



A POLÍTICA PENAL ALTERNATIVA COMO ESTRATÉGIA DE RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA A PARTIR DO REALISMO MARGINAL.

Helena Rocha Matos¹

Taiguara Líbano Soares e Souza²

RESUMO: Este artigo objetiva contextualizar o programa penal alternativo no horizonte da crise de legitimidade (ou deslegitimação) do sistema penal através de revisão bibliográfica da Escola Criminológica da Reação Social (criminologia crítica), sobretudo a latino-americana. A partir dessas interlocuções, propõe-se a política pública de práticas penais alternativas sob uma ótica de intervenção penal mínima, desencarceradora e restaurativa. Para tanto, a pesquisa se desenvolve a partir do paradigma do realismo marginal, entendendo a prática penal alternativa como medida de resistência do Estado Democrático de Direito em face do Estado Penal, sobretudo no que tange o encarceramento em massa. Parte-se da tese de que a antítese do abolicionismo penal não é o minimalismo penal, mas sim o eficientismo próprio do capitalismo neoliberal. O artigo pretende apresentar o retrospecto de algumas das mais importantes iniciativas empreendidas na implementação de uma política penal alternativa, sobretudo a partir do realinhamento da política nacional de alternativas penais ocorrida entre 2014 e 2016 no âmbito do Ministério da Justiça e a partir de 2015 no bojo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

PALAVRAS-CHAVE: política penal alternativa; desencarceramento; encarceramento em massa; minimalismo penal; poder punitivo.

ABSTRACT: This article aims to contextualize the alternative penal policy on the horizon of the crisis of legitimacy (or delegitimation) of the penal system through bibliographical revision of the Criminological School of Social Reaction (critical criminology), especially the Latin American one. From these dialogues, the public policy of alternative criminal practices is proposed, under the understanding of a marginal realism, as a measure of resistance of the Democratic Rule of Law in the face of the Penal State, especially regarding mass incarceration. For this, we start from the thesis that the antithesis of penal abolitionism is not criminal minimalism, but the proper efficiency of neoliberal capitalism. The article intends to present a retrospective of some of the most important initiatives undertaken in the implementation of an alternative criminal policy, especially from the realignment of the national policy of criminal alternatives that took place between 2014 and 2016 within the Ministry of Justice and from 2015 onwards. of the National Council of Justice (CNJ).

KEY WORDS: alternative criminal policy; de-incarceration; mass incarceration; criminal minimalism; punitive power.

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional. Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogada. E-mail: helena_rmatos@yahoo.com.br

² Doutor em Direito. Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade Federal Fluminense e do Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais. Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da UFF. E-mail: taiguara_souza@yahoo.com.br



INTRODUÇÃO

“Nenhum dos mortos é santo”³. Essa foi a declaração do Governador do Estado do Amazonas, José Melo, a respeito da chacina ocorrida no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (CONPAJ/AM), que é privatizado, onde 56 custodiados foram assassinados após 17 horas de rebelião em fevereiro de 2017. Em menos de 3 anos, o sistema penitenciário de Manaus/AM produziu ao menos 111 mortos (IBCCRIM, 2019).

O CONPAJ, à época do ocorrido, abrigava 1.224 presos em um ambiente físico com capacidade para 474 pessoas (CNJ, 2019). Com superlotação acima dos 100%, a unidade prisional amazonense é um fiel retrato do sistema carcerário nacional. O Brasil hoje representa a terceira maior população carcerária do mundo, atrás apenas da China e dos Estados Unidos da América. De acordo com os dados oficiais mais recentes (BRASIL, 2019), em junho de 2017 o sistema prisional contava com 726.354 pessoas encarceradas, com taxa de ocupação de 171, 62% e déficit de 303.112 vagas.

A taxa de aprisionamento corresponde a 349,78 presos para cada 100.000 habitantes; a população carcerária cresceu em média 7% ao ano de 1990 a 2017, totalizando um aumento de aproximadamente 161% (BRASIL, 2019). A opulência dos dados, por si só, diagnostica a escalada punitivista típica do Estado centauro⁴ de Loic Wacquant no neoliberalismo (2007, p. 20) marcada pelo declínio do *Welfare State* (Estado de Bem-Estar Social) e a ascensão do *Warfare State* (Estado Penal).

No entanto, o hiperencarceramento no Brasil vai além de meras estatísticas representativas de um Estado incriminador. A superlotação carcerária remonta nos presídios brasileiros um cenário de masmorras medievais, literalmente um depósito humano onde se amontoam corpos até não mais caber. Taiguara Líbano Soares e Souza (2018, p. 270) em sua obra *A era do grande encarceramento: tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro* denuncia através de pesquisa empírica no Rio de Janeiro um “quadro crônico de práticas de tortura, tratamentos cruéis,

³ O Chefe do Poder Executivo Estadual declarou durante entrevista à rádio CBN que "não havia nenhum santo" entre os 56 mortos na rebelião ocorrida no dia 01/01/2017. A declaração se deu em resposta à afirmação do ministro da Justiça, Alexandre de Moraes, de que a maior parte dos mortos não pertencia a facção criminosa.



desumanos e degradantes (...)a prisão-tortura, o modelo prisional onde degradação humana do interno é estrutural e sistêmica”.

Por razões metodológicas, há um recorte neste trabalho na abordagem da gestão biopolítica do sistema de justiça penal do Estado Policial. De acordo com Michel Foucault (2005, p.329) a biopolítica corresponde ao novo paradigma de poder e governança no qual as grandes questões políticas da atualidade manipulam os processos de inserção da vida dos indivíduos como mecanismo de domínio. No Estado policial, a violência é a resposta imediata à conflitividade social, seja por meios oficiais ou não oficiais. É o que sintetiza Walter Benjamin (2009) quando assenta que para os oprimidos, o estado de exceção é a regra.

Para Giorgio Agambem (2003, p. 3), o Estado de exceção⁵ tende a se afirmar como paradigma hegemônico na política contemporânea. Dessa forma, medidas de exceção se tornam regra. Essa transmissão de medidas de caráter provisório e excepcional para técnicas permanentes de governo passa a apresentar um grau de indeterminação entre democracia e absolutismo, entre Estado de Direito e Estado de exceção. Para o autor, essa incerteza entre a norma e a exceção gerou a pauperização da democracia para os indivíduos hipossuficientes no neoliberalismo.

Por esse imperativo de exceção, na visão de Agambem (2003, p. 4) a política contemporânea implica na redução do sujeito a um ser desprovido de qualquer potência política, o *homo sacer* – figura que remonta ao direito romano arcaico como aquele que poderia ser morto impunemente, estando fora da jurisdição do direito e da religião, incluído na *pólis* como *zoé* (mera existência biológica). São vidas nuas a juízo do soberano Estado neoliberal. Foram os negros escravizados; são os moradores das regiões periféricas. São os acautelados do Amazonas.

Nesse contexto, surge na América Latina o populismo punitivo, com o discurso perene de emergência e a insegurança pública como *mercadoria política* (SOZZO, 2007). Esta eleitoralização da emergência cria um mercado de trocas simbólicas, com a produção de novos consensos de controle sobre as subjetividades diante do fato criminal (BATISTA, 2009).

⁵ Usados como sinônimos “seja através da expressão Estado Policial cunhada por Foucault, seja Estado penal, como nomeia Wacquant, Estado de exceção, como estuda Agambem, Sociedade de Controle, como elaborou Deleuze, Estado de sítio com Paulo Arantes, Bonapartismo Soft, como afirma Losurdo, Fascismo societal, como diz Boaventura, Autoritarismo *cool*, como afirma Zaffaroni, militarização da vida social, como anuncia Menegat, todas são denominações diversas para explicitar o mesmo processo de exacerbação do controle repressivo no contexto das democracias contemporâneas” (SOUZA, 2018, p. 125)



1.1. A (DES) LEGITIMIDADE ESTRUTURAL A PARTIR DA PERIFERIA

Para Michel Foucault (2010) a análise sobre a (des)legitimidade do sistema penal diz respeito, preponderantemente, à tensão presente entre o binômio saber/poder. Dessa forma, se a prática penal ocorresse de acordo com o saber penal, estaria legitimado. A relação de correspondência, abordada também pela obra de Louk Hulsman (1993), entre saber e poder, é a expressão do sistema punitivo como uma prática racionalmente planejada.

Iremos tratar do conceito de racionalidade do sistema punitivo nessa pesquisa na esteira de Zaffaroni (2010), entendendo esta como a junção de duas características: a) “coerência interna do discurso jurídico-penal”; b) “seu valor de verdade quanto à nova operatividade social”. O primeiro elemento, a coerência interna, se vê comprometido diante da conjugação do positivismo jurídico-penal com a prática do decisionismo que marca o exercício do poder punitivo; um não sobrevive ao outro, delineando o fracasso de uma pretensa legitimação racional do sistema penal, conforme esclarece Souza (2018, p.32).

Já o elemento da operatividade social reflete a superação do “dever-ser” e a responsabilização pelo “ser”. Para tanto, de acordo com Zaffaroni (2010, p. 17), seriam necessários dois níveis de “verdade social”. Primeiramente, o programa de criminalização primária, em nível abstrato, deve se revestir como meio eficaz para consecução dos fins propostos pelo sistema penal. Num segundo momento, a verdade social indicaria que os indivíduos deveriam conviver de acordo com a ordem jurídica-penal. Se o discurso jurídico-penal não atende a estes dois níveis de verdade social, empiricamente revela-se como falácia.

O que a verificação entre o ser e o dever-ser, sobretudo na América Latina, informa-nos, é a distância abissal entre a entre o saber criminal e o exercício do poder punitivo. Esse descompasso gera a deslegitimidade (e irracionalidade) do sistema de justiça penal como um todo, e de forma estrutural, “pois falar de legitimidade do sistema penal é falar de algo ainda não realizado, quiçá de uma utopia, uma promessa inalcançável” (SOUZA, 2018, p. 32).

A deslegitimidade do poder punitivo é uma premissa da teoria de Alessandro Baratta (1997), que indica como estratégias de política crimina a não redução da política de transformação social à política penal; o entendimento de que o sistema penal é ontologicamente desigual e que a seletividade faz parte da sua natureza; a



que, por apreço à materialidade, precisamos reafirmar seletivo, estigmatizante, opressor e violador de direitos humanos.

Souza (2018, p. 35) sumariza que a própria realidade do sistema penitenciário, marcada por brutal violência institucional, é a evidência fática da ausência de legitimidade, onde a legalidade é relegada à mera ficção. Nesse sentido, não há adequação aos princípios e valores fundantes da Carta Constitucional de 1988, inexistindo legitimidade para o exercício punitivo do Estado.

À guisa de consolidação argumentativa em defesa da deslegitimidade do sistema de justiça penal, remetemo-nos à contribuição apresentada por Vera Regina de Andrade (2006) ao explicar que o sistema punitivo vigente corresponde a uma herança da doutrina escolástica, pautada no maniqueísmo (bem e mal) e numa visão expiatória da pena como castigo pelo pecado cometido, incutindo na sociedade uma visão perenemente polarizada entre quem adentra o cárcere e quem se mantém fora dele. Trata-se de uma sistema marcado por sua “eficácia invertida” pois suas funções declaradas são diametralmente opostas das funções reais que adquire. Nesse sentido, o sistema é estruturalmente incapaz de cumprir as funções que legitimam sua existência, a saber, proteger bens jurídicos, combater e prevenir a criminalidade.

Além de incompetente na sua função, o sistema punitivo funciona seletivamente - criminalizando os baixos estratos sociais e reproduzindo as desigualdades sociais -. Ou seja, o sistema penal engendra mais problemas do que aqueles que se propõem a resolver, se tornando produtor de violências que são distribuídas socialmente de modo desigual. Como se não fosse suficiente, há o agravante dos seus altos custos sociais e do autêntico mercado do controle do crime que, em torno de si, estrutura.

Essa perspectiva de produção de violência justifica porque o sistema penal deve ser compreendido como um verdadeiro sistema de violação de direitos humanos. Na América Latina a deslegitimação decorre da realidade de barbárie, tortura e maus tratos (OEA, 2017; ONU, 2013).

Vários outros elementos podem ser elencados para argumentar a deslegitimação do sistema punitivo, mas iremos nos ater aos até aqui elencados. O que a materialidade nos informa é que o sistema penal contemporâneo, em suma, representa um problema público de violação humanitária e, como tal, deve ser abolido.



do sistema penal e da impossibilidade de quaisquer refunções conjunturais que tenham capacidade de alterar a estrutura ontológica do sistema, que é excludente, estigmatizante e seletiva (BARATTA, 1997).

Tal aceção de minimalismo penal, como meio, assume a razão abolicionista porque não concebe a possibilidade de relegitimação do sistema de justiça penal, no presente ou no futuro. Trata-se de uma estratégia de transição para o abolicionismo. Os modelos mais expressivos desse minimalismo são os de Alessandro Baratta (minimalismo radical)⁸ e Raúl Zaffaroni (realismo marginal). O modelo do segundo autor é o fio condutor da análise promovida na presente pesquisa em razão da perspectiva latino-americanista e periférica que o mesmo confere à sua abordagem criminológica.

O modelo de Zaffaroni (1991, p 106), denominado “Realismo Marginal Latino-americano” foi enunciado na obra *Em Busca das Penas Perdidas* (em resposta e em homenagem latino-americana ao clássico *Penas Perdidas*, de Louk Hulsman). Zaffaroni analisa a discursividade criminológica a partir do realismo marginal como um fato de poder, poder letal, do centro para a periferia. Para ele, uma das técnicas do poder é o controle da informação que impede a comunicação com as margens: é o isolamento internacional e intramarginal. Por que incorporamos acriticamente a ideologia das prisões de segurança máxima norte-americana e não sabemos nada da questão criminal na África? O vilipêndio da questão criminal em nossos países exige que nossa criminologia explique “como operam nossos sistemas, que efeitos produzem, porque e como nos ocultam esses efeitos, que vínculo mantêm com o resto do controle social e do poder, que alternativas existem a essa realidade e como se podem instrumentar” (ZAFFARONI, 1991, p. 19).

Zaffaroni trabalha no realismo marginal para decompor os discursos criminológicos legitimantes do extermínio histórico da região latino-americana. De acordo com o autor, nossa estrutura socioeconômica cultural é decorrente do encontro de vários povos descartados: os índios, os africanos, os europeus pobres, os judeus, os árabes e muçulmanos. É a partir da aceitação do sincretismo cultural como marca definidora da região que Zaffaroni propõe a escuta de um saber popular, o

⁸ Esclarece-nos Baratta (1983, p. 159) “**Nas teorias radicais da política criminal, como o são as teorias ‘abolicionistas’, o critério funciona no sentido de avaliar as reformas como se o seu destino pudesse ser o de ultrapassar o sistema penal tradicional e esta ultrapassagem fosse efetivamente possível.**” (grifo nosso)



conhecimento da realidade que cada grupo humano conservou ou trouxe à América Latina, conforme sua respectiva cultura originária e seus processos de aculturação.

Por essa razão, o empirismo é fundamental ao realismo marginal, pois para essa vertente criminológica, é a partir da materialidade dos marginalizados que poderemos produzir um conhecimento verdadeiramente emancipatório. Para Zaffaroni (1991, p. 89) “a única função racional da criminologia em nossa margem é a de impulsionar o movimento contrário, redutor de violência estrutura”.

Nesse sentido, o realismo marginal de Zaffaroni, na linha da ruptura criminológica da Rosa Del Olmo (1975), do controle social subterrâneo de Lola Anyiar de Castro (1983) e, de forma geral, dos estudos pós-coloniais⁹, são teorias latino-americanas voltadas à superação da colonialidade de poder e do saber denunciadas por Aníbal Quijano (2005).

Ao conceber a criminologia como um rio e na aproximação pela margem, Zaffaroni (1991) conjectura os significados variados que as ideologias dos países centrais impõem à nossa periferia. Só poderíamos promover essa aproximação a partir da compreensão da “multiplicação latino-americana das perguntas centrais, somada à notória inferioridade no desenvolvimento teórico e nos recursos informativos disponíveis” e na dramaticidade do nosso cotidiano violento. Diz ele que no holocausto naturalizado do nosso dia-a-dia, o maior número de mortes é causado por agências do Estado, seja nas execuções policiais ou paramilitares (promovidas pelas milícias), seja pela ausência de políticas públicas eficientes que não protegerão crianças de mortes prematuras ou por ingestão de substâncias químicas por em prol do sucesso do sistema capitalista neoliberal hegemônico.

Em suma, o estudo criminológico que parte da materialidade empírica do capitalismo periférico é um esforço perene de emancipação dos indivíduos em situação de subalternidade estrutural e, por consequência, criminalização. Reduzir a vulnerabilidade dessas pessoas é o objetivo da criminologia realista marginal delineada por Raúl Zaffaroni no final do século XX.

⁹ Para alguns, o “pós-colonial” marca uma condição latente da contemporaneidade e torna-se também um projeto literário, político e teórico. Na afirmação de Miguel Vale de Almeida, o pós-colonialismo acabou por se constituir numa corrente. Uma corrente teórica e crítica que estaria procurando desfazer ou desconstruir o eurocentrismo, com a consciência de que a pós-colonialidade não nasce e não cresce numa distância panóptica em relação à história. Estes estudos estariam propondo um “depois de ter sido trabalhado” pelo colonialismo. Noutros termos, seria uma teoria do “discurso pós-colonial” ou a “crítica pós-colonial”. (ALMEIDA, 2000 apud SOUZA, 2018, p. 128)



com uma “*parcialização arbitrária*”, seria como “*uma ciência da realidade que passa indiferente a muitos milhões de cadáveres*”. Para o autor “o genocídio não pode entrar na criminologia, porque está sendo cometido pelos poderes hoje dominantes”. Este seria o emblema metodológico na criminologia, reconhecer a seletividade arbitrária e “*sepultar definitivamente a ilusão de ciência*”: Zaffaroni propõe a passagem da assepsia à crítica ideológica. (ZAFFARONI, 2007, p. 6-16).

A contribuição que Zaffaroni apresenta à criminologia tradicional latino-americana é a crítica como um saber colonial e racista constitutivo do nosso “*apartheid criminológico*”. A ideia é que está empiricamente verificado que nenhum crime de Estado é cometido sem ensaiar ou apoiar-se em um discurso justificante. Logo, conforme nos esclarece Vera Malaguti Batista (2009, p. 38), o hecatombe em curso no Brasil neoliberal se sustenta em uma criminologia funcionalista e acrítica, que pretende “reordenar, eficientizar o controle social letal legitimando a expansão da barbárie, que se traduz no emparedamento em vida e no aniquilamento de milhares de jovens brasileiros”.

À guisa de finalização desse tópico, Zaffaroni (2007, p. 15) aborda na obra em cotejo as técnicas de neutralização de Sykes e Matza. Para essa teoria, muitas formas de delinquência se baseiam essencialmente “*numa extensão não reconhecida das defesas para os crimes, na forma de justificações à desviação percebidas como válidas para o delinqüente, mas não pelo sistema legal ou sociedade mais ampla*”. As técnicas de neutralização seriam, para o autor argentino, o equivalente às racionalizações abordadas pelos psicólogos como mecanismos de fuga.

Ao analisar o giro epistemológico proposto por Zaffaroni (2007), compreende-se que as técnicas de neutralização compõem a ideologia que vai sustentar massacres oficiais: do Congo belga ao Rio de Janeiro, os homicidas refletirão a imagem de heróis e mártires da manutenção da nova ordem mundial. A técnica de neutralização teorizada pelos europeus e expandida pelos EUA como doutrina de segurança nacional, vai se reconfigurando na atualidade contra o outro/estranho/inimigo.

Trata-se de um mecanismo que produz um perverso consenso legitimante de derramamento de sangue, com confusão entre os métodos e seus objetivos. Vera Malaguti (2009, p. 39), nesse diapasão, elucida que



A unicidade de fundamentos criminológicos na política criminal é fundamental pois é ela que confere os contornos principiológicos e norteadores para o exercício do poder punitivo. Trata-se de transformar conhecimentos criminológicos em “exigências político-criminais, e estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo, em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto” (ROXIN, 2002, p. 82).

Victor Pimenta (2017), Coordenador-Geral de Alternativas Penais do Departamento Penitenciário Nacional (2014-2016), relata que a partir de 2014 houve a possibilidade conjuntural no âmbito do MJ de implementar uma política pública criminal com fundamentos criminológicos a partir do realismo marginal. Especialmente no campo das alternativas penais, essa conjuntura permitiu a consolidação, a internalização e o início de implementação de um conjunto de formulações que foram inicialmente elaboradas em Grupo de Trabalho do MJ instituído em 2011 e que desenvolveu atividades até 2013.

Os acúmulos criminológicos obtidos nesse GT, orientados por uma concepção crítica a respeito da trajetória que a política de alternativas penais assumira até aquele momento, foram então atualizados em novo Grupo de Trabalho (2015), contando ainda com consultorias especializadas mediante parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD/ONU, 2014).

O primeiro registro documental relevante que marca a incorporação de novas diretrizes para o sistema de justiça penal, inclusive gramaticais, se deu com a assinatura, em 09 de abril de 2015, do Acordo de Cooperação CNJ nº 06/2015 e posterior publicação das Diretrizes e Postulados para a Política de Alternativas Penais, entre o Ministro da Justiça e o Presidente do CNJ. O acordo entre os órgãos apresentou como objeto “o propósito de ampliar alternativas penais em substituição à privação de liberdade, contribuindo para o **enfrentamento ao processo de encarceramento em massa**” (grifo nosso).

Na mesma ocasião, ambos os órgãos assumiram o compromisso de desenvolver esforços voltados à implementação das audiências de custódia em todo o país. Podem ser feitas críticas a respeito dessas produções, no sentido de que se tratam de argumentos próprios do gerencialismo e do eficientismo penal.

No entanto, de acordo com o relato de Victor Pimenta (2017) o que houve foi um “acionamento dos acúmulos críticos sobre os efeitos deletérios da prisão, combinado com argumentos eficientistas sobre a gestão do sistema penal”. Para ele,

