violência. Afinal, o próprio patamar de apenamento máximo (4 anos) para fins de aplicação da Lei 9714/98 já deveria pressupor a prática de infrações de gravidade média (não excluindo, portanto, *a priori*, crimes praticados com violência ou grave ameaça). Aliás, essa lei penal reforça a tradição histórica de nossos legisladores de serem excessivamente severos com delitos contra a propriedade, os quais, de regra, não são praticados pelas camadas de *status* social médio ou alto, o que revela um componente de classe que não pode ser esquecido.

<sup>40</sup> WASIK, Martin; Hirsch, Andrew von. “Non-custodial penalties and the principles of desert”. *The criminal law review*, 1988, pp. 555-572.

<sup>41</sup> *Idem, ibidem*.

Para contornar parte desses problemas, a lei inglesa de justiça criminal, editada em 1991 (mutilada, em muitos aspectos pelas reformas penais posteriores, no sentido de recrudescimento do rigor do sistema penal), previa uma escala de níveis de onerosidade das medidas penais alternativas, ou seja, uma hierarquia entre tais medidas, de sorte que, num nível mais baixo, fazíamos as *absolute e conditional discharge* (as quais, pela analogia que se poderia fazer com o E.C.A. corresponderia à remissão total e parcial, como forma de exclusão do processo; em seguida, a obrigação de reparar o dano (*compensation order*); depois, as multas (*fines*); liberdade assistida (*probation*); limitação de horários de circulação (*curfew orders*), prestação de serviços comunitários (*community service orders*); uma pena cumulando mais de uma medida penal alternativa (*combination orders*) e finalmente, a suspensão condicional da pena privativa de liberdade (*suspended sentence of imprisonment*).<sup>42</sup> Portanto, nosso tradicional *sursis* (da pena) somente seria cabível no nível de mais alta gravidade do crime vinculado à medida penal aplicada (embora imediatamente inferior ao nível exigido para a imposição de pena de prisão), o que justificaria a própria virtual aplicação da pena privativa de liberdade “suspensa”. Já em nosso sistema, inexistindo previsão legal a esse respeito sobre quais os critérios deverá o juiz usar entre um e outro substitutivo penal, pode ser bem mais gravoso ao suposto autor da infração cumprir uma pena restritiva de direitos que uma condenação em regime aberto.

#### **4 A Questão da Vítima e os Substitutivos Penais: Rumo Efetivo à Justiça “Restauradora”?**

Poder-se-á argumentar ainda que essas medidas processual-penais criadas com a lei 9099/95 não têm conteúdo retributivo, preventivo ou pragmático algum, mas que pretendem tão somente contribuir para pacificar conflitos individuais. De fato, muito se tem argumentado em torno desse ponto de vista, que tem sido seguido à risca com a idéia de “*restorative justice*”, e seus esquemas de mediação (*mediation schemes*),<sup>43</sup> que procuram pôr a vítima em contato com o réu (inclusive possibilitando que com este converse, desabafe) na esperança de que essa espécie de contato não apenas tenha um potencial de fazer com que o acusado, se dando conta do mal causado, procure melhorar seu comportamento, como também porque, muitas vezes, o simples desabafar da vítima (perguntando, por exemplo, ao réu “*por que praticou o ato criminoso*” pode por vezes tranquilizá-la). Com efeito, a importância dos controles

<sup>42</sup> Para um maior detalhamento, em língua portuguesa, acerca da sistemática legislativa em matéria de penas alternativas na Inglaterra e nos Estados Unidos, vide o estudo de ALBUQUERQUE (2004).

<sup>43</sup> Sobre relato de experiências desse tipo, na Grã-Bretanha, ver LAUNAY, 1985. Vide ainda a publicação brasileira de artigo de LAURRARI, 2004.

sociais informais tem sido revalorizada nas experiências penais contemporâneas. Epítome dessa dimensão temos a obra de BRAITHWAITE, *Crime, Shame & Reintegration*,<sup>44</sup> inclusive com a réplica que este autor australiano faz, em artigo posterior, às críticas de que, considerando as características de nossa sociedade moderna, essa estigmatização benéfica, reintegradora, seria impraticável (BRAITHWAITE).<sup>45</sup> Sem embargo, é de ser lembrado que nem todos os crimes sujeitos a penas restritivas de direitos ou outra medidas penais não privativas da liberdade envolvem questões interpessoais, entre um autor e uma vítima predeterminada, limitando a aplicação da filosofia da “*restorative justice*”. De qualquer forma, é hora de tratarmos da propalada “redescoberta” da vítima.

Costuma-se afirmar que um dos principais objetivos da lei 9099/95 e da Lei 9714/98 teria sido a “revalorização da vítima”. Essa intenção, se verdadeira, não faz jus às tímidas propostas realizadas nesse sentido, nas reformas penais brasileiras, se comparadas a iniciativas de outros países, como nos informa ZEDNER.<sup>46</sup> Vejamos:

*Em primeiro lugar, a idéia de que a reparação do dano, diretamente à vítima, seria um avanço extraordinário, tem por primeira limitação o fato de que, enquanto para alguns réus a reparação do dano (em razão de sua privilegiada situação financeira) não terá efeito pedagógico algum, outros réus (e aí uma grande clientela do sistema penal) simplesmente não se encontram em nenhuma condição de reparar o dano, dada a situação de miserabilidade em que se encontram. Nenhuma menção se tem normalmente feito, na doutrina penal brasileira, quanto a iniciativas de alguns países no sentido de obrigar o próprio Estado a arcar com a indenização, ao menos em casos de crimes com violência interpessoal, praticados por pessoas que não se encontram em condições de indenizar a vítima.*<sup>47</sup>

É certo que esse tipo de ponderação sempre suscitará o argumento financeiro, no sentido de que nosso país ainda não se encontra em condições de prover esse tipo de auxílio. Entretanto, esse dado em si já é discutível, considerando que os governos não tem dado às verbas públicas suficiente aplicação em programas de cunho social (e às vezes cultural). Por outro lado, a iniciativa privada tem sido conclamada a colaborar (sobretudo mediante incentivos fiscais) em tantas iniciativas de cunho social, que não poderia ser descartada a possibilidade de também fazê-lo em amparo a vítimas de crime. Agora, se se chega mesmo à conclusão de que esse tipo de iniciativa é realmente inviável, que

<sup>44</sup> BRAITHWAITE, J. *Crime, Shame and reintegration*. Melbourne: Oxford University Press, 1989.

<sup>45</sup> BRAITHWAITE, John (1993) “Shame and Modernity”. *The British Journal of Criminology*, v. 33, 1993, pp. 1-18.

<sup>46</sup> ZEDNER, Lucia. “Victims”. In MAGUIRE, Mike; Morgan, Rod; Reiner, Robert. *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford: Oxford University Press, 1994, pp. 1207-1246.

<sup>47</sup> O princípio da responsabilidade civil objetiva tem por fundamento esse vínculo de solidariedade.

se tenha então a coragem de denunciar a imperfeição do sistema em prestar auxílio às vítimas, abstando-se os reformadores penais de propalar que os interesses da vítima estariam bem protegidos exclusivamente com a previsão, quer na lei 9099/95 quer na Lei 9714/98 de estímulos penais ou processual-penais ao acusado para a reparação do dano causado à vítima.

Sob outro prisma, é de se ponderar que, muitas vezes, o que a vítima precisa não é de apoio material ou financeiro, mas auxílio para questões de ordem prática (por exemplo, trocar o segredo da chave, trocar o vidro quebrado, alguém que cuide das crianças durante o período de hospitalização) ou mesmo auxílio de âmbito psicológico. Pense-se, por exemplo, na devastadora condição psicológica e social de uma vítima de violência familiar. Aqui, é de se lembrar que a experiência criminosa, enquanto vítima, pode trazer graves conseqüências para a vida da pessoa envolvida, alterando a sua própria rotina (sentimento de impotência, de culpabilidade pelo evento, depressão, medo de sair às ruas, etc.) Nesse ponto, a experiência de outros países tem demonstrado que os planos de ação comunitária, voltados a essas necessidades específicas) parecem ser de grande eficácia. Não apenas pelo auxílio em si à vítima, mas porque reforça os lados de solidariedade. Outro aspecto positivo é que tais esquemas de voluntariado, por se pautarem na troca de experiências de âmbito prático (normalmente envolvendo pessoas que viveram, no passado, experiências semelhantes às da pessoa assistida), não se limitando a uma assistência técnica especializada (psicólogos, assistentes sociais, psiquiatras), muitas vezes de pouca eficácia.

Outra inovação nem de longe cogitada em nossa doutrina pátria refere-se às *victim-impact statements*, ou seja declarações da vítima, que antecedem à prolação da sentença condenatória, onde a vítima declara, detalhadamente, o impacto, os efeitos adversos sofridos com a prática criminosa. Tais declarações têm por escopo influenciar na dosimetria da pena, embora com os limites éticos que a doutrina penal com razão se apressa em fixar (ASHWORTH).<sup>48</sup>

Outra importante ponderação refere-se ao modo como o sistema penal trata as vítimas. Como realçou CHRISTIE, em clássico artigo, "*Conflict as Property*",<sup>49</sup> o Estado chamou tanto a si a responsabilidade de tratar os conflitos (pondo fim à "autotutela") que, exagerando na dose, acabou não apenas por afastar a vítima do que chama de seu "caso", como por tratá-la como se fosse adversária dos demais operadores do Direito. Hoje em dia a tendência é de se assegurar à vítima o Direito de manter-se informada sobre o processo, que a afeta enormemente (razões de arquivamento do inquérito policial, da condenação, ou de eventual

<sup>48</sup> ASHWORTH, Andrew (1993). "Victim impact statements and sentencing". *The Criminal Law Review*, 1993, pp. 498-599.

<sup>49</sup> CHRISTIE, Nils (1977) "Conflict as property". *The British Journal of Criminology*, v. 17, 1977, pp. 1-15.

absolvição, etc. ). Mas isso não quer dizer, necessariamente, que se trata agora de uma justiça “consensual”, que o conflito necessariamente tenha deixado de existir e, nessa dimensão, não deva ser adequadamente considerado. A propósito, as pertinentes considerações de PRADO,<sup>50</sup> em argumentação de todo coerente com o pensamento de CHRISTIE.

Nem mesmo seria preciso arrolar razões de ordem humanitária para uma maior atenção à importância às vítimas no processo. Muitas vezes a vítima é, por exemplo, personagem chave na cognição de todo o evento criminoso e nem mesmo o órgão de acusação procura assegurar a participação das vítimas no processo (muitas vezes nem mesmo envida esforços para descobrir ou manter seu endereço). Além disso, questões de ordem prática, como, por exemplo, evitar que a vítima, nos corredores dos tribunais, tenha que passar pelos dissabores de eventuais hostilidades de outras testemunhas ou familiares do réu são preocupações que também fazem parte das concepções vitimológicas modernas, tendo em que conta o reconhecimento de que as vítimas de crimes têm necessidades e expectativas muito além da questão meramente patrimonial, ao contrário do enfoque privilegiado pelos últimos dispositivos de nossa legislação penal em matéria de amparo às vítimas. Não se restaura o “equilíbrio” social, emocional, psicológico perdido (objetivo maior da chamada “justiça restauradora”), por quem foi vítima de crime, apenas com efeitos pecuniários.

### Considerações Finais

Esperamos ter deixado claro que qualquer reforma legislativa penal deve transcender os limites estritamente acadêmicos para abordar não apenas questões de ordem prática de todo o sistema penal (polícia, prisões, sistema judicial, etc.), como também levar em conta as contingências de ordem política, econômica, social sob o filtro da ética e do Direito Constitucional. Aliás, esse parece ter sido um equívoco comum por ocasião de nossas (já corriqueiras) reformas penais pontuais. Nossos juristas e legisladores somente a duras penas vêm se apercebendo que essa análise prismática não é apenas necessária, mas fundamental se se pretende realmente implementar alguma medida que leve ao aperfeiçoamento do modo como a sociedade lida com o crime (e não simplesmente dar um efeito meramente simbólico a tais medidas). Daí porque procuramos realçar, com dados da pesquisa criminológica contemporânea, a importância de se pesquisar e conhecer desde os questionamentos

<sup>50</sup> PRADO, Geraldo. “A política criminal da transação penal. Crítica à crítica sobre o conflito. Igualdade e autonomia”. In *Ibid. Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 177.

fáticos, jurídicos e políticos até aspectos mais práticos de materialização das chamadas penas e medidas alternativas. Em suma, procuramos realçar a necessidade de se refletir, aprofundar e aprimorar o sistema de penas e medidas alternativas à luz dos elementos analíticos penais e processuais penais no âmbito de um sistema penal, os limites e possibilidades de utilização do Direito Pena como instrumento de controle social e a conformação, das previsões legislativas e práticas profissionais com o irrenunciável regime constitucional das garantias e direitos fundamentais, particularmente o devido processo legal.