

## A LEI DAS CAUTELARES E AS PENAS ALTERNATIVAS COMO FOMENTADORAS DO POPULISMO PUNITIVO

IGNÁCIO NUNES FERNANDES<sup>1</sup>; Dr. SALAH H. KHALED JR.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>FURG – [ignaciofernandes@hotmail.com](mailto:ignaciofernandes@hotmail.com)

<sup>2</sup>FURG – [prof\\_salah@terra.com.br](mailto:prof_salah@terra.com.br)

### 1. INTRODUÇÃO

A presente investigação, ainda em estágio inicial pretende abordar desde a perspectiva de medidas que objetivaram, em seu princípio uma redução da violência estatal, uma redução do uso banal da pena de prisão. Neste sentido surgem as penas alternativas, como um meio de aplicar o direito penal de outra forma que não a pena privativa de liberdade. Uma tentativa de humanização do direito penal, considerando que a pena de prisão não tem outro fim que não seja a própria reprodução da delinquência (FOUCAULT, 2009).

No mesmo sentido surgem no plano processual penal medidas alternativas à prisão preventiva. A nova lei das cautelares buscou através de outras medidas adversas à prisão um meio de reduzir o uso indiscriminado da prisão preventiva.

Dos dois horizontes que se apresentam vemos uma aproximação no sentido de meios alternativos à pena privativa de liberdade, tanto no plano penal, como no plano cautelar. As iniciativas cujo objetivo era humanizar o sistema penal, buscando reduzir a violência por parte do Estado acabaram sendo uma desilusão geral, porque os tribunais recorreram pouco a elas e porque onde foram usadas, ao invés de esvaziar as prisões as mantiveram superlotadas, funcionando como uma ampliação da rede punitiva, ou seja, o número de presos continuou subindo e, além disso, foram aplicadas penas não privativas de liberdade. (ZAFFARONI, 2014). O questionamento que se fará reside no seguinte fato: se as penas alternativas e as cautelares diversas da prisão são um instrumento apto a reduzir a violência penal (prisão) ou se realmente estes mecanismos servem para incrementar ainda mais os aparatos de controle social?

### 2. METODOLOGIA

Esta investigação se limita em uma revisão bibliográfica, onde buscamos elementos justificadores em autores que sustentam de maneira muito mais densa aquilo que buscamos comprovar em breves linhas.

### 3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Considerando a falência da pena de prisão, ou seja, a sua total ineficácia como meio de conter a violência social, bem como de reintegrar e educar aqueles que se comportam de maneira contrária ao sistema vigente, levou intelectuais a pensar em outras formas de conter a violência por parte do Estado. No decorrer dos anos vimos que a prisão sempre obedeceu a lascívia do capitalismo, desde o processo de disciplina para o trabalho assalariado, ou seja, prender para domesticar a produzir, eis que surge a criminalização dos vadios, dos vagabundos (MELOSSI E PAVARANI, 2010). Também presenciamos no decorrer da história o cambio no sentido da pena que sai do corpo do condenado (suplícios) para a ideia de vigilância (panóptico), é muito mais interessante o controle do que a eliminação para manter e reforçar as estruturas do poder (FOUCAULT, 2009).

Adentrando no tema, em primeiro lugar trataremos das penas alternativas como uma tentativa de escape a um sistema falido. Como sustenta Fragoso, o problema da prisão é a própria prisão (FRAGOSO, 1985). Para Ferrajoli as penas alternativas surgem como um meio à crise do atual sistema de penas, tendo por crise em primeiro lugar a crescente ineficácia do sistema processual provocando um aumento do uso da prisão preventiva, somado a uma intensa ação dos meios de comunicação conferido ao processo, principalmente em relação a delitos de particular interesse social acabam por vezes impondo ao réu um caráter aflightivo e punitivo mais temível que a própria pena (FERRAJOLI, 2009). Nesse sentido não é digno encarcerar, se for necessário que se prenda em casos extremos, que seja a exceção e não a regra, para os demais casos que se aplique penas que assegurem o mínimo de dignidade ao cidadão. Vimos que de todas as tentativas justificadoras da pena, o que se pode constatar é a sua total deslegitimidade tendo como único horizonte uma teoria agnóstica da pena, que desconhece um horizonte contemplativo do *ius puniendi* Estatal (ZAFFARONI, 2001). Logo prender sob o pressuposto de estar contendo a violência e a proteção de bens jurídicos é uma falácia.

Partindo dessa premissa, as penas alternativas surgem como um marco de superação das penas privativas de liberdade, no entanto podemos considerar pacífico entre a doutrina a concepção de que as penas alternativas, não são efetivamente alternativas, pois como sustenta Ferrajoli elas não excluem as penas privativas de liberdade e sim as integram, dando margem a espaços incontroláveis de discricionariedade judicial e executiva. (FERRAJOLI, 2009). Dessa forma nos mostra Apolinário em sua obra orientada a demonstrar o aumento do controle punitivo pela via alternativa à prisão, que ainda que se use as penas alternativas como um meio de evasão ao cárcere, se mantém como núcleo político criminal a pena privativa de liberdade, sendo esta a principal forma de punição. (APOLINÁRIO, 2011).

Dentro dessa dinâmica nos orientamos sob o prisma de Apolinário no sentido de que o direito penal não é o meio mais adequado de socialização das classes excluídas das políticas sociais de natureza estatal. Também afirma que uma aproximação de uma socialização reside num percurso onde as respostas penais sejam efetivamente alternativas e não acessórias ou complementares a violência da prisão. (APOLINÁRIO, 2011). Por fim Apolinário nos esclarece que as penas alternativas não podem nos oferecer todo o seu potencial por estarem plasmadas em um sistema cujo eixo segue sendo a prisão. (APOLINÁRIO, 2012).

Partindo sob o outro prisma de nosso ensaio, as cautelares diversas da prisão até a edição da Lei 12.403/11 permitiam ao magistrado apenas duas opções, a prisão ou a liberdade. De certo com a ampliação do rol de medidas cautelares podemos pensar que o magistrado terá outras opções que não seja a prisão, dessa forma estaríamos imediatamente reduzindo o violento número de presos provisórios em nosso país. Outras possibilidades mais eficazes e menos nocivas permitem manter o controle sem o uso da violência da pena de prisão.

Obviamente estamos no plano do mundo ideal, onde podemos reduzir os níveis de violência dentro de uma margem que garante a maior tutela dos direitos fundamentais do cidadão, bem como respeitando o devido processo legal, afim de que se alcance o máximo de um processo justo. Mas devemos ressaltar a essência de uma medida cautelar, em seu exemplo clássico a prisão cautelar denota o quanto ainda estamos impregnados sob o germe inquisitivo (MORAIS DA ROSA). Prender alguém sem uma sentença, rasgamos a Constituição, ou seja, a presunção da inocência dispõem que até que tenhamos uma sentença transitada em julgado todos somos inocentes. Como se vê, a realidade de nossos

tribunais onde primeiro prendemos e depois investigamos, ou em determinados casos em que a mídia e o clamor público exigem medidas mais drásticas (PRADO, 2014), usamos a prisão preventiva como meio de coação para delações, e dessa forma procede-se a investigação (lava-jato). Outra característica que remonta os tempos inquisitórios são seus fundamentos para a aplicabilidade da prisão cautelar, nesse caso específico a prisão preventiva fala em violação da ordem pública. Ora, não é necessário nenhum esforço mental para conceber que a imprecisão desta expressão flexibiliza e banaliza um instituto de caráter excepcionalíssimo por natureza. Logo se vê que em se tratando de algo que exige um olhar atento, pois estamos tratando de uma situação muito delicada, estamos violando a constituição prendendo pessoas antes de haver processo, a banalidade opera de maneira descabida, pois como nos mostra Morais da Rosa, boa parte da magistratura acredita que a prisão cautelar torna as cidades mais seguras, confirmando o ideal de que o acusado deve aguardar o julgamento preso, o que reforça a tese de que estamos muito mais para um processo penal de matriz inquisitiva do que acusatório. (MORAIS DA ROSA, 2014). Frente a isto Morais da Rosa nos ensina que o projeto inicial de nosso Código de Processo Penal vedava a concessão de liberdade provisória para aqueles considerados vadios, ou seja, o desempregado. E como ressalta Morais da Rosa, considerando o trabalho um direito e não um dever, o Estado criminalizava a inobservância desse direito. (MORAIS DA ROSA, 2014).

Portanto, vemos dessa forma que o paradigma atual da Lei das cautelares, que trouxe medidas diversas da prisão, num primeiro momento buscou a diminuição do uso irrestrito da prisão preventiva como único meio cautelar previsto anteriormente, tendo por fim a redução da violência da prisão sem sentença. O que se pode ver é que o controle processual penal foi intensificado, pois a prisão seguiu sendo o meio majoritário como falamos anteriormente e condutas que normalmente não teriam qualquer tipificação por falta de previsão legal hoje são meios de controle, ou seja, o poder cria mecanismos de restrição da violência, acaba por modificar aquilo que seria benéfico e incremente ainda mais suas estruturas de controle. Os meios tradicionais (prisão) seguem sendo a regra e aquelas modalidades que nem eram pensadas anteriormente são aplicadas em casos de menor gravidade, tendo dessa forma ao invés de uma constrição do poder uma expansão, funcionando os mecanismos de controle de forma inversa ao planejado.

Dessa forma identificamos num primeiro momento que o problema na esfera penal é que este se orienta pelo eixo da prisão, tendo como regra básica a restrição da liberdade, tendo os demais mecanismos como meros acessórios da prisão, e não de um sistema autônomo possivelmente capaz de uma transformação mais eficiente naquilo que se propõe, a contenção do poder punitivo.

Sob o mesmo prisma vemos no plano processual, em nosso caso específico, as cautelares uma cultura orientada mais para o processo inquisitivo, flexibilizando as regras constitucionais básicas da presunção da inocência. Tem-se um sistema que opera sob a lógica de que o acusado tem que provar que é inocente, dessa forma resta óbvio que tal sujeito classificado como perigoso pela mídia, com amplo apoio da sociedade deve ser isolado do convívio social até que se apure aquilo que já foi pré-sentenciado. Que o acusado é culpado. Não distingue tanto dos interrogatórios onde o herege era estendido sob uma mesa e torturado até dizer tudo o que o inquisidor desejava. Talvez os mecanismos tenham se aprimorado, pois esquecer um sujeito em um calabouço sem qualquer condição digna por tempo indeterminado pode ser uma pena maior que uma tortura por

algumas horas. Talvez os inquisidores e suas fogueiras eram menos cruéis que nós.

#### 4. CONCLUSÕES

Dessa forma identificamos num primeiro momento que o problema na esfera penal é que este se orienta pelo eixo da prisão, tendo como regra básica a restrição da liberdade, tendo os demais mecanismos como meros acessórios da prisão, e não de um sistema autônomo possivelmente capaz de uma transformação mais eficiente naquilo que se propõe, a contenção do poder punitivo.

Sob o mesmo prisma vemos no plano processual, em nosso caso específico, as cautelares uma cultura orientada mais para o processo inquisitivo, flexibilizando as regras constitucionais básicas da presunção da inocência. Tem-se um sistema que opera sob a lógica de que o acusado tem que provar que é inocente, dessa forma resta óbvio que tal sujeito classificado como perigoso pela mídia, com amplo apoio da sociedade deve ser isolado do convívio social até que se apure aquilo que já foi pré-sentenciado. Que o acusado é culpado. Não distingue tanto dos interrogatórios onde o herege era estendido sob uma mesa e torturado até dizer tudo o que o inquisidor desejava. Talvez os mecanismos tenham se aprimorado, pois esquecer um sujeito em um calabouço sem qualquer condição digna por tempo indeterminado pode ser uma pena maior que uma tortura por algumas horas. Talvez os inquisidores e suas fogueiras eram menos cruéis que nós.

#### 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- APOLINÁRIO, Marcelo. **A prestação de serviços à comunidade como sanção penal**. Pelotas: Editora Universitária, UFPEL. 2012.
- \_\_\_\_\_. **Breves reflexões sobre o aumento do controle punitivo do Estado pela via alternativa à prisão**. Pelotas: Editora Universitária, UFPEL. 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoria del garantismo penal**. 9<sup>a</sup> Ed. Madrid: Editorial Trotta. 2009.
- FOUCAULT, Michel. **Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión**. 2<sup>a</sup> Ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2009.
- FRAGOSO, Héleno Cláudio. **Lições de direito penal. A nova parte geral**. 7<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1985.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. 2<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2006.
- PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Editora Marcial Pons. 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos. Conferências de criminologia cautelar**. 2<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Editora Saraiva. 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SKOLAR, Alejandro. **Tratado de direito penal, I**. 3<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2003.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2<sup>a</sup> Ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2014.