

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA/PPGS

Eduardo de Castro Carneiro Pereira

PUNIÇÃO E PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO:
Apontamentos da disputa da racionalidade penal moderna

Goiânia, GO

2019

**TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO PARA DISPONIBILIZAR
VERSÕES ELETRÔNICAS DE TESES E DISSERTAÇÕES
NA BIBLIOTECA DIGITAL DA UFG**

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Goiás (UFG) a disponibilizar, gratuitamente, por meio da Biblioteca Digital de Teses e Dissertações (BDTD/UFG), regulamentada pela Resolução CEPEC nº 832/2007, sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a Lei nº 9610/98, o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou *download*, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data.

1. Identificação do material bibliográfico: ☒ **Dissertação** ☐ **Tese**

2. Identificação da Tese ou Dissertação:

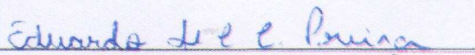
Nome completo do autor: Eduardo de Castro Carneiro Pereira

Título do trabalho: Punição e penas restritivas de direito: Apontamentos da disputa da racionalidade penal moderna

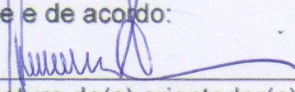
3. Informações de acesso ao documento:

Concorda com a liberação total do documento ☒ **SIM** ☐ **NÃO**¹

Havendo concordância com a disponibilização eletrônica, torna-se imprescindível o envio do(s) arquivo(s) em formato digital PDF da tese ou dissertação.


Assinatura do(a) autor(a)²

Ciente e de acordo:


Assinatura do(a) orientador(a)²

Data: 03 /07 / 2019

¹ Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. A extensão deste prazo suscita justificativa junto à coordenação do curso. Os dados do documento não serão disponibilizados durante o período de embargo.

Casos de embargo:

- Solicitação de registro de patente;
- Submissão de artigo em revista científica;
- Publicação como capítulo de livro;
- Publicação da dissertação/tese em livro.

² A assinatura deve ser escaneada.

EDUARDO DE CASTRO CARNEIRO PEREIRA

**PUNIÇÃO E PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO:
Apontamentos da disputa da racionalidade penal moderna**

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Sociologia da
Universidade Federal de Goiás para a
obtenção do título de Mestre em
Sociologia

Orientador: Prof^o. Dr. Ricardo Barbosa
de Lima.

Goiânia, GO
Abril de 2019

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do
Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UFG.

Punição e Penas Restritivas de Direito: Apontamentos da disputa
da racionalidade penal moderna [manuscrito] / Eduardo de Castro
Carneiro Pereira. - 2019.
79 f.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Barbosa de Lima.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Goiás,
Faculdade de Ciências Sociais (FCS), Programa de Pós-Graduação em
Sociologia, Goiânia, 2019.
Bibliografia.

1. Punição . 2. Modernidade . 3. Penas restritivas de direitos. 4.
Racionalidade penal . 5. Controle social. I. Lima, Dr. Ricardo Barbosa
de , orient. II. Título.

CDU 316



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA

ATA DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO TRABALHO DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO DE

EDUARDO DE CASTRO CARNEIRO PEREIRA

Aos cinco dias do mês de junho de 2019, às 15h30min, na Sala de Defesas da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade Federal de Goiás, realizou-se a sessão de julgamento do trabalho de dissertação do mestrando EDUARDO DE CASTRO CARNEIRO PEREIRA, intitulado *PUNIÇÃO E PENAS RES-TRITIVAS DE DIREITO: APONTAMENTOS DA DISPUTA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA*.

A Banca Examinadora foi composta pelos/a seguintes: Professor Doutor Ricardo Barbosa de Lima (UFG-presidente), Professora Doutora Franciele Silva Cardoso (UFG) e Professora Doutora Telma Ferreira Nascimento Durães (UFG). O candidato apresentou o trabalho, o/as examinador/as o arguíram e ele respondeu às arguições. Às horas, a Banca Examinadora passou a julgamento em sessão reservada, atribuindo ao mestrando os seguintes resultados:

☒ **Aprovado** () Reprovado

Prof. Dr. Ricardo Barbosa de Lima

☒ **Aprovado** () Reprovado

Profa. Dra. Franciele Silva Cardoso

☒ **Aprovado** () Reprovado

Profa. Dra. Telma Ferreira Nascimento Durães

Resultado Final

Aprovado

Reaberta a sessão pública, o Presidente da Banca Examinadora proclamou os resultados e encerrou a sessão, agradecendo a participação dos arguidores, da qual se lavrou a presente ata que será assinada pela Banca Examinadora e entregue à secretaria do Programa de Pós-Graduação em Sociologia, para fins.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos colegas do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal de Goiás, pela experiência conjunta e muito apoio ao longo das disciplinas. Agradeço ao Programa, seus coordenadores e secretaria.

Agradeço ao meu orientador Ricardo de Lima Barbosa por entender as dificuldades do processo de concepção deste documento.

À família, mãe, padrasto, irmão e irmã pelo apoio e suporte nas horas difíceis ao longo desses dois anos. Avós, pelo carinho e disponibilidade de me receber em Goiânia.

Amigos em geral, em especial Sarah Guerra, João Marcelo, João Cyrilo e Luana Santos que me ajudaram na concepção deste documento, seja em horas de suporte na biblioteca seja até emprestando o computador.

Após a morte, a prisão é o exercício mais severo do poder que o Estado tem disponível. Todos nós temos liberdade limitada de alguma forma, forçados a trabalhar para sobreviver, forçados a ser subordinados a nossos superiores, presos em classes ou salas de aula, os prisioneiros da família..., mas, exceto para a pena de morte e torturas físicas, nada é tão extremo quanto à restrições, degradação e desenvolvimento do poder como a prisão.

Nils Christie

RESUMO

O presente estudo reflete sobre a produção da punição enquanto uma instituição social na sociedade ocidental moderna. Tem-se, portanto, como objetivo discutir os parâmetros da sociabilidade da instituição punitiva na relação entre o indivíduo e a estrutura social, bem como o processo de concepção da racionalidade penal moderna. Assim, são utilizadas as teses do garantismo penal e Direito Penal Mínimo para alocar as penas restritivas de direito como resultantes do processo reflexivo característico do sistema jurídico moderno. Além disso, a pesquisa também visa analisar a relação dessas teses com a concepção do Estado Democrático de Direito, e sua capacidade de disputa da racionalidade penal aflagante encontrada nas penas privativas de liberdade e seletividade penal. O problema de pesquisa é a existência da disputa da racionalidade penal moderna centrada nas perspectivas de direito penal mínimo e direito penal máximo. Para isso, foi utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica, buscando comparar e discutir as teorias e produções que já passaram pelo crivo científico. A partir do estudo realizado, foi possível identificar que a racionalidade penal moderna, apesar de ser influenciada pelos parâmetros de diferenciação social, secularização e individuação da perspectiva humanista de concepção de sociedade, ainda tem na punição aflagante a centralidade dos processos de controle social contemporâneos. Tais processos se articulam com as atualizações do modo de produção capitalista na perspectiva da punição como mecanismo de administração e manutenção das desigualdades sociais. As penas restritivas de direito, apesar de institucionalizadas, não superam o modo aflagante de pena e acabam por funcionar como uma espécie de técnica de apêndice que amplia o alcance do controle social contemporâneo. Dessa forma, aponto que a disputa dentro do campo jurídico entre minimalismo e endurecimento penal mantém a mesma estrutura punitivista e seletiva. Também foi possível identificar o deslocamento do processo reflexivo do campo jurídico para o âmbito público, o que resulta em políticas criminais de endurecimento penal seletivo interessantes às propostas neoliberais de diminuição da participação do Estado Social. Essas políticas acabam por imputar, ao indivíduo, uma responsabilidade na resolução de conflitos que tende a hiperindividualização na esfera social e mínima atuação do Estado nos processos de garantias de direitos na atualidade, instituindo uma espécie de Estado Penal. Aponta-se, nesse sentido, a retomada das penas restritivas de direito em um projeto de sociedade que visa a disputa da racionalidade penal moderna não no campo jurídico, mas no campo político, para que se possa combater as violências cotidianas visando a diminuição das desigualdades sociais e, conseqüentemente, a diminuição dos aspectos criminais.

Palavras-chave: Punição; Modernidade; Racionalidade Penal; Penas Restritivas de Direito; Controle Social

ABSTRACT

The present study reflects on the production of punishment as a social institution in modern Western society. Therefore, the objective is to discuss the sociability parameters of the punitive institution in the relationship between the individual and the social structure, as well as the process of conception of modern criminal rationality. Thus, the theses of the penal guarantee and minimum Penal law are used to allocate the restrictive penalties of law as resulting from the reflective process characteristic of the modern legal system. In addition, the research also aims to analyze the relationship between these theses and the conception of the democratic State of law, and their ability to dispute the distressing penal rationality found in the custodial sentences of freedom and criminal selectivity. The problem of research is the existence of the dispute of modern criminal rationality centered on the perspectives of minimum criminal law and maximum criminal law. For this, we used the methodology of bibliographic research, seeking to compare and discuss the theories and productions that have already passed through scientific screening. From the study carried out, it was possible to identify that modern criminal rationality, despite being influenced by the parameters of social differentiation, secularization and individuation of the humanistic perspective of society conception, still has in the punishment the centrality of contemporary social control processes. These processes are articulated with the updates of the capitalist mode of production in the perspective of punishment as a mechanism for the administration and maintenance of social inequalities. The restrictive penalties of law, although institutionalized, do not overcome the distressed mode of punishment is false and end up functioning as a kind of appendix technique that extends the reach of contemporary social control. In this way, I point out that the dispute within the legal field between minimalism and criminal hardening ends up maintaining the same punitivist and selective structure. It was also possible to identify the displacement of the reflective process of the legal field to the public sphere, which results in criminal policies of selective criminal hardening interesting to neoliberal proposals to decrease the participation of the state Social. These policies end up imputing to the individual a responsibility in resolving conflicts that tends to hyperindividualization in the social sphere and minimal performance of the state in the processes of guarantees of rights nowadays, instituting a kind of state Criminal. It is pointed out, in this sense, the resumption of the restrictive penalties of law in a project of society that seeks the dispute of modern criminal rationality not in the legal field, but in the political field, so that one can fight the daily violence aiming the reduction Social inequalities and, consequently, the reduction of criminal aspects.

Key-words: Punishment; Modernity; Criminal Rationality; Restrictive penalties of law; Social Control

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. PUNIÇÃO COMO INSTITUIÇÃO SOCIAL	15
1.1. Modernidade e Direito penal	16
1.2. Punição: a Institucionalização da Vingança	21
1.3. De Estado Social a Estado Punitivo.....	26
1.4. Concepção praxiológica	31
2. GARANTISMO PENAL E RACIONALIDADE PENAL MODERNA: Controle e punição nas alternativas penais	35
2.1. Teses do Garantismo Penal	35
2.1.1. <i>Direito Penal Mínimo</i>	37
2.1.2. <i>Axiomas do Garantismo penal</i>	39
2.1.3. <i>Críticas ao Garantismo</i>	41
2.2. Racionalidade Penal Moderna	43
2.2.1. <i>Público e Direitos Humanos</i>	45
2.3. Controle e Punição nas alternativas penais	48
2.3.1. <i>Disputa política da racionalidade penal no campo jurídico</i>	51
3. RACIONALIDADE PENAL MODERNA E PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO NO BRASIL	54
3.1. Breve Histórico da Punição no Brasil	54
3.1.1. <i>Penas restritivas de direito no Brasil</i>	57
3.2. Estado Social e Estado Penal no Brasil: dilemas das garantias de direitos.....	61
3.3. Apontamentos para disputa da racionalidade penal	67
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	76

INTRODUÇÃO

Quando se pergunta “Porque punir na sociedade?”, a resposta comum é parte da perspectiva do crime e do castigo, na qual se deve punir, pois há transgressão dos valores ou normas estabelecidas por uma comum maioria. Olhando mais a fundo, pode-se perceber que o ato punitivo está atrelado a um poder de definir o que é a transgressão e, conseqüentemente, qual é a pena.

O poder de punir está vinculado, necessariamente, as formas de organização social. Quando esse poder é centralizado em uma figura, revela-se um tipo de sociedade na qual um indivíduo é capaz de decidir quais são os valores que compõem o desenvolvimento de sua estrutura social. Ao longo do desenvolvimento da sociedade ocidental, diversas formas de punição foram utilizadas e todas elas carregam, em si, o encargo da estrutura social com determinada funcionalidade. Ou seja, todas apresentam parâmetros de sociabilidade do tempo e espaço específico que as compõem. Christie (1988) define punição como o ato de distribuição de sofrimento de quem tem o poder de distribuí-lo.

Entretanto, na perspectiva estrutural, a partir da reflexão sobre o advento da modernidade, a punição não se orienta como um fim em si mesma. A influência iluminista de uma sociedade racionalizada impõe ao caráter normativo penal uma ideia de utilidade da pena para manutenção da sociedade industrial, moderna e capitalista em desenvolvimento no Ocidente. Dentro dessa perspectiva utilitarista de funcionalidade, destaca-se a reforma do indivíduo e o reforço dos valores da consciência coletiva, agora inseridos em um projeto de diferenciação social¹ em uma dinâmica da secularização das relações sociais² no processo de individuação³ dos ambientes societários que, em última análise, revelam o caráter moral da sociabilidade moderna (DURKHEIM, 1999).

Assim, um processo de reflexividade calcado nos parâmetros da racionalidade diferencia como a relação entre indivíduo e sociedade concebe o desenvolvimento da modernidade ocidental. Se antes a punição tinha um caráter corpóreo, baseado no castigo físico, agora, tendo em vista esse contexto, passa a apresentar uma racionalidade econômica e política no desenvolvimento da estrutura social moderna.

¹ Processo pelo qual os indivíduos se diferenciam, se individualizam, se especializam.

² Processo pelo qual a razão passa a ter papel definitivo na maneira de se organizarem as relações em sociedade.

³ Processo de separação do público e do privado, no que se refere as identidades e as instituições, onde centro é a racionalidade.

Atualmente, as penas restritivas de direito são, no processo reflexivo penal, as técnicas punitivas reivindicadas pela área de conhecimento fundamentada no garantismo penal, como possível solucionadora dos problemas e conflitos criados pela punição afliativa baseada em prisões. No que tange aos Direitos Humanos, o Direito Penal Mínimo ganha escopo institucional de uma punição com garantias de direitos asseguradas, que se mostra tanto mais efetiva na ressocialização do apenado e quanto com uma real capacidade de diminuição de delitos nas sociedades ocidentais. Contudo, a tese de endurecimento penal tem ganhado os espaços práticos da punição enquanto instituição, demonstrando o caráter político punitivo. Como consequência, o número de encarcerados nas sociedades ocidentais cresceu de maneira exponencial e, além disso, os discursos alocados na pena afliativa como combatente das violências cotidianas vêm ditando as discussões em âmbito midiático e político. Por exemplo, mesmo frações dos movimentos sociais de mulheres, da população LGBTQ+ e de pessoas negras, quando reivindicam suas pautas identitárias de reconhecimento, de garantia de acesso e de manutenção de direitos civis, sociais e políticos, com relação ao âmbito punitivo, optam pelo endurecimento penal como resposta política para demarcar seu espaço como cidadãos e cidadãs.

O problema da presente pesquisa, portanto, apresenta-se nessa dualidade, na medida em que enquanto o processo racional e reflexivo aponta soluções por intervenções minimalistas, a sociedade tende a responder com a aplicabilidade máxima da punição. A disputa no interior do campo jurídico, especificamente no subcampo penal entre o Direito Penal Mínimo e o Direito Penal Máximo acaba por encobrir uma continuidade das penas afliativas quando analisada à luz da racionalidade penal moderna. Tendo em vista que o garantismo penal é, na lei, a doutrina que garante a funcionalidade do sistema jurídico contemporâneo, atrelado a perspectiva de reflexividade moderna, o Direito Penal Mínimo é a resposta do caráter especializado, diferenciado e secularizado aos processos punitivos. Porém, a prática afliativa é o resultado final das políticas punitivas contemporâneas na estrutura social.

Dessa maneira, o que se apresenta enquanto uma disputa de racionalidade pelo projeto político punitivo configura-se como uma demonstração de conflito que não se apresenta na substituição da estrutura, na medida em que o sentido afliativo da racionalidade penal moderna na estrutura social é colocado em análise. Independente da técnica punitiva, inclusive em projetos políticos específicos, as penas restritivas de direito servem como uma ampliação da capacidade do controle social seletivo, em

constante administração e manutenção de desigualdades sociais, uma vez que não substituem a centralidade da prisão (BERDET, 2015).

A partir desse problema de pesquisa, pretende-se compreender a racionalidade penal moderna nas penas restritivas de direito e a suposta disputa entre Direito Penal Mínimo e Direito Penal Máximo no campo jurídico. A hipótese é de que a disputa não ocorre no subcampo penal racionalizado e, quando ocorre, o fim é a distribuição da racionalidade penal aflitiva, ressaltando/salientando que a punição na sociedade moderna está vinculada ao um projeto político punitivo estrutural.

Para abordar tal problema, foi adotada uma metodologia de pesquisa bibliográfica, ou seja, a partir da discussão e comparação de teorias e produções acadêmicas na área das Ciências Sociais, que já passaram por crivo científico. O objetivo é compreender como a categoria punição se articula no desenvolvimento da racionalidade moderna ocidental e como se apresenta nas sociedades que a aplicam, a fim de identificar a racionalidade penal, a qual organiza a estrutura social ocidental no modo de produção capitalista, bem como suas atualizações reflexivas.

O trabalho parte, nesse sentido, de uma reflexão com o objetivo de identificar o caráter da racionalidade da instituição social punitiva e tentar demonstrar a disputa do subcampo penal no que tange técnica punitiva, de forma particular, nas penas restritivas de direito no Brasil. O intuito é discutir que, ao manter determinada estrutura social, a instituição punitiva servirá a um projeto de administração da pobreza e manutenção de desigualdades sociais.

Dessa forma, a presente pesquisa está estruturada em três capítulos, a fim de sustentar a ideia que as penas restritivas de direito atualmente funcionam como apêndice do Estado Penal e acabam por ampliar a capacidade de alcance do controle social, apesar da aparente disputa de racionalidade alocada na técnica punitiva racional e ressocializadora. O primeiro capítulo pretende cumprir o objetivo de trazer, a partir das teorias sociais, a categoria punição como instituição social capaz de demonstrar que os modelos punitivos estão diretamente relacionados à organização societária. Discute-se os parâmetros da sociabilidade moderna no direito penal e a institucionalização do castigo nas concepções de Estado Social e Estado Penal. Este capítulo inicial é finalizado com a discussão da metodologia praxiológica⁴ de Pierre Bourdieu, na qual os

⁴ Metodologia do Sociólogo Pierre Bourdieu. Ver em “ Razões práticas sobre a teoria da ação” (2004).

conceitos de campo⁵, doxa⁶ e habitus⁷ constroem a perspectiva de análise das penas restritivas de direito enquanto um mecanismo de disputa das penalidades aflitivas da estrutura social.

Já o segundo capítulo trata do surgimento das teses do garantismo penal e a concepção da doutrina do Direito Penal Mínimo, a fim de localizar as penas restritivas de direito como técnicas punitivas alocadas em determinado projeto político de desenvolvimento social a partir de parâmetros reflexivos do sistema jurídico na concepção da punição como instituição moderna. Também são discutidos os aspectos da racionalidade penal moderna que concebem a dualidade das restritivas de direito com a centralidade da punição aflitiva, bem como a ideia de controle social e seletividade das alternativas ao cárcere.

Por fim, o terceiro capítulo trata da problemática da punição como instituição social no Brasil, visando demonstrar o desenvolvimento da racionalidade moderna nas formas e técnicas punitivas, bem como sua relação com a estrutura social. Também busca-se discutir as penas restritivas de direito enquanto processo reflexivo do sistema jurídico para sustentar a hipótese da ampliação da rede controle social calcado nos preceitos da seletividade. Além disso, levanta-se apontamentos da capacidade de disputa da racionalidade penal moderna através das políticas criminais minimalistas que tem sua materialidade nas restritivas de direito.

Tais discussões são importantes num cenário de constante crescimento da violência urbana e de endurecimento das políticas criminais como resposta política imediata aos conflitos contemporâneos. Nota-se um recrudescimento da participação do Estado no quesito de expansão das políticas sociais e também o surgimento de novas políticas punitivas, o que revela o intuito de deslocamento do processo reflexivo moderno, antes na especialidade diferenciada, mas agora nos anseios das subjetividades (WACQUANT, 2008).

⁵ O Campo “É um universo social particular constituído de agentes ocupando posições específicas dependentes do volume e da estrutura do capital eficiente dentro do campo considerado. É um sistema de posições que podem ser alteradas e contestadas” (BOURDIEU, 2001, p. 92).

⁶ Cada campo possui uma doxa, pressupostos cognitivos e avaliativos aceitos e reconhecidos pelos agentes do campo, sendo fortemente naturalizados, ou seja, regras e verdades implícitas que são conhecidas pelos dominantes do campo e que ao serem desveladas pelos dominados garantem-lhes alguma possibilidade de impor uma nova doxa. As regras são objeto de luta (BOURDIEU, 2002).

⁷ Habitus é o sistema de disposições adquiridas pela aprendizagem implícita ou explícita que funciona como um sistema de esquemas geradores, é gerador de estratégias que podem ser objetivamente afins aos interesses objetivos de seus autores sem terem sido expressamente concebidas para este fim”. (BOURDIEU, 2007, p. 94)

A diminuição dos aspectos sociais do Estado atrelado a responsabilização dos indivíduos frente aos desafios da vida pública se apresentam enquanto ameaça para a ordenação do Estado Democrático de Direito na medida em que as reformas e reformulações das instituições modernas, no discurso de crise, tendem tanto a dirimir direitos já conquistados quanto a deslocar o âmbito moral da funcionalidade burocrática para o cenário de hiperindividualização, de crescimento da pena aflictiva e de desmonte das concepções humanistas de sociabilidade (SEIBEL, 2005).

1. PUNIÇÃO COMO INSTITUIÇÃO SOCIAL

Este primeiro capítulo busca explorar, no corpo de conhecimento teórico das Ciências Sociais, a discussão da punição como categoria de análise do surgimento e desenvolvimento da sociedade moderna. O intuito é demonstrar como o modelo punitivo nesse contexto está diretamente ligado com a maneira como essas sociedades se organizam.

As sociedades e seus modelos punitivos, de uma forma geral, revelam, em última análise, um contexto social, político, econômico e cultural específico. Durkheim (1999) diferenciou as sociedades modernas das não modernas dessa forma, analisando seu modelo punitivo, tanto no que se refere a valores como a práticas que distinguiriam seus tipos de solidariedade embasados na consciência coletiva. Além disso, em *Vigiar e Punir*, Foucault (1987) explicou como os modelos racionais de punição estão adequados à lógica de dominação econômica e política no sentido do funcionamento estrutural da sociedade moderna baseada no capitalismo industrial, com seu caráter disciplinar em uma economia política de produção de corpos dóceis.

Ou seja, compreender o enquadramento punitivo de uma sociedade é entender um aspecto de seu funcionamento geral. Nesse sentido, deve-se tratar a punição enquanto uma instituição social, para que se possa analisar seus desdobramentos políticos, econômicos e culturais, a fim de estabelecer uma multidimensionalidade da categoria punição (GARLAND, 1990). Historicamente, foram utilizadas diversas formas de punição, e o aspecto em comum em todas elas são as estruturas de poder vigentes, na medida em que todas as formas de punir carregam em si, valores e normas de dada configuração social. Nas palavras de Pegoraro (2010):

Em todas as sociedades pune-se porque em todas elas existe um gerenciamento de prêmios e castigos que adquirem diversas formas, conforme os costumes, as tradições, as instituições, as personagens, os rituais e as relações sociais, mas, principalmente, porque alguém ou alguns têm o poder de punir (*Idem*, p. 73)

Os suplícios na Idade Média e no início do Estado moderno absolutista e, também, as prisões no Estado moderno capitalista demonstram como a organização social estrutural está diretamente ligada à distribuição do poder de punir atrelado às instituições e seus personagens, de modo a tratar a categoria punição nas formas como se distribui o poder de punir. Dessa maneira, entender como se pune na sociedade em análise é compreender como ela se organiza política, econômica e culturalmente. Tendo

em vista um exponencial crescimento da população carcerária mundial (CHRISTIE, 2002) e das políticas de endurecimento penal (WACQUANT, 2001) na contemporaneidade, torna-se importante retomar as bases teóricas de estudo da punição para compreender como se relacionam com a estrutura social vigente. Assim, é possível indagar se as instituições e políticas punitivas estão definidas pela estrutura social ou se têm alguma autonomia, inclusive na possibilidade de transformação da estrutura em análise. A pergunta orientadora dessa discussão é, portanto: Como estudar a categoria punição?

A partir disso, o presente capítulo se encarrega de discutir aspectos da formação moderna de se punir, voltando ao clássico Durkheim (1999), passando por Foucault (1987) e a sociedade disciplinar, e também por Deleuze (1992) e Wacquant (2001; 2008) no começo do Estado de Bem-Estar Social (ou *Welfare State*). Esses últimos autores trazem as penas restritivas de direito como processos críticos ao cárcere e discussões de um projeto neoliberal que permite identificar o Estado Punitivo e o controle na contemporaneidade.

Assim, busca-se entender o processo de transformação técnica punitiva na concepção da modernização das relações sociais advinda do processo global de surgimento do capitalismo como modo de produção e as bases iluministas de pensar o ser humano no processo de diferenciação social, secularização da dinâmica das relações sociais e separação do público e privado. Discute-se brevemente a modernização das práticas do direito penal, a institucionalização da vingança como processo de racionalização das práticas punitivas e a transição do Estado Social para o Penal baseado no controle fragmentado dos corpos da Sociedade de Controle. A fim de estabelecer um norte teórico que conceba a punição enquanto uma instituição social e seus desdobramentos práticos, possibilitando entender à disputa da racionalidade punitiva das penas restritivas de direitos na contemporaneidade. Recuperando a intenção da presente pesquisa, seu objeto de análise é, portanto, a punição, a partir das penas restritivas de direito, como processo reflexivo moderno da punição alocado em um projeto político punitivo específico, e evidenciado no conflito entre a reflexividade racional e o endurecimento penal como resposta prática aos dilemas da criminalidade contemporânea.

1.1. Modernidade e Direito penal

A “Divisão do Trabalho Social”, tese de Durkheim (1999), tem o intuito de revelar a condição moral moderna, bem como seu nível de coesão social, em um cenário de crescente individualização como cerne da sociedade industrial. A preocupação do autor é compreender como não existe fissura do ordenamento social em uma sociedade cada vez mais diferenciada, e como se organiza então os aspectos que permitem a coesão dos indivíduos na lógica de funcionamento da sociedade industrial moderna. Assim, para identificar os tipos de solidariedade que permeiam as relações sociais modernas e também tradicionais, o autor analisa os aspectos normativos legais, os quais compõem o entendimento do funcionamento em aspectos coletivos, fatos exteriores aos indivíduos, revelando, em última análise, as regras da convivência social de determinado corpo social.

Deste modo, antes de intensificar o olhar nos tipos de solidariedades em dado delimitar histórico comparativo, Durkheim (*Idem*) define crime enquanto ofensa ao que denomina consciência coletiva, ou seja, em todas as sociedades. Existem valores, costumes, que estão no ordenamento do coletivo que permeiam a moral individual, bem como suas ações, como é possível perceber no trecho a seguir.

O crime não é apenas a lesão de interesses, inclusive consideráveis, é uma ofensa a uma autoridade de certa forma transcendente. Ora, experimentalmente, não há força moral superior ao indivíduo, salvo à força coletiva (*Idem*, p. 56).

O autor parte, então, para as nuances do que caracteriza pena, uma vez que só é crime quando existe uma punição. Para comprovar a ideia de que as sanções do direito penal partem das similitudes, ou seja, dos valores comuns que alcançam a realidade individual, mas são transcendentais no aspecto social; são como se fossem exteriores ao indivíduo e coercitivos no comportamento, o direito penal é o maior exemplo de direito repressivo.

Em todas as sociedades, o crime, como um fato social normal, desperta, contra quem o cometeu, uma reação emocional violenta, por afligir os valores universalmente coletivos enraizados na sociedade. A punição vinga esse algo sagrado que foi ofendido, algo externo ao indivíduo que clama à vingança (*Idem*). É, assim, na análise das formas legais materializadas no Direito, que o autor desenvolve seu argumento histórico comparativo, ao compreender que na sociedade moderna, o aspecto da individualização, dada num cenário de divisão do trabalho social especializada, funda o direito repressivo, com exemplo no direito civil, comercial, constitucional, entre outros. Isso não significa dizer que o caráter repressivo do direito penal desapareceu, mas sim, que assume uma

forma mais sutil. Nesse caso, os presídios passam a fazer sentido, pois, apesar de manter o caráter punitivo, distancia a execução da pena do corpo coletivo, especializa o discurso e a prática punitiva, de modo a diferenciar, em funções distintas, os personagens envolvidos, o juiz, o carcereiro, entre outros.

O cenário de desacoplamento da moral tradicional⁸, moral vinculada a um modo de organização não industrial e singular por similitudes, dá vazão a um momento especializado e individualizado, onde as diferenças morais ganham terreno de atuação individual. Essa é a modernidade, industrial, funcional, corporativa e racional, na qual o direito restitutivo é necessário para alinhar interesses individuais que a consciência comum não formula.

É importante, nesse sentido, diferenciar a consciência coletiva da consciência social. A consciência coletiva é valorativa, comum, é transcendente e menor em sociedades modernas, tendo seu interesse baseado nas similitudes sociais. Enquanto isso, a consciência social parte de um processo de especialização que acumula, em normas e valores, uma singularidade racional na medida da demanda institucional de funcionalidade de um sistema baseado na divisão do trabalho social e em suas formas representativas⁹. Ou seja, nas palavras de Durkheim (1999):

Como os termos coletivo e social muitas vezes são empregados um pelo outro, é-se induzido a crer que a consciência coletiva é toda a consciência social, isto é, se estende tão longe como a vida psíquica, ao passo que, sobretudo nas sociedades superiores, não é senão uma parte bastante restrita delas. As funções judiciais, governamentais, científicas, industriais, numa palavra, todas as funções especiais, são de ordem psíquica, pois consistem em sistemas de representações e de ações; no entanto, elas estão evidentemente fora da consciência comum (*Idem*, pp. 50-51).

Dessa maneira, a diferenciação da sociedade moderna para o autor consiste na intensificação da divisão do trabalho social, o que culmina em um processo de individualização, possibilitando a solidariedade orgânica¹⁰ no quesito do funcionamento do ordenamento social. Com relação à coesão social, pode-se dizer que se dá na dependência de indivíduos isolados a um sistema industrial de produção e regimentado em especialidades, como os âmbitos jurídico, comercial, social. Por fora da lógica tradicional de entendimento do ser humano por similitudes, é a diferenciação a causa da coesão social moderna, bem como a formulação de sua moral.

⁸ No processo que põe a razão como centralidade da relação indivíduo-sociedade.

⁹ Ler nota 9 do capítulo II de “Da Divisão do Trabalho Social”, devidamente citado nas referências deste trabalho.

¹⁰ Forma que pela divisão social do trabalho permite manter indivíduos diferenciados coesos na sociedade industrial (DURKHEIM, 1999).

O direito calcado na ideia funcional e restitutiva só tem sentido prático em um tipo de sociedade onde as relações sociais são complexas, onde os indivíduos estabelecem rotinas de ação delimitadas nas regras possíveis da solidariedade orgânica, seja no sentido negativo, como o castigo, seja no positivo, como a coesão.

O importante aqui é assinalar que o desenvolvimento de uma racionalidade e, conseqüentemente, de uma prática restitutiva de direito tem maiores possibilidades nas sociedades modernas, inclusive o caráter repressivo do direito penal, ganha aspectos discursivos atenuantes da dor ao corpo condenado. Cabe ressaltar, também, que não é só Durkheim que percebe a sociedade moderna carregada, em si, de novas formas punitivas, atenuantes da dor e calcadas em valores humanos, como se pode ver no texto clássico, primeiramente publicado em 1764, “Dos Delitos e Das Penas” de Cesare Beccaria (2001). Nesse sentido, enquanto Durkheim (1999) busca no caráter empírico da divisão funcional o motor moral da sociedade moderna, distanciando-se de análises utilitaristas da sociedade industrial, Beccaria (2001) afirma, na filosofia do direito, o valor da humanidade a ser processada nos quesitos judiciais da sociedade moderna.

Olhando a fundo os dois autores, mesmo com abordagens distintas, não apresentam tantas diferenças no que tange à identificação de um processo humanista das relações sociais modernas, assunto que será debatido ao longo do presente trabalho enquanto fundante da racionalidade moderna, inclusive no que diz respeito ao direito penal.

A MORAL política não pode proporcionar à sociedade nenhuma vantagem durável, se não for fundada sobre sentimentos indeléveis do coração do homem. Toda lei que não for estabelecida sobre essa base encontrará sempre uma resistência à qual será constrangida a ceder. Assim, a menor força, continuamente aplicada, destrói por fim um corpo que pareça sólido, porque lhe comunicou um movimento violento. Consultemos, pois, o coração humano; acharemos nele os princípios fundamentais do direito de punir (BECCARIA, 2001 p. 9).

É nessa perspectiva que o ser humano é alocado na centralidade das suas relações morais, que o “culto” ao ser humano e suas potencialidades na ótica racional se desenvolvem no advento da modernidade. Dessa forma, o indivíduo aparece desacoplado da ótica tradicional religiosa que, em similitude, determinava as relações sociais (VARES, 2014). O pressuposto estabelecido é individualismo enquanto um dos cernes morais da modernidade, apesar de não romper com as possibilidades coletivas do corpo social, levando em consideração a função da divisão do trabalho de interligar de forma interdependente os indivíduos diferenciados e um corpo social moderno. Nesse movimento, um latente processo de racionalidade torna-se manifesto no comportamento

individual. A secularização é um processo sobre o qual Durkheim (1999) não se debruça, mas deixa interpretar no conceito de “culto ao indivíduo” como em interpretação de Vares (*Idem*) apontada no trecho a seguir.

O “culto ao indivíduo”, o equivalente moral das sociedades diferenciadas, é o que assegura a coesão social na modernidade, porém, embora constitua uma ordem moral, uma espécie de fé comum, difere daquelas formas tradicionais de comunidade moral, marcadas, essencialmente, por seu caráter repressivo (*Idem*, p. 37).

Portanto, no que se refere aos parâmetros da condição moderna, a individualização, a divisão do trabalho social e o caráter humanista são aspectos marcantes, inclusive na análise do direito restitutivo, base da sociedade moderna. Com relação à teoria sociológica clássica, existe um pilar epistemológico que marca de forma enfática o surgimento da modernidade. Tal pilar pode ser compreendido em três parâmetros notados na sociabilidade moderna: diferenciação social, secularização da dinâmica social e individuação, ou seja, separação do público-privado (TAVOLARO, 2007). Em outras palavras, esses quesitos são identificados no processo de modernização das relações sociais e acompanham a formulação das instituições modernas, tendo como marcos históricos o Iluminismo e a Revolução Industrial.

Nesse espectro, analisando agora a punição, nota-se a institucionalização do castigo, não mais centrado em figura única. Assim, ocorre um processo de diferenciação social e especialização das práticas punitivas, passando por várias instâncias racionalizadas desde o ato criminoso ao cumprimento da pena. Tais instâncias racionalizadas e especializadas têm códigos de conduta que respondem ao coletivo funcional. A polícia, o júri, o juiz são atores representativos do poder público que trazem em sua identidade o processo de individuação, no qual o público rege sua funcionalidade e não sua vontade de realizar vingança¹¹.

O que se quer dizer é que o Direito na modernidade, assim como todas as instituições modernas, ganha aspectos organizacionais, diferentes das similitudes tradicionais, e passa por um processo de racionalização, especialização e separação das esferas pública e privada. Desse modo, torna-se relevante identificar o processo da reflexividade, ou seja, o conhecimento criado nas instâncias institucionais, agora fundamentado na experimentação e comprovação científica. Tal conhecimento, também, é constantemente revisado por seus pares especializados, e é na confiança atribuída a estas especialidades que o indivíduo moderno orienta seus comportamentos

¹¹ Apesar dos processos de modernização das relações sociais, o desejo da vingança não desaparece do intuito punitivo, tal discussão é abordada no tópico a seguir “Punição: a Institucionalização da Vingança”.

(GIDDENS, 1991). Para Giddens (*Idem*), é no processo de reflexividade que as práticas sociais modernas são constantemente renovadas e atualizadas à luz de um processo de informações adquiridas pela própria análise das práticas sociais.

Assim, pode-se interpretar que o Direito passa por reformulações com clivagens de um processo baseado nos parâmetros da sociabilidade moderna. Pensar a punição e praticá-la está além da reafirmação dos valores da consciência coletiva, no sentido de que também faz parte do sentido organizacional da sociedade, revelando seus aspectos estruturais. A exemplo, tem-se os cálculos das penas, o delito determina a quantidade de tempo do castigo podendo mudar de acordo com agravantes identificados. A ideia de justiça está atrelada à confiança em atores especializados para realizá-la, o juiz, o advogado, o promotor e o júri e o réu, os quais são um espetáculo de racionalidades com o papel de representar a justiça ao dano causado.

Apesar do cenário racionalizado, exposto nas leis, nos deveres e nos direitos assegurados pelo Estado, faz-se necessário analisar o parâmetro histórico de institucionalização da punição. Até aqui foram discutidos os parâmetros que permitem pensar a punição na modernidade através de argumentações encontradas no corpo da teoria social. Traçar esse modelo é importante a fim de cumprir o objetivo da pesquisa de entender as penas restritivas de direito como processos reflexivos da modernidade em sua relação com a estrutura social.

1.2. Punição: a Institucionalização da Vingança

Este tópico tem por objetivo discutir, a partir dos parâmetros abordados até aqui, o processo de institucionalização da punição na sociedade moderna, pela reflexividade do campo e sua relação com a estrutura social. Esse processo será tratado pela busca por uma historicidade do desenvolvimento da punição enquanto instituição social. Neste sentido, é imprescindível discutir as formas punitivas de dada sociedade compreendendo como o poder de punir está vinculado ao formato de organização social e seu funcionamento. Foucault (1987) inicia a sua obra “Vigiar e Punir” com a descrição do suplício de Damiens. Os detalhes da cena de tortura evidenciam o caráter punitivo de uma França monárquica. A punição é assim descrita:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da poria principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços,

coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento (FOUCAULT, 1999, p. 1).

Como prática comum à época, pode-se julgar, na perspectiva de Durkheim (1999), que a forte consciência coletiva em questão considera justa a punição, assiste ao espetáculo punitivo com anseio que se cumpra a justiça de um assassinato inconcebível. Assim, não se questiona necessariamente o método, ou seja, a tortura, o que na perspectiva de Foucault (1987) mostra como o poder nessa sociedade está centralizado.

A tortura efetivada em praça pública remonta à ideia de organização daquela sociedade que, em data, não é tão distante do nascimento da prisão. Numa sociedade onde o poder é concentrado na mão do rei, os valores transgredidos serão punidos ao olhar de espectadores, para que o medo transfigure sua figura de poder incontestável. Porém, o que chama mais atenção nesse trecho inicial da obra é justamente o desaparecimento dos suplícios. A mudança técnica na punição revela, em última análise, a mudança organizacional da sociedade.

O afrouxamento da severidade penal no decorrer dos últimos séculos é um fenômeno bem conhecido dos historiadores do direito. Entretanto, foi visto, durante muito tempo, de forma geral, como se fosse fenômeno quantitativo: menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e “humanidade”. Na verdade, tais modificações se fazem concomitantes ao deslocamento do objeto da ação punitiva. Redução de intensidade? Talvez. Mudança de objetivo, certamente (FOUCAULT, 1987, p. 20).

O contexto do surgimento da sociedade moderna traz em si parâmetros de sociabilidade específicos que justificam o enclausuramento da punição – (no espaço das) prisões – na perspectiva de criação de instituições encarregadas de cumprir o objetivo punitivo, mas longe dos olhos de espectadores. Dessa maneira, é possível retomar a ideia de diferenciação, secularização e individuação.

Sobre a secularização, fica claro na medida em que se atribui uma racionalidade que não é meramente emotiva à pena. O cálculo do tempo de reclusão de acordo com o crime e a função discursiva de reintegração pós-pena demonstra uma nova ideia de economia para o corpo punido. Aquele corpo não cumpria o objetivo e depois de disciplinado será reaproveitado. Isso também acontece no discurso normativo e na institucionalização burocrática das regras que regulam os comportamentos tanto dos punidos quanto dos que punem. Leis, horários, organização racional do lugar onde é

aplicada a pena, bem como onde são definidas a pena, diferentemente da prática punitiva tradicional espetacularizada.

Já a diferenciação social fica evidente quando os papéis sociais são especializados tanto no aspecto funcional (Juizes, carcereiros, psicólogos, entre outros) quanto no terreno das identidades se materializam (delinquentes e delinquidos). Além da estrutura burocrática do funcionamento institucional, os “algozes” são especialistas rotineiramente treinados e diferenciados para se fazer cumprir o aspecto racional acima abordado, mas, na verdade, não são mais algozes, estão cumprindo sua função enquanto agentes do Estado.

O processo de individuação, ou seja, separação público-privado, configura-se na retração da punição a um âmbito privado, de modo que o aspecto coletivo fica dissociado nas especialidades que definem e aplicam as penas. A materialização da prática punitiva ocorre em lugar específico e isolado e o direito cerceado é justamente o da liberdade individual. Punir é um ato público, mas a punição moderna é praticada em cenário privado, diferenciado e racional. A individuação se dá também na estrutura burocrática, no momento que o crime privado cometido passa por pertinente crivo metodológico de análise e sofre sanção autorizada pelos ritos modernos em ambiente público separado do corpo social. Nesse lugar, apesar de ser um indivíduo é também uma espécie de produto a ser reformado para, posteriormente, ser reinserido na sociedade.

O objetivo dentre a racionalidade incorporada nas técnicas punitivas, não era mais corporificar a punição, pelo menos não deixar a punição limitada ao corpo. Ao invés disso, passava-se a ideia de docilização dos corpos, na qual a transformação do comportamento era mais importante ao funcionamento do novo ordenamento social. Tal objetivo fica evidente, na argumentação de Foucault (1999), quando utiliza regras de funcionamento de uma instituição prisional, onde a organização da vida cotidiana do corpo a ser punido apresenta aspectos relacionados à organização do trabalho na era capitalista industrial. A docilidade do projeto de dominação da racionalidade apresenta esse aspecto mais ameno em uma sociedade disciplinar, mas a dor nunca deixou de ser um processo latente em âmbito punitivo nem quando revelado o projeto disciplinar dos corpos na sociedade moderna, como afirma Adorno (2000):

Convém apenas ressaltar que, na passagem do final do século XVIII, para o século XIX, transitou-se do espetáculo punitivo para era ortopédica das disciplinas. No entanto, ao contrário do que muitos procuram interpretar, essa transição não significou o fim do espetáculo punitivo, mas sim sua retração. A dor e o sofrimento não desaparecem, retraem. Mas para onde? Para dentro

das prisões e dos espaços de enclausuramento onde as disciplinas encontram, à primeira vista, seu habitat natural (*Idem*, p. 21).

Desse modo, é necessário entender que a organização técnica e racional da pena calcada pela modernidade não necessariamente dirimiu os aspectos clássicos do sofrimento imposto ao corpo punido. O aspecto organizacional revela sua interface com o modelo de sociedade que o mantém, a forma como se distribui poder e como se reformula o discurso dependendo do contexto estrutural. Nils Christie (1988) demonstra, no livro “Los Limites Del dolor” (“Os limites da dor”, em tradução livre), como a questão da dor desapareceu dos escritos jurídicos e da linguagem da justiça punitiva com o advento do que denomina neoclassicismo penal. Esse contexto, para a autora, torna-se o cerne cultural do discurso punitivo, baseado nos preceitos da prevenção geral do crime, e nos discursos especializados que visam codificar e racionalizar as práticas punitivas objetivando a responsabilização e exemplificação social.

Vale ressaltar que a produção da dor e sofrimento não desapareceu do intuito punitivo, mas sim do discurso que legitima a justiça punitiva moderna. Christie (1988) considera que a punição moderna nada mais é do que a imposição deliberada de dor de quem tem a legitimidade de distribuí-la, afirmando, nesse sentido:

No código penal, os valores são esclarecidos através de uma graduação da imposição da dor. O estado estabelece a sua escala, a ordem dos valores, variando o número de golpes administrados ao criminoso, ou pelo número de meses ou anos que são removidos dele. A dor é usada como uma comunicação, como a linguagem (*Idem*, p. 128, em tradução livre).

Tal interpretação reforça a ideia de que a racionalidade penal moderna ainda é fundamentada, em última análise, na punição aflitiva, localizada no corpo condenado em meio a um cenário específico de funcionamento social. De acordo com Pires (2004):

A racionalidade penal moderna fundamenta a punição como uma obrigação ou necessidade. Com efeito, a fundamentação do direito de punir sofreu uma metamorfose durante o século XVIII e a primeira metade do século XIX. No período pré-clássico, os saberes sobre a pena fundamentavam o direito de punir no sentido pleno da expressão: as penas aflitivas eram concebidas simplesmente como autorizadas, constituindo uma espécie de prerrogativa do Príncipe ou do Poder Judiciário, de modo que a Justiça dispunha de autorização para punir, mas também para não punir, buscando alternativas à penalidade. No quadro da racionalidade penal moderna passa-se de uma cultura da autorização para punir ilimitadamente a uma cultura da obrigação de punir limitadamente (*Idem*, p. 44).

Assim, é possível afirmar que, no processo de sociabilidade moderna, racionalizou-se um comportamento aflitivo da punição enquanto categoria social, de forma que o direito penal na modernidade ainda carrega os preceitos do direito

repressivo por similitudes, só que em um cenário de especialização e de burocratização de tais práticas aflitivas. Então, nesse sentido, ocorre um processo de institucionalização da vingança, no qual os preceitos discursivos baseados na forma de estrutura organizacional não finalizam os anseios da consciência coletiva de que aquele corpo que infligiu seus valores sofra de maneira proporcional à causa de sofrimento.

Aqui, buscou-se demonstrar como as formas institucionalizadas de punição se relacionam com as estruturas sociais que as modelam, as efetivam e, conseqüentemente, as transformam. A análise da mudança técnica da punição, dos suplícios para as disciplinas, encontra uma ruptura de cerne social drástica no começo da modernidade ocidental com um projeto de capitalismo industrial que modela as relações sociais a partir do fim do século XVIII. Entretanto, a era das disciplinas é localizada num contexto de capitalismo industrial e fortalecimento das instituições em prol da manutenção desse modo de produção, contexto no qual se faz uma relação direta entre organização do trabalho e gerenciamento prisional (FOUCAULT, 1999). O capitalismo avançou e a prestação de serviços no modo “empresa” tem tomado os rumos do mercado, os meios de trabalho, processo que necessariamente transforma as bases das instituições, agora disciplinares, dando espaço à era do controle. Como afirma Deleuze (2010):

Encontramo-nos numa crise generalizada de todos os meios de confinamento, prisão, hospital, fábrica, escola, família. A família é um “interior” em crise como qualquer outro interior, escolar, profissional etc. Os ministros competentes não param de anunciar reformas supostamente necessárias. Reformar a escola, reformar a indústria, o hospital, o exército, a prisão; mas todos sabem que essas instituições estão condenadas, num prazo mais ou menos longo. Trata-se apenas de gerir sua agonia e ocupar as pessoas, até a instalação das novas forças que se anunciam. São as sociedades de controle que estão substituindo as sociedades disciplinares (*Idem*, pp.1-2).

Assim, pode-se afirmar que com o avanço da sociedade moderna através do processo de reflexividade, suas instituições são reformadas, realinhadas ao interesse que surge das relações sociais tanto dos indivíduos para instituições quanto das instituições para os indivíduos. Nesse sentido, com a transfiguração da lógica do poder e disseminação do poder por meio do controle social, novos interesses são identificados, seja em quesito econômico seja em proporções culturais. A modernidade traz consigo, pela dinâmica de sua sociabilidade, valores calcados na racionalidade que imputam comportamentos, os quais reafirmam e reformam esses valores.

Um autor que aborda essa questão é Norbert Elias (1993), na medida em que identifica um processo civilizador no aspecto relacional entre estrutura social e

indivíduo. A mudança de práticas culturais acompanha a mudança organizacional da estrutura e vice-versa, num processo interdependente, localizado no tempo e no espaço. Tal processo civilizador acarretaria numa diminuição do uso da violência física e no aumento do autocontrole individual dado à rede interdependente de relações, capaz de mensurar as ações e conter as mentalidades e a emergência de uma autoridade centralizada, que é o Estado. Esse caráter “humanizador” das penas identificado por Elias (*Idem*) também está relacionado à distribuição de poder. A punição é menos violenta, pois a distribuição do poder é menos assimétrica em comparação com a era dos suplícios (ALVAREZ, 2007). A responsabilização do poder público em sociedades modernas fundamentadas nas garantias sociais e a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 acompanham o avanço dos aspectos reflexivos modernos nas suas instituições e, conseqüentemente, nos comportamentos individuais.

Em resumo, é nesse aspecto teórico que se localiza a reflexão aqui proposta. Nesse sentido, propõe-se estudar a categoria punição enquanto uma instituição social, em seu aspecto relacional, entendendo as nuances da sociabilidade moderna no processo reflexivo de suas intenções, localizadas na relação indivíduo e estrutura social, para que possa se discutir a coexistência de práticas penais aflitivas no movimento racional humanista. Para tal, algumas outras reflexões teóricas devem ser pautadas, localizando, no corpo teórico, o estudo da racionalidade penal nas penas restritivas de direitos em contraposição ao constante avanço de políticas penais de endurecimento na contemporaneidade.

1.3. De Estado Social a Estado Punitivo

Até aqui, as inflexões teóricas expostas permitem interpretar que a transformação técnica punitiva está associada tanto ao seu limite estrutural quanto à forma como é distribuído o poder na sociedade moderna. Ou seja, o processo de “humanização das penas” acompanha a influência cultural Iluminista, mas não finda as relações propositivas do porquê punir de tal maneira em determinada sociedade. O avanço de práticas punitivas dos suplícios para o cárcere, e da prisão às alternativas penais, devem ser compreendidos na ótica relacional do processo civilizador da sociedade moderna. Com o avanço das tecnologias de controle e, conseqüentemente, de práticas culturais, inaugura-se o Estado de Controle.

O modelo de prisão nos séculos XIX e XX tinha como objetivo disciplinar o trabalhador, como uma casa de correção e trabalho, participando da lógica fordista de trabalho no sentido de treiná-lo para a rotina da indústria, de forma semelhante a todas as outras instituições do Estado, escolas, hospitais, entre outras (FOUCAULT, 1999). Ao mesmo tempo, o Estado assumia o papel de garantir os direitos civis e o acesso às oportunidades localizadas na lógica do modelo produtivo, de forma que os direitos sociais passam a ganhar terreno institucional, principalmente no pós-Segunda Guerra Mundial. A justificativa era reestabelecer as bases produtivas com qualidade de vida, assegurando acesso ao consumo proporcionando pelo desenvolvimento tanto do modo de produção quanto do modelo de trabalho e, conseqüentemente, da manutenção da vida humana.

Inaugura-se, assim, o chamado *Welfare State*, ou Estado de Bem-Estar Social, prerrogativa do processo de reflexividade da modernidade como consequência do avanço de novas tecnologias e da expansão de mercado, primordialmente sob um parâmetro nacionalista. Tal Estado, portanto, está atrelado a um modelo de sociedade que tem por base a sociabilidade da diferenciação, secularização e individuação. As conquistas do Estado de *Welfare* localizam-se na ótica da humanização dos processos sociais, da inserção da classe trabalhadora nas diretrizes do consumo e principalmente da conquista e manutenção de Direitos Sociais, o que, se colocado na ótica teórica de Durkheim (1999), são conquistas inerentes à modernização do Direito (Restitutivo).

Quando é analisada no próprio direito penal, essa reflexividade do Estado protetivo fica clara na implementação de práticas punitivas críticas ao presídio, de forma que as alternativas penais ganham terreno fértil de atuação. Entretanto, vê-se como esse processo está pertinentemente ligado à lógica das reformulações estruturais, econômicas, políticas e também culturais.

[...] Mas atualmente o capitalismo não é mais dirigido para a produção, relegada com frequência à periferia do Terceiro Mundo. É um capitalismo de sobre produção. Não compra mais matéria-prima e já não vende produtos acabados: compra produtos acabados, ou monta peças destacadas. O que ele quer vender são serviços, e o que quer comprar são ações. Já não é um capitalismo dirigido para a produção, mas para o produto, isto é, para a venda ou para o mercado. Por isso ele é essencialmente dispersivo, e a fábrica cedeu lugar à empresa. A família, a escola, o exército, as fábricas não são mais espaços analógicos distintos que convergem para um proprietário, Estado ou potência privada, mas são agora figuras cifradas, deformáveis e transformáveis, de uma mesma empresa que só tem gerentes (DELEUZE, 2010, p. 4-5).

À medida que os processos de reforma avançam nesse capitalismo, não mais centralizado na indústria, ampliam-se as formas de gerência da vida humana na sociedade. A disseminação do controle é o formato que melhor se encaixa em tal sociedade. Em caráter punitivo, não é que a prisão perde espaço de função na sociedade, mas que a instituição penal amplia suas formas de controle, não só em caráter tecnológico, como câmeras de vigilância, identificação digital ou por DNA, mas também nas próprias práticas e políticas penais. O que se quer dizer é que as alternativas ao cárcere, apesar da reflexividade crítica do modelo prisional¹², não a substituem do modo como as prisões substituíram os suplícios, ao invés disso, coexistem e funcionam no intuito de ampliar a rede de controle social de uma organização societária baseada nos preceitos humanistas de desenvolvimento e atrelada à flexibilização da lógica produtiva.

Em resumo, percebem-se dois movimentos que fazem parte da mesma estrutura organizacional. O primeiro estaria localizado no processo de ampliação de direitos sociais e de conquistas da classe trabalhadora no que se refere ao *Welfare*, enquanto o segundo apresentaria-se na flexibilização das instituições sociais e em reformas de forma a garantir a possibilidade de ampliação do controle social. Tais movimentos não existem individualmente, pois fazem parte do mesmo processo de reflexividade da modernidade, nos parâmetros da sociabilidade discutidos até então. É nesse aspecto da análise, de ampliação da rede controle social, que se identifica um projeto político punitivo na discussão prisional. O presídio, bem como outras instituições, não funciona como potencial disciplinador dos corpos para a manutenção da estrutura social.

Quando percebeu-se que, apesar das reformas nas políticas criminais, o presídio aumentava significativamente o número de encarcerados, segundo a argumentação de Christie (2002), o caráter da ressocialização ou reinserção do apenado perde espaço para a interpretação da instituição punitiva. Nesse sentido, enquanto fator primordial da política de manutenção da pobreza e de um processo de encarceramento seletivo, tal interpretação fica evidente na intensificação do movimento das políticas criminais, assim como no discurso e na prática as teses de endurecimento penal. Redesenhando a perspectiva do papel da punição na sociedade moderna, Loic Wacquant (2008) traz uma discussão detalhada ao analisar os Estados Unidos da América em seu caráter de

¹² Assunto tratado no segundo capítulo.

política criminal de forma concomitante à crise do *Welfare* e à insurgência do neoliberalismo na perspectiva econômica, como é possível perceber no trecho a seguir.

Entre 1975 e 2000, a população carcerária dos Estados Unidos cresceu em termos exponenciais, passando de 380 mil a 2 milhões de detentos, enquanto o número de beneficiários do welfare caiu vertiginosamente de 11 para menos de 5 milhões. Ao quadruplicar o número de detentos entre 1980 e 2000 e submeter algo em torno de 6,5 milhões de pessoas à supervisão da justiça penal (incluindo os indivíduos em liberdade condicional e sursis), os Estados Unidos aumentaram os orçamentos conjuntos das administrações penitenciárias federal, estadual e municipal em US\$ 50 bilhões, e acrescentaram 500 mil novos funcionários, tornando as cadeias e penitenciárias do país no terceiro maior empregador em 1998, atrás apenas da Manpower Incorporated e da Wal-Mart (*Idem*, p.10).

O aumento significativo da estrutura penal permite apontar que, em última análise, o intuito da instituição penal não é o caráter disciplinador moderno, pois se o fosse, estaria concentrado nas alternativas penais e na consequente diminuição do aparato carcerário. Assim, tendo em vista aspectos como a diminuição das políticas sociais, o aumento de políticas penais na ótica do endurecimento, o aumento da população carcerária mundial e o incremento de tecnologias de controle punitivo, é possível pensá-los como associados a uma política de criminalização da pobreza, que fazem sentido na órbita de globalização do modelo produtivo neoliberal e crise do *Welfare State*.

Longe de contradizer o projeto neoliberal de desregulamentação e degradação do setor público, a ascensão irrefreável do estado penal norte-americano constitui, por assim dizer, o seu negativo (ou seja, é a um só tempo a revelação e a manifestação do seu reverso), uma vez que evidencia a implementação de uma política de criminalização da pobreza, que é o complemento indispensável à imposição de ofertas de trabalho precárias e mal remuneradas na forma de obrigações cívicas para aqueles que estão cativos na base da estrutura de classes e castas, bem como a reimplantação concomitante de programas de welfare reformulados com uma face mais restritiva e punitiva (WACQUANT, 2008, p. 11).

Dessa maneira, o processo de “humanização” das penas perde espaço, na análise estrutural, para o processo de encarceramento seletivo e também para um projeto político punitivo de nova administração da pobreza e criação da marginalidade. A figura do delinquente, portanto, é produto da não inserção desse indivíduo nos aparatos funcionais do capitalismo neoliberal. Para determinados sujeitos sociais, a única instituição do Estado que os alcança é a penal, como demonstra Wacquant (2008) no trecho a seguir.

Na época da sua institucionalização, nos Estados Unidos de meados do século XIX, “o encarceramento era, acima de tudo, um método que almejava o controle de populações divergentes e dependentes” e os prisioneiros eram, acima de tudo, pessoas pobres e imigrantes europeus recém-chegados ao Novo Mundo. Hoje em dia, o aparato carcerário norte-americano

desempenha um papel análogo no que diz respeito a esses grupos, transformados em supérfluos ou discrepantes pela dupla reestruturação da relação entre o trabalho assalariado e a caridade do Estado: as porções decadentes da classe trabalhadora e dos negros pobres ficaram presos aos centros das cidades, uma dia industrializados, agora degradados (*Idem, ibidem*).

A guerra às drogas e a política de tolerância zero tiveram papel primordial na perspectiva da contenção de determinado contingente da população, no caso negra e pobre dos Estados Unidos da América. Associadas ao incremento de modelos de trabalho informais e precários, essas políticas reforçaram a ideia do aparato punitivo como revelador das práticas organizacionais da sociedade contemporânea. Cumprindo, assim, um papel relevante na regulação do mercado, acabam por realocar, à força, milhões de pessoas desempregadas para os presídios, e criar um mercado de possibilidades de emprego na indústria punitiva privada.

O caráter da reflexividade da racionalidade moderna nas relações sociais institucionais perde espaço, na área penal, para a criação de um senso comum punitivo análogo aos anseios do desenvolvimento neoliberal. Levando em consideração que a violência cotidiana não diminui com o aumento do aparato repressivo da punição, a noção de insegurança e combate incessante ao inimigo remonta à ideia aflitiva na punição enquanto resposta imediata ao medo e o caos da criminalidade. É como se a era supliciante voltasse a fazer a sentido frente aos desafios de conter uma população violenta. Fica evidente, quando se percebe a criação de uma mídia especializada em questões criminais, que a todo momento recupera-se uma ideia de incapacidade do Estado em lidar com o problema e a necessidade de proteção dos indivíduo. A expressão “Salve-se quem puder!” demonstra o anseio neoliberal de diminuição do aparato estatal e responsabilização do indivíduo frente aos desafios cotidianos da vida em sociedade.

O movimento, portanto, é de deslocamento da reflexividade, antes alicerçada na diferenciação social, burocrática e especializada, racionalista, humana e pública, agora na direção de um movimento particular, moral e emocionalmente alinhado, que participa diretamente do processo de reformulação das políticas e técnicas punitivas.

Wacquant (2001) alerta que se propaga pela Europa um novo senso comum penal neoliberal, que amplia a repressão aos delitos menores, através do agravamento das penas, da não-reabilitação delinquente juvenil, da vigilância permanente sobre as populações e os territórios considerados “de risco”, a desregulamentação da administração penitenciária e a redefinição da divisão do trabalho entre público e privado. Este senso comum se desenvolveu em perfeita harmonia com o senso comum neoliberal em matéria econômica e social e desdenha qualquer consideração de ordem pública e cívica para

estender à racionalidade economicista, o imperativo da responsabilidade individual e o dogma da eficiência do mercado ao domínio do crime e do castigo (SEIBEL, 2005, p. 103).

O Estado Social baseado nas políticas de *Welfare* dá espaço a um Estado punitivo, o qual incorpora práticas de castigo no âmbito de suas instituições sociais, não só nas práticas penais, como também nas próprias conquistas de políticas sociais que tinham como objetivo diminuir desigualdades. Reafirma-se, nesse sentido, um movimento global de transição da política econômica organizacional para uma nova tecnologia do corpo baseada no controle social. Por outro lado, no que se refere ao campo especializado do direito penal e a criminologia crítica, existe um movimento concomitante de perpetuação da lógica dos Direitos Humanos e Sociais locais e internacionais que mediam o conflito entre esses interesses e fazem parte da síntese punitiva contemporânea.

Assim, apesar de localizar as penas restritivas de direitos como processo de ampliação da rede de controle social punitiva, tais formas de punição também representariam tanto a possibilidade de disputa da racionalidade punitiva quanto um contexto de desenvolvimento social baseado nos preceitos da modernidade, como processo reflexivo de uma sociedade menos desigual. Nesse caso, pretende-se que a punição cumpra o papel do discurso designado à contenção do crime, ressocialização do apenado a fim de manter seu caráter funcional. É importante identificar a dualidade desse discurso na prática penal, na medida em que o aspecto modernizante, influenciado pela ascensão do caráter iluminista no cotidiano das instituições modernas, está em constante relação com a produção material da vida humana na modernidade. Estudar a punição enquanto uma instituição social é, portanto, perceber o conflito entre o caráter objetivo e subjetivo do corpo social, revelando sua forma de organização estrutural.

1.4. Concepção praxiológica

O sociólogo francês Pierre Bourdieu (2002; 2004; 2007) trouxe, a partir de sua filosofia praxiológica, importantes contribuições para as Ciências Sociais, principalmente no que concerne ao dilema indivíduo e sociedade. A necessidade da afirmação de um real relacional é crucial para o desenvolvimento de sua teoria prática do mundo. Distancia-se, assim, tanto do conhecimento fenomenológico, o qual parte do indivíduo ao social, quanto do conhecimento objetivista, em que o sujeito e suas

representações são vistas como produto das estruturas sociais que o comandam (*Idem*, 2002). É com essa ideia de conhecimento praxiológico, pela qual não se nega nem a ação das estruturas na apreensão do sujeito, nem a ação do sujeito nos componentes estruturais, que o autor rompe com a dicotomia indivíduo e sociedade, assumindo um caráter relacional de concepção de realidade.

Para tanto, é preciso tratar o modelo de espaço social e espaço simbólico, bem como os conceitos e categorias que rodeiam esse modelo. Dessa forma, faz sentido começar pelo o conceito de *habitus*, no qual são acumuladas todas as disposições estruturais e onde é possível enxergar a ação do sujeito e como a produção de seu comportamento é perpassada na ação que comporta elementos estruturais. É na relação de internalização das exterioridades e na exteriorização das internalidades que o *habitus* se apresenta (BOURDIEU, 2004). Ou seja, falar de um *habitus* de classe significa dizer que as predisposições são adquiridas pelo meio que comporta determinado sujeito à determinadas ações. Por exemplo, pensando no Tênis uma prática esportiva de uma classe alta francesa, a probabilidade de um sujeito de classe menos favorecida ter acesso a essa atividade é bem menor se comparado com quem está posicionado no ponto alto da estrutura social.

Assim, nessa relação dialética entre objetivo e subjetivo, o sujeito social dispõem de mecanismos de acúmulo de capital, outra categoria essencial para o entendimento do modelo de espaço social e simbólico da teoria praxiológica. O capital, que antes era visto só em termos econômicos e relacionado diretamente com o modo de produção capitalista, ganha uma dimensão simbólica. Tal dimensão pode ser atribuída à categoria de capital cultural, que dimensiona as probabilidades de ação dos sujeitos sociais mas não está localizado de forma tão distante do capital econômico. Assim como no capital econômico nas sociedades capitalistas, o caráter acumulativo está presente nesse capital cultural. Ou seja, o sujeito que tem contato com determinadas práticas sociais pode acumulá-las, podendo causar a diferenciação que não necessariamente está disposta pela sua classe no sentido meramente financeiro. Um sujeito de uma classe baixa pode ter aprendido Tênis, pois teve contato através de outro sujeito, e de maneira idiossincrática descobriu um talento que pôde ser financiado.

Essa possibilidade permite àquele sujeito transitar pelo espaço social de um *habitus* de classe alta, o que, de forma subjetiva, o diferencia dos seus pares, na medida em que acumulou em seu capital cultural uma prática não orientada a sua classe. Porém,

de forma objetiva, não o configura enquanto membro daquele espectro social, tendo em vista outros fatores basilares para diferenciar os sujeitos e suas práticas culturais.

Desse modo, a categoria campo se faz necessária para orientar onde essas disputas de capital se dão e como isso influencia nessas disposições de acúmulo de capital e suas reproduções no *habitus*, no qual as estruturas sociais são estruturantes para o comportamento e, ao mesmo tempo, estruturadas pelas ações produzidas e reproduzidas pela diferenciação social em disputa (BOURDIEU, 2007). O campo, nesse sentido, é um microcosmo do espaço social, está presente e distribuído na estrutura social, e também é a categoria que melhor define a ideia de disputa na distinção e diferenciação através do capital específico disputado no *habitus* de quem o compõem. Como consequência, é possível dividir os campos sociais de acordo com o capital em disputa em seu meio.

Por exemplo, no campo político disputa-se o capital político, tendo em vista que os sujeitos que o compõem estão posicionados nesse espaço de acordo com a quantidade desse capital acumulado. Dessa maneira, a ideia de poder é indissociável na análise de qualquer campo, pois quanto mais capital acumulado, mais poder e mais probabilidades de manejar as regras de funcionamento e capacidades de direcionamento dentro do campo. Tais regras são definidas como a doxa do campo, a qual compreende os pressupostos cognitivos e avaliativos aceitos e reconhecidos pelos agentes do campo, que são fortemente naturalizados. Ou seja, são regras e verdades implícitas conhecidas pelos dominantes do campo e que, ao serem desveladas pelos dominados, garantem-lhes alguma possibilidade de impor uma nova doxa. As regras são objeto de luta (BOURDIEU, 2002). De tal forma, é possível manter o caráter relacional, tanto dos dispositivos acumulados no *habitus* quanto das possibilidades de disputa desse capital através do mesmo, transformando o caráter direcional do campo. Em outras palavras, no campo político existem várias ideologias e formas de disputa para institucionalizar comportamentos através de leis e regras, e dependendo das disposições da disputa no campo, podem ser configuradas outras diretrizes estruturais de comportamento, que modificam o caráter do sujeito social na internalização de práticas distintas que geram exteriorização de comportamentos outros.

Como consequência, pode-se afirmar que o modelo de espaço social e espaço simbólico são estruturais, estruturados e estruturantes, na medida que estão passíveis de novas configurações através da prática social. Porém, cabe ressaltar que tal prática é concebida na internalização dessas estruturas dadas na dinâmica de poder e no processo

histórico específico, sempre em caráter relacional. A reprodução social é entendida, assim, no âmbito dos processos de diferenciação e distinção, que estão concentrados na órbita de poder da dominação estruturante, levando em consideração a disputa de tal dominação, não necessariamente na trajetória individual, mas sim nas disposições acumuladas dentre as categorias acima explicitadas. Tornando tanto o sujeito social enquanto um sujeito de ação (ou agente social), que internaliza as estruturas e externaliza suas práticas, quanto a ideia da dicotomia indivíduo e sociedade como irrisória para análise social, deve-se apreender a interdependência da formulação da individualidade bem como da estrutura que a norteia.

É nesta perspectiva que se pretende aqui entender a racionalidade penal moderna como regras de condutas (*doxa*) do subcampo penal no campo jurídico, no que parece ser uma disputa de capital punitivo, hora alocado no direito penal máximo hora no direito penal mínimo. A materialidade do direito penal mínimo encontra-se nas penas restritivas de direito dentre a doutrina do processo reflexivo da falha das prisões como meio de ressocialização e potencialização da perspectiva moderna punitiva. Por outro lado, a pena afliativa, centralizada nos presídios, é a prática comum dos processos punitivos contemporâneos. Tal discussão pode levar a questionar onde se dá a disputa do capital do subcampo penal, pois a doutrina é garantista, mas a prática se revela, cada vez mais, na direção do endurecimento penal, trazendo a hipótese de que a racionalidade disputada ainda é a afliativa, pelo menos no subcampo penal.

Se as penas restritivas de direitos não substituem as práticas afliativas, mas sim, encarregam-se de ampliar as capacidades punitivas, mantendo as práticas baseadas no punitivismo e na seletividade, a disputa da racionalidade penal moderna não representa a disputa da *doxa* em relação às possibilidades de as práticas punitivas alternativas transformarem a estrutura social. Cria-se um *habitus* punitivista alocado em determinados grupos sociais, em que a disputa, por mais racional, burocrática e diferenciada que pareça, reproduz os encargos da instituição prisional na perspectiva estrutural e estruturante da administração da pobreza e encarceramento seletivo como mecanismo de controle social.

2. GARANTISMO PENAL E RACIONALIDADE PENAL

MODERNA: Controle e punição nas alternativas penais

Este capítulo tem por objetivo estruturar a discussão a respeito das penas restritivas de direitos como técnicas punitivas localizadas no discurso e nas práticas do processo reflexivo moderno. Assim, parte-se da exposição das teses do garantismo penal e de proporcionalidade da pena como doutrina capaz de explicar o surgimento dessas técnicas. Recupera-se, também, a partir do quadro discursivo do capítulo anterior, um aspecto comum da racionalidade penal moderna no que se refere ao desenvolvimento de políticas criminais e práticas punitivas alocadas em uma estrutura de organização social.

O intuito, portanto, é demonstrar, no discurso e nas reflexões propostas, como a ideia de humanização das penas e de Direitos Humanos convive com aspectos da sociedade de controle, possibilitando, ao mesmo tempo, uma reflexividade de disputa do discurso no campo penal da funcionalidade punitiva contemporânea. Tal disputa, se não reformular a estrutura social, acabará por manter a racionalidade aflagrada mesmo que utilizando as penas restritivas de direito como técnica punitiva central.

Com esse objetivo, pretende-se explorar tanto as Teses do Garantismo penal e sua influência nas constituições legais relativas ao direito penal, quanto o direito penal mínimo como doutrina do campo jurídico, presente na produção intelectual, o processo de participação do público e sua relação com os Direitos Humanos, e o significado de punição com alternativas na ótica de controle social.

2.1. Teses do Garantismo Penal

O advento da modernidade trouxe consigo formulações baseadas em preceitos iluministas de organização da vida em sociedade. A razão torna-se, então, o centro da dinâmica das relações sociais, de modo que as instituições modernas passam a adotar novas perspectivas de convívio social, justiça e direitos numa perspectiva humanista. No campo do direito penal não é diferente, o castigo físico como forma de punição vai perdendo espaço para uma forma racionalizada da pena imputada à “alma” e sua reformulação (FOUCAULT, 1999). O Estado, como figura de poder dentro um modo de

produção e desenvolvimento da vida humana valorada nos preceitos de sociabilidade moderna, configura uma forma de direito compatível.

A ideia do garantismo penal é materializada na medida em que se desenvolve a perspectiva de Estado de Direito, na qual os direitos e deveres apresentam-se como garantias primordiais da centralidade política na racionalidade moderna. Como afirma Ferrajoli (2006):

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do estado em garantia dos direitos do cidadão (*Idem*, p. 785).

Nesse sentido, a perspectiva cidadã ganha escopo nas áreas de desenvolvimento das relações entre indivíduos e sua estrutura de organização social. As ideias de tutela, cuidado e imparcialidade caracterizam os aspectos normativos modernos dentro da perspectiva de constante diferenciação social, secularização e individuação. Mais especificamente, cidadão é a categoria que dá conta da identidade pública dos agentes sociais localizados, mesmo que possam ser diferenciados em extratos sociais, cor e sexo em ambiente privado, o que se conforma com a lógica de garantias das potencialidades de direitos e deveres frente o desenvolvimento das sociedades modernas.

No que tange à razão como central na perspectiva de validade e efetividade das normas racionalmente articuladas a seu modo de organização social também se faz importante na ideia de garantias do direito penal moderno.

[...] Em um segundo significado, “garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, Põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas (FERRAJOLI, 2006, p. 786).

Desse modo, mesmo com o discurso alinhado aos preceitos da sociabilidade moderna na teoria jurídica, pode-se afirmar que existe uma dualidade entre teoria e prática quando se fala em punição. O “ser” e o “dever ser” devem ser levados em consideração quando se trata da expressividade da norma jurídica no que se refere ao seu caráter positivo. Em outras palavras, o Estado de direito assume um caráter dual, o

primeiro relativo à norma e ao sentido positivo de sua expressão, com relação às leis e à validade formal de atuação, enquanto o segundo refere-se a seu sentido substancial no qual as garantias devem ser pensadas na aplicabilidade prática do contexto inserido. É nessa caracterização dual que o garantismo é alocado enquanto filosofia política fundamentada na racionalidade, na imparcialidade, na justiça, tendo por finalidade a tutela e a funcionalidade do sistema. Dessa forma, o garantismo se separa do caráter moral enquanto doutrina a partir do processo de separação do público e do privado, corroborando para os objetivos da modernização das relações sociais.

[...] Segundo um terceiro significado, por fim, “garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo (*Idem*, p. 787).

Assim, os direitos fundamentais apresentados nas constituições seriam a base não só formal, mas também de princípio, da aplicabilidade da instituição penal, constituindo-se referenciais de conteúdo que nortearão as práticas punitivas. Nessa perspectiva, o conceito de direito penal mínimo assegura a possibilidade de desenvolvimento das políticas criminais vinculada a uma perspectiva política e racional de redução de danos, de prevenção geral do crime e de possibilidade de ressocialização do apenado. Não há como pensar sobre as teses do garantismo penal sem reestruturar a organização social no sentido de “humanização” das penas para cumprimento da função da punição na sociedade.

2.1.1. Direito Penal Mínimo

A partir das décadas de 1960 e 1970, a criminologia crítica vai tomando os espaços de debate na análise reflexiva do campo jurídico. Interpretações da falha dos preceitos modernos da punição para ressocialização ou da doutrina utilitarista da instituição penal ressaltam aspectos críticos da intervenção penal atribuída ao cárcere e cerceamento das potencialidades da vida humana (QUEIROZ, 2002). Assim, um movimento crítico de entendimento do cunho positivista das normas jurídicas compreende sua aplicabilidade no sentido da manutenção e aprofundamento das desigualdades sociais, no que tange a análise estrutural do presídio como forma última

punitiva (ZAFFARONI, 2001). Nota-se também que além da tendência do surgimento crítico do modelo punitivo, tem-se uma tendência de diminuição dos aspectos violentos punitivos no discurso do campo especializado, como argumenta Ferrajoli (2006).

Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira [tendência ao direito penal mínimo] os níveis normativos superiores e, a outra [tendência ao direito penal máximo], os níveis normativos inferiores, e dando lugar com sua separação a uma ineficiência tendencial dos primeiros e uma ilegitimidade tendencial dos segundos (*Idem*, p. 102).

Existe, então, uma tentativa de deslegitimar as concepções punitivistas como resposta à redução da criminalidade e à potencialidade de reforma do indivíduo apenado, direcionando o foco para redução da intervenção penal e para o discurso das garantias de direito, que reforçam o ideário do aspecto funcional da pena em sociedade. Nesse sentido, na medida em que se identifica os problemas que o campo jurídico produz dentro da concepção do presídio como materialidade da punição moderna, o direito penal mínimo ganha repercussão teórica visando, assim, contestar os preceitos punitivos. Sob essa perspectiva, Baratta (2003) faz a seguinte interpretação:

Se nos referimos, em particular, ao cárcere como pena principal e característica dos sistemas penais modernos, corresponderia, em primeira instância, comprovar o fracasso histórico dessa instituição diante das suas principais funções declaradas: conter e combater a criminalidade, ressocializar o condenado, defender interesses elementares dos indivíduos e da comunidade. Não obstante, em uma consideração mais profunda, estudando a instituição carcerária do ponto de vista das suas funções reais, comprova-se que essas têm sido historicamente cumpridas com êxito. Com efeito, afastando a hipótese irracional da ausência de conexões funcionais entre essa instituição e a sociedade, a análise científica pôs em evidência funções reais distintas e opostas àquelas declaradas e que, portanto, explicam sua sobrevivência histórica (*Idem*, p. 5).

Tal caráter crítico descrito anteriormente evidencia que a manutenção dos presídios como forma principal de pena cumpre objetivos não especificados nem na norma discursiva, nem na doutrina teórica garantista. O cunho estrutural de análise permite entender que a população punitiva participa de um extrato comum significativo, onde o conceito de marginalidade repercute exatamente naqueles que são marginalizados dos processos de consumo e de direitos da sociedade, sendo indivíduos alcançados antes e tão somente pelas instituições penais.

A instituição serve, antes de tudo, para diferenciar e administrar uma parte dos conflitos existentes na sociedade como “criminalidade”, isto é, como um problema ligado às características pessoais dos indivíduos particularmente perigosos, o qual requer uma resposta institucional de natureza técnica, isto é, a pena ou o tratamento do desviado. Em segundo lugar, o cárcere serve para a produção e reprodução dos “delinqüentes”, ou seja, de uma pequena população recrutada, dentro daquela muito mais ampla do que os infratores,

nas camadas mais débeis e marginais da sociedade. Por último, o cárcere serve para representar como normais às relações de desigualdade existentes na sociedade e para a sua reprodução material e ideológica (*Idem, ibidem*).

Desse modo, a perspectiva do minimalismo penal encontra, em determinados princípios, a forma de imputar ao direito penal a tese que visa diminuir os efeitos da manutenção de desigualdades, da seletividade penal, podendo reafirmar os referenciais dos Direitos Humanos em aspecto normativo e prático. Os princípios intrassistêmicos são, de acordo com Baratta (*Idem*): Princípios de limitação formal; Princípios de limitação funcional; Princípios de limitação pessoal ou de limitação da responsabilidade penal. Já os extrassistêmicos, ainda segundo esse autor, são: Princípios extrassistemáticos da descriminalização; Princípios metodológicos da construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais.

Resumidamente, esses princípios remontam ao quadro normativo, positivo, numa interpretação sociológica da relação com a estrutura social, entendendo, num âmbito interno, que a lei sob sua forma e cumprimento deve ser tratada especificamente no campo do direito penal. Nesse sentido, tem-se as garantias constitucionais como base, enquanto no âmbito externo, que a redução do aparato punitivo e uma busca alternativa da redução dos conflitos são as chaves para o funcionamento do sistema alocado no minimalismo penal.

Dessa maneira, as penas alternativas ao cárcere representam a materialização dos preceitos punitivos dentro à lógica da reflexividade moderna do papel da punição na sociedade contemporânea. É nesse escopo que as penas restritivas de direito encontram o aspecto teórico de substituição penal em sociedades nas quais a influência humanista racionalizada e o caráter utilitarista da pena são as bases para suas reformas penais. Ou seja, identifica-se nas penas restritivas de direito, enquanto alternativas penais, o caráter de materialização do direito penal mínimo. Assim, no que se refere ao campo jurídico, os preceitos penais ganham caráter político de disputa pelas garantias dos direitos sociais, humanos e, por muitas vezes, constitucionais na aplicação da punição como instituição social.

2.1.2. Axiomas do Garantismo penal

Para compreender o garantismo enquanto expressão da reflexividade do campo jurídico, no que se refere a seu caráter minimalista de intervenção penal, Ferrajoli

(2006) formula dez axiomas que devem ser analisado de maneira conjunta a fim de serem capazes de ligar a punição com os direitos fundamentais. O intuito é garantir os princípios que nortearão a condenação e, conseqüentemente, o cumprimento da pena. Nesse sentido, os três primeiros axiomas – *nulla poena sine crimine; nullum crimen sine lege e; nulla lex (poenalis) sine necessitate* – revelam os princípios da legalidade, retributividade e necessidade relacionadas a pena (*Idem*).

O princípio da retributividade encontra-se intrínseco à relação de causa e efeito da pena, mas, por si só, não garante a necessidade de aplicação, e sim a condição necessária para que haja pena. Aliado ao princípio da legalidade, define que só é crime se há lei anterior para defini-lo, e, em sentido estrito, garante os direitos assim definidos que são concomitantes à apreciação penal. Dessa maneira, expõe o caráter relacional entre a vigência da norma legal e a validade subordinada aos direitos garantidos.

Já o segundo conjunto de axiomas – *nulla necessitas sine injuria; nulla injuria sine actione e; nulla actio sine culpa* – são os princípios da materialidade, da culpabilidade e da lesividade, e estão relacionados às garantias frente ao delito (FERRAJOLI, 2006, p. 91). A materialidade garante liberdade de agência em sentido subjetivo, em que só a ação material pode servir de base para definir a lesividade da questão. A lesividade, nesse ponto, só será relevante se ofender diretamente e de formas efetiva e concreta a um interesse socialmente importante e que represente perigo real ao bem em questão. Além disso, o princípio de culpabilidade representa um repúdio a qualquer responsabilização pelo resultado objetivo do tema, impondo que para intervenção penal haja uma subjetivação da responsabilidade, a ação lesiva e material articulada à conduta verificável da ação.

Quanto aos quatro últimos – *nulla culpa sine judicio, nullum judicium sine accusatione, Nulla accusatio sine probatione, Nulla probatio sine defensione* (*Idem, ibidem*) – são referentes aos princípios anteriores. Sem acusação materialmente provada e sem defesa não há intervenção penal, ou seja, para acusar deve-se ter provas. Assim, garante-se a defesa e não há culpa sem esse processo intermediado pela especialidade denominada.

Esses, portanto, são os princípios que revelam a natureza do garantismo penal como discurso que toma forma institucional nas sociedades modernas através do processo de crítica reflexiva do campo, orientando as práticas punitivas para as funções antepostas de redução da criminalidade; ressocialização do apenado; garantias de direitos humanos e sociais na aplicabilidade da punição.

2.1.3. *Críticas ao Garantismo*

Anteriormente, foram apresentados os argumentos que afirmam a natureza das formas modernas de se pensar a instituição penal nesse contexto, tendo com base na racionalização das práticas, especialização do campo e processo de intervenção humanista nas relações punitivas. A partir disso, o cenário de análise deve ser orientado para os preceitos da aplicabilidade destes princípios no mundo real. Porém, pode-se perceber algumas críticas relacionadas às teses do garantismo penal, a medida em que o advento da manutenção dos aspectos estruturais da pena é compreendido. Apesar da racionalidade imposta à subordinação dos direitos sociais, o viés de interpretação positivista não desapareceu do julgo. Pode-se ressaltar que o caráter discricionário da pena não é só efetivado no momento do julgo, mas participa de todo o processo, desde o cometimento do ato infracionário, a atuação dos agentes especializados na captura e a composição de provas (policiais), até o devido processo legal.

As garantias antepostas no texto jurídico não permitem uma total separação das composições subjetivas da arquitetura do processo penal. São questionáveis os parâmetros de imparcialidade tanto no início quanto ao fim do processo por inteiro. As ideias de causa e efeito ainda predominam no discurso, na medida em que não se olha a estrutura social ou questiona-se a efetividade da pena circunscrita em um cenário temporal e espacial específico. Nesse sentido, corre-se o risco de aplicar à pena alijada dos preceitos garantistas em cunho político. Em outras palavras, se o processo de institucionalização das teses garantistas não acompanhar o movimento da mínima intervenção penal, os problemas antes identificados por essa própria reflexividade continuarão centrais, que são o caráter utilitarista dos órgãos especializados, o sistema jurídico alheio ao sistema político, corroborando com o viés da seletividade penal e não se articulando pela diminuição das desigualdades e sim por sua manutenção.

No que se refere à atuação discricionária do juízo, uma visão hiperbólica monocular¹³ das garantias fundamentais do direito à vida não supera as contradições da punição como artefato do modo de controle social disseminado por intermédio manutenção da estrutura desigual de relações sociais, como fica claro no trecho a seguir.

Se a Constituição é o ponto de partida para (também) a análise (vertical)(1) do influxo dos princípios fundamentais de natureza penal e

¹³ Visão com foco exagerado em um único aspecto, que pode reproduzir desigualdades sociais.

processual penal, decorre daí que o processo hermenêutico não poderá se assentar sobre fórmulas rígidas e pela simples análise pura (muito menos literal) dos textos dos dispositivos legais (inclusive da própria Constituição). Há se buscar o conteúdo da norma, sua essência (FISCHER e DOUGLAS, 2002, p. 3).

A busca pela essência do conteúdo a ser ministrado pela ação penal não pode ser praticada só através escrito da norma, sem uma compreensão dos aspectos dos direitos em contexto social. Quando realizada de forma unicamente direcionada (monocular), acaba por desprezar a tangencial funcionalidade da punição. O que se quer dizer é que em uma sociedade onde as desigualdades de classe, cor e sexo estão intrínsecas aos processos de distinção do acesso a recursos e direitos, o discurso garantista pode levar à manutenção dessas desigualdades na hora do julgo pela articulação do jogo condenatório.

Para quem, de forma privilegiada, consegue pagar por uma boa defesa, a perspectiva garantista assegura uma diferenciação daqueles que não se articulam em defesa no jogo condenatório. Dessa forma, o foco exagerado (hiperbólico) nas garantias constitucionais do apenado, a depender da qualidade do delito, pode, além de reproduzir as desigualdades encontradas na estrutura social em seu modo de estratificação, esquecer-se das garantias constitucionais das pessoas que não estão em julgamento.

Precisamos ser sinceros e incisivos (sem qualquer demérito a quem pensa em contrário): têm-se encontrado muitas e reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com simples referência aos ditames do “garantismo penal”, sem que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico, evidenciando-se de forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se veem processados ou condenados (FISCHER e DOUGLAS, 2002, p. 4).

O garantismo penal foi difundido em um movimento de perspectiva da diminuição da intervenção penal, devendo ser visto de forma integral e não isolada, resguardado seu viés substancial de filosofia política para além de circunscrito teórico-metodológica da ação de um sistema individual. Nas palavras de Pinho (2011):

O garantismo, embora assumindo um modelo crítico ao positivismo, já que defende um controle material da constitucionalidade, distinguindo vigência de validade, em alguns pontos é traído pela herança kelseniana, principalmente no que concerne à aceitação da discricionariedade e, portanto, pela assunção de algum ceticismo em relação à resposta correta. O problema que a tese identifica consiste, em verdade, no fato de que o avanço que o garantismo representa em relação ao paleopositivismo não ser suficiente para que se afaste o fantasma do decisionismo (ainda que apenas o admita *pro reo*, insista-se). O garantismo, ao fim e ao cabo, segue preso a uma teoria semântica do significado. Embora assuma os princípios constitucionais,

oferece uma leitura positivista da Constituição. E aí reside todo o entrave. (PINHO, 2011, p. 196).

Para que as teses garantistas possam representar o avanço a que se propõem no decorrer do desenvolvimento histórico da modernidade, devem ser acompanhadas de uma leitura integral de suas funções e atribuições com o viés de mínima intervenção penal, calcadas nos ideais do Direito Penal Mínimo. Ou seja, pensar as teses garantistas na perspectiva do retributivismo ou da dissuasão penal, mantendo a prisão como instância punitiva institucionalizada, reforça os mesmos parâmetros de sofrimento imposto à pena e revela uma contradição entre garantias constitucionais e modos de operação da punição na sociedade moderna. Mais ainda, pensar a manutenção da instituição punitiva baseada na pena afliativa no garantismo penal reproduz a ideia das alternativas penais como forma de ampliação da mesma racionalidade punitiva seletiva.

2.2. Racionalidade Penal Moderna

Até aqui foram descritas como as teses de “humanização” do caráter penal moderno nascem de uma reflexividade crítica a partir do sistema jurídico e de suas potencialidades calcadas nos aspectos da sociabilidade moderna. Uma racionalidade do porquê e do como punir na modernidade acompanha seu caráter estrutural das relações sociais. Entretanto, o desenvolvimento das técnicas punitivas alocadas na realidade encontra dois fatores de análise. O primeiro é o comportamental, como forma de justificar o caráter necessário das penas no que concerne à institucionalização da vingança. O segundo é o de anseio normativo, o qual localiza as garantias burocráticas da ação pela legalidade em um projeto específico de sociedade. De acordo com Pires (2004):

O conceito de racionalidade penal comporta dois sentidos. Num sentido teórico e formal, indica simplesmente um sistema de pensamento que se identifica como relativo à justiça criminal e assim se autodistingue dos outros sistemas, mas que para ser relativamente autônomo não precisa se distinguir ponto por ponto, da mesma maneira que os seres humanos são distintos tendo vários pontos em comum (fisiológicos, por exemplo). Num sentido empírico e descritivo, designa uma forma concreta de racionalidade que se atualizou num determinado momento histórico (*Idem*, p. 40).

O que chama a atenção é como, em relação ao caráter comportamental, as penas afliativas passaram a dominar os preceitos modernos de forma natural, partindo da perspectiva de punir com severidade para educar com propriedade, ou da perspectiva retributivista de causar mal pelo mal causado, mesmo com o avanço no que se refere aos

parâmetros discursivos das normas, direitos humanos e constitucionais. Dessa maneira, dá-se vazão a uma estrutura normativa telescópica na qual o contexto é deixado de lado e a atuação da aplicabilidade legal foca na perspectiva da norma escrita. A partir do viés da punição aflitiva com base comportamental, o resultado é a manutenção de uma racionalidade de atuação negativa frente aos parâmetros da norma.

A combinação entre a estrutura normativa telescópica e essa linha de pensamento que valoriza a pena aflitiva dará a impressão de que a norma de comportamento e a pena aflitiva formam um todo inseparável, o que suscitará uma série de problemas e deslocamentos de sentido (*Idem*, p. 41).

Os problemas que se inserem nessa lógica partem, num primeiro momento, da caracterização do crime como aquilo que necessariamente tem pena, impondo uma lógica dogmática da relação crime-pena (aflitiva) e incorporando nas práticas modernas um modo universal de conceber a dependência de resposta aflitiva a prática criminal. Nas palavras de Pires (*Idem*):

No plano da reflexão teórica, tanto o saber jurídico como as ciências sociais definirão o crime (e até mesmo o sistema penal) pela presença exclusiva da pena (aflitiva), o que implicará uma compreensão simultânea das normas de comportamento e de sanção: uma não pode ser pensada sem a outra. Tal forma de definição pode ser qualificada como uma sinédoque, aquela figura de linguagem que consiste em definir o todo (o crime ou o sistema penal) pela parte (a pena). Isso tornará quase impossível pensar o sistema penal ou o crime sem uma dependência quase exclusiva da pena aflitiva, bem como suscitará uma ontologização da estrutura normativa do direito penal moderno (*Idem*, p. 42).

Deste modo, por mais que as normas avancem, com influências do humanismo, a tese utilitarista da punição aflitiva como melhor resposta ao crime tem repercussão prática, especialmente no que se refere aos comportamentos sociais. Assim, cria-se outro problema, em relação à atuação da especialidade competente (juiz) e sua realização profissional, na medida em que a tendência é optar pela pena aflitiva desconsiderando a possibilidade de alternativas.

O segundo problema é que se produzirá uma ilusão de simplicidade quanto ao trabalho do legislador e do juiz no momento da escolha da sanção: tender-se-á a crer que eles devem privilegiar a escolha da pena aflitiva, particularmente a de prisão, de modo que ela aparecerá como uma resposta evidente (*Idem, ibidem*).

No âmbito dessa relação conflituosa, enxerga-se um outro problema no caso do caráter da necessidade e identidade da relação crime e pena, no sentido de uma identidade negativa da sanção quase que obrigatória e uma necessidade de se atribuir a aflição como meio absoluto de passar uma mensagem de comportamento (PIRES, 2004). Nessa perspectiva, é como se a reflexividade, característica intrínseca da

modernidade, não conseguisse transpassar as barreiras da materialização do sistema penal. O parâmetro de avanço das relações e de institucionalização dos preceitos humanistas, da pena como padrão de manutenção da funcionalidade com objetivo de diminuir as condições de desigualdade, deve ser incorporado na análise da concepção da racionalidade penal moderna (aflitiva).

2.2.1. *Público e Direitos Humanos*

Entende-se, nesse sentido, como a relação da concepção dos direitos humanos e de sua influência nos processos de reflexividade das instituições modernas, quando amparada no discurso da legitimação normativa, carece de uma assimilação imediata às práticas penais, como vimos nas teses do garantismo penal. Todavia, também foi exposto o caráter crítico de análise no que se refere ao discurso e à implementação da prática punitiva, e na maneira como a produção de sofrimento e a lógica de naturalização da relação crime/pena concebe uma racionalidade penal aflitiva, ainda focada no presídio como prática penal. Assim, o cenário de atuação da criminologia crítica volta-se para a perspectiva de que, a fim de garantir a produção de um sistema jurídico garantista com que as teses de humanização das penas, é necessária uma tendência à intervenção penal minimalista e ao consequente avanço das alternativas como possibilidade de disputa da racionalidade moderna.

É nesse cenário social que as teorias do direito penal mínimo ganham uma representação dentro do campo jurídico, baseado nos preceitos dos direitos humanos, mas ainda concatenado com o mesmo processo de conhecimento humanista que forma a racionalidade penal moderna. Baratta (2003), na citação a seguir, mostra como os direitos humanos fazem essa interlocução.

O conceito de direitos humanos assume, nesse caso, uma dupla função. Em primeiro lugar, uma função negativa concernente aos limites da intervenção penal. Em segundo lugar, uma função positiva a respeito da definição do objeto, possível, porém não necessário, da tutela por meio do direito penal. Um conceito histórico-social dos direitos humanos oferece o instrumento teórico mais adequado para a estratégia da máxima contenção da violência punitiva, que atualmente constitui o momento prioritário de uma política alternativa do controle social (*Idem*, pp. 3-4).

O que se deve deixar claro é a alocação da concepção de direitos humanos do pós-Segunda Guerra Mundial na figura dos cidadãos que compõem determinadas nações e, portanto, determinados comportamentos. O comportamento criminoso não necessariamente está alocado na figura de pessoas sob tutela do Estado de *Welfare*.

Cria-se, dessa forma, uma relação contraditória entre os parâmetros que sancionam as normas de comportamento de forma institucional, fundamentados legalmente, e as figuras que devem ser defendidas das mazelas da criminalidade. Assim, os direitos humanos e as garantias constitucionais convivem bem com o modelo de punição aflitiva, como aponta Pires (2004).

As relações entre o direito penal e os direitos humanos se constroem de modo paradoxal e conflitante na racionalidade penal moderna. A pena aflitiva é frequentemente valorizada como uma "maneira forte" de defender ou afirmar os direitos humanos. A representação da pena aflitiva como necessária ou obrigatória produz então um paradoxo: certa degradação dos direitos humanos no direito penal, a afirmação de uma obrigação de punir, a resistência a outros tipos de sanções, tudo isso pode se apresentar, em diferentes graus e formas, como uma maneira de proteger os direitos humanos, enquanto um observador externo poderá ver os direitos humanos como um objetivo ou um ideal de reduzir as penas e diversificar as sanções (*Idem*, p. 46).

A perspectiva de avanço do direito repositivo moderno coloca na agenda das reformulações jurídicas novos processos e valores (baseados na perspectiva humanista) que devem ser protegidos, como por exemplo, o direito à propriedade, a tolerância de diferenças religiosas, o respeito às identidades individuais e culturais em manifestações de gênero, raça e orientação sexual. Todas essas reformulações asseguram que o Estado e a justiça devem garantir as possibilidades de convívio com a diferença, inatas ao processo de modernização das relações sociais. Porém, quando se trata do campo penal, tais atribuições tendem a manter o caráter aflitivo na materialização das sanções penais.

Ou seja, a própria perspectiva humanista é interpretada, nas instâncias penais, por meio da manutenção da punição aflitiva enquanto forma de garantir que os outros, as vítimas, estejam asseguradas em matéria de direito. Um caminho possível é conseguir diferenciar justiça de humanismo na análise crítica dos processos penais.

Uma das soluções para essa questão consiste em distinguir o humanismo da justiça e repensar separadamente cada um desses conceitos em matéria penal. Assim, "ser justo" não teria mais relação com "ser humano" — como afirma Tocqueville, "o objetivo da filantropia não é tornar os prisioneiros felizes, mas melhores". A noção de justiça é então reduzida ao sentido dado por uma das teorias da pena aflitiva: "O mal se sana pelo mal". Enfim, o próprio humanismo é reinterpretado pelas teorias da pena, de modo que nos tornamos responsáveis pela nossa tolerância (note-se: não por nossa intolerância) e favorecemos o crime quando deixamos de punir ou até quando não punimos com severidade suficiente (PIRES, 2004, p. 47).

No desenrolar histórico das sociedades modernas, movimentos de grupos sociais ganham expressão de participação política, o que necessariamente pode remodelar as instâncias representativas do campo político, no sentido de atribuir representatividade

no que concerne às conquistas e à manutenção de direitos e acesso a recursos na sociedade.

Porém, no caso do campo penal, é como se as participações dessas representatividades mantivessem os anseios da prática aflitiva da punição na materialização da culpa de quem infligir seus direitos e conquistas. A contradição encontra-se na diminuição dos direitos dos punidos à medida em que os direitos humanos participam do processo de reformulação da instituição punitiva.

Se alguém observar espontaneamente essas demandas do ponto de vista da racionalidade penal moderna, será naturalmente conduzido a concebê-las como um tipo de demanda de "direitos de proteção": proteção de certos indivíduos contra a ação de outros. Esse reflexo cultural, decorrente de uma atualização da racionalidade penal moderna, consiste justamente em não distinguir entre a demanda de espaço para agir, acompanhada por uma proteção qualquer contra a ingerência, e a demanda de um (suposto) remédio específico para garantir esse espaço de ação (direito a obter uma pena aflitiva). Ora, é a associação da pena com a proteção e os direitos que nos dá a impressão e a ilusão de que essas demandas são efetivamente legítimas demandas de proteção, e até de proteção de "direitos humanos", relativas a bens jurídicos fundamentais. Pedir proteção converte-se então em algo semelhante a pedir mais pena aflitiva ou mais sofrimento, e responder afirmativamente a esses pedidos transforma-se em algo semelhante a dar uma proteção efetiva ou a reconhecer um direito a tal tipo de demanda (PIRES, 2004, p. 56).

Então, quando se fala sobre processo de reflexividade tendo como base os preceitos das introduções críticas do campo jurídico, nota-se que, em matéria penal, há um movimento de participação do público de forma a acompanhar, diretamente, o endurecimento penal das instâncias especializadas, questionando a autonomia do campo jurídico em relação ao processo reflexivo, de atualização das práticas penais. O processo de introdução de perspectivas políticas em âmbito jurídico permite discutir, principalmente a partir de 1960 e 1970, um possível processo de *desdiferenciação* da atuação penal na contemporaneidade. Em outras palavras, é como se o sistema jurídico permitisse, de maneira política, a introdução de perspectivas de fora do próprio campo nas práticas, em tese, burocratizadas pela razão (PIRES, 2004).

Tal processo de introdução parte da participação do público, no que seria relativo à autonomia do campo jurídico, principalmente por intermédio de movimentos sociais, componentes midiáticos, o que não transfere o poder de punir ao público, mas revela a capacidade política das decisões jurídicas, ora autônomas, no processo de racionalidade penal. Desse modo, identifica-se também um processo de *juridicização* da opinião pública, a qual é arrendada no processo decisório quando de agrado às composições estruturais. O movimento midiático de construção da perspectiva da

violência a partir da disseminação da cultura do medo cumpre um papel fundamental de afirmação do público como parte necessária da composição de justiça na contemporaneidade, como pode-se perceber na argumentação de Pires (2004) apresentada abaixo:

Evidentemente isso sugere a existência de novos problemas nas relações entre o sistema político e o sistema jurídico-penal, pois num certo sentido esse processo produz um efeito de desdiferenciação do sistema penal em relação ao sistema político no quadro da construção jurídica da noção de justiça. Assim, pode-se perguntar se os tribunais penais não estão em via de se tornar mais próximos do exercício da função do sistema político em alguns aspectos-chave do processo de tomada de decisões (*Idem*, p. 49).

No que tange a esse processo de *desdiferenciação* ao qual o autor se refere, temos então duas perspectivas. A primeira é que a participação do público pode interferir diretamente na maneira da justificar utilizada para manter a pena aflitiva, principalmente ao apontar o cárcere como resposta imediata da racionalidade penal moderna. A segunda é a perspectiva que se perde o caráter reflexivo crítico do campo, onde o conhecimento tecnicamente produzido por especialistas não decide mais as reformas e reformulações da atuação penal. Nesse sentido, pode-se entender que, mesmo as alternativas penais estando circunscritas às necessidades reais da falha da pena de prisão e possibilidade de ressocialização do apenado, o caráter punitivo a elas imposta participa do mesmo processo de racionalidade penal, ou participará da mesma doxa.

2.3. Controle e Punição nas alternativas penais

Dentro do escopo teórico levantado até então, percebe-se que as alternativas penais à prisão acompanham um processo de reflexividade do campo jurídico em atualizações calcadas nos princípios do direito penal mínimo e na doutrina do garantismo penal. Entretanto, a forma como tal possibilidade de punição se expressa não se diferencia dos preceitos formativos da racionalidade penal moderna, no que se refere ao seu caráter retributivista ou de dissuasão. Isso permite compreender que, na lógica punitivista, as alternativas penais funcionariam como uma possibilidade do aumento do alcance da instituição punitiva na sociedade moderna. Dessa forma, as alternativas penais configuram a materialidade dessa lógica minimalista da punição. Mas a hipótese que será tratada é a convivência da prática punitiva das alternativas penais com os preceitos de relação de produção de sofrimento e seletividade penal na configuração

contemporânea da punição, enquanto instituição social, o que acaba por ampliar os aspectos da rede controle social contemporâneo (PEREIRA, 2015).

Numa análise estrutural, na medida em que os aspectos da sociabilidade moderna, localizada na interlocução entre o modo de produção capitalista, suas atualizações e o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, avançam, as reformas institucionais inerentes à perspectiva do controle se tornam cada vez mais presentes. Como afirma Deleuze (2010):

O capitalismo do século XIX é de concentração, para a produção, e de propriedade. Por conseguinte, erige a fábrica como meio de confinamento, o capitalista sendo o proprietário dos meios de produção, mas também eventualmente proprietário de outros espaços concebidos por analogia (a casa familiar do operário, a escola). Quanto ao mercado, é conquistado ora por especialização, ora por colonização, ora por redução dos custos de produção (*Idem*, p. 4).

Antes foi identificado como as instituições modernas se relacionavam pela ótica da disciplina de corpos, com o objetivo de tornarem-nos úteis ao funcionamento do modo de trabalho fordista ao mesmo tempo em que informam práticas comportamentais de “rotinização” da vida social (FOUCAULT, 1999). A partir disso, pode-se dizer que as reformas institucionais tornam-se necessárias na medida em que as relações de produção e reformulações comportamentais são complexificadas. As escolas, os hospitais, as formas de trabalho e o próprio Estado vão aderindo a um discurso de constante reforma para aperfeiçoar sua relação com a produção da vida em sociedade cada vez mais diferenciada, na qual a razão encontra-se na centralidade das decisões e a separação do que é público e do que é privado faz-se presente na dualidade indivíduo-estrutura.

O discurso do Estado de Bem-estar social se articula com o processo de “humanização” das relações sociais, no sentido de desenvolvimento econômico atrelado a ideia da participação no consumo para diminuição das desigualdades sociais. As políticas de assistência ganham enfoque no sentido, portanto, da possibilidade de desenvolvimento juntamente à diminuição da pobreza e à disseminação do bem-estar social. No que tange ao sistema penal, é nesse discurso que se localiza a flexibilização das técnicas punitivas para uma menor intervenção penal, e reais garantias da possibilidade de ressocialização do apenado com menor imposição de sofrimento ao corpo punido, flexibilização materializada na ideia de cidadão dotado de direitos civis, sociais e políticos.

Porém, no que concerne a sua aplicabilidade, nota-se que os presídios não foram substituídos nas sociedades modernas pelas alternativas penais. Pelo contrário, em dados coletados pelo *KING'S COLLEGE LONDON - WORLD PRISON BRIEF* até o ano de 2010, vê-se um exponencial aumento da população carcerária mundial, chegando a 2,3 milhões nos EUA (cresceu 77% de 1990 a 2009), 1,6 milhões na China (cresceu 31% de 1995 a 2009), 847 mil na Rússia (cresceu 17% de 1992-2010) e 600 mil prisioneiros no Brasil (cresceu 450% de 1990 a 2009).

A partir que o entendimento das políticas criminais e da atuação do sistema penal na sociedade revela seu caráter de organização social, pode-se interpretar, a partir dos dados citados no parágrafo anterior, que a tendência atual é um maior encarceramento. Revela-se, portanto, o aspecto da prisão como uma forma de administração da pobreza nas sociedades contemporâneas no sentido de encarceramento seletivo e endurecimento penal, como discutido no primeiro capítulo, a partir, principalmente, da Wacquant (2008).

Desse modo, ao identificar a tendência do controle social exposto nas instituições sociais, com relação às atualizações do campo jurídico, as alternativas penais ao cárcere, na medida em que não substituem a centralidade do presídio como técnica punitiva, participam da ampliação da instituição penal na sociedade moderna, na lógica da seletividade além da racionalidade em questão, calcada na retribuição e dissuasão. Nesse sentido, Berdet (2015) afirma que:

[...] A construção social das penas alternativas é atravessada por um paradoxo: por um lado, é o exercício da punição pela autoridade legal; por outro lado, é uma oportunidade de inclusão social e resgate da cidadania dos infratores. De fato, as penas alternativas aumentam o número de indivíduos ou grupos sociais cujo comportamento é regulado e controlado pelo Estado, e transferem a autoridade e competência da intervenção estatal para a comunidade. Ainda, o seu descumprimento tem como resultado a prisão. Dessa forma, pode-se assumir as penas alternativas como uma resposta punitivo-correcional que política e culturalmente assume a função de coadjuvante do sistema prisional pela aplicação compulsória da lei e como recurso jurídico-legal no alargamento do controle social (BERDET, 2015, p. 140).

Quando se busca entender os significados das alternativas penais, nota-se que apesar da capacidade reflexiva fundamentada nos direitos humanos e no minimalismo penal, tais alternativas não conseguiram expressar outra sociabilidade para punição, seja em sentido normativo ou cultural. Assim, funcionam como um apêndice do Estado punitivo, e ao mesmo tempo em que se apresentam na forma de solução para os problemas penais, passam a mensagem de ampliação da capacidade punitiva seletiva.

É justo afirmar que, apesar de todos os apelos sobre a dimensão abolicionista das penas alternativas, elas carregam consigo as demandas de uma cultura punitiva. Enfim, não deixam de expressar uma punição marcada por uma abordagem correccional e reformadora do infrator, mesmo que sustentada pela confluência de intervenções cognitivo-comportamentais com a oferta de programas e serviços sociais. Sociologicamente, as penas alternativas alargaram o exercício do controle penal, configurando-se como um mecanismo de governança da população. O controle formal exercido pelas agências estatais e o controle social informal na vida cotidiana são combinados para regulação de comportamentos, portanto as penas alternativas, de uma forma ou outra, fortalecem o papel simbólico da justiça criminal e expandem o sistema penal por meio da intervenção penal na comunidade (*Idem*, p. 146).

Desta maneira, as alternativas penais devem se apresentar como configuração política-punitiva, capaz de disputar fora do campo jurídico à sociabilidade punitiva na sociedade, e dentro da ótica da funcionalidade da punição no que tange aos valores críticos que conceberam seu parâmetro discursivo.

2.3.1. Disputa política da racionalidade penal no campo jurídico

Com o advento da criminologia crítica, pôde ser identificado um caráter de funcionalidade do sistema penal frente às atualizações do modo de produção na contemporaneidade, numa perspectiva global. O caráter de expansão do neoliberalismo acompanha um processo de endurecimento penal à medida que se aumenta a *juridização* da opinião pública. Compreende-se, portanto, a política de “tolerância zero” estadunidense, a política da redução da maioria penal, e as discussões a respeito da sanção de morte, como movimentos do processo de encarceramento seletivo para fins das condições políticas necessárias ao aumento da precarização do trabalho e a novas formas de administração da pobreza. Consequentemente, tem-se a formulação de identidades marginais, um recorrente processo de construção social da delinquência na imagem da classe trabalhadora (WACQUANT, 2008).

Se a racionalidade penal moderna consegue reinterpretar o discurso dos direitos humanos e das garantias constitucionais no interior da lógica de punição retributivista e dissuasiva, as teses do garantismo penal e minimalistas do Direito perdem o foco reflexivo das práticas punitivas, alinhando-se ao projeto de marginalização da pobreza ou, no caso hiperbólico monoclar, à garantia das desigualdades no julgo a depender das potencialidades de acesso a recursos e direitos dispostos na estrutura desigual de classes sociais.

Assim, é no processo de *desdiferenciação* do sistema jurídico que vemos a capacidade transformativa das políticas criminais se alinharem ao avanço dos anseios neoliberais de menor participação do Estado de proteção social e de responsabilização do indivíduo frente ao caráter da segurança pública e seus desafios na contemporaneidade. Dessa forma, as alternativas penais ganham aspecto duplo de análise, o primeiro concerne à capacidade de ampliação da rede de controle social ainda baseado em preceitos punitivos, e o segundo à capacidade política de discurso reflexivo das práticas punitivas contemporâneas. Se o campo jurídico especializado produz conhecimento técnico sobre a redução da criminalidade e a possibilidade de ressocialização, as alternativas penais deveriam conseguir suplantam a técnica punitiva em cárcere. Segundo Berdet (2015):

[...] As penas alternativas necessitam de uma maior clareza na comunicação do seu conteúdo punitivo e tomar uma posição sobre suas intenções imediatas dentro da justiça criminal: substituir a prisão ou reduzir a população carcerária. E política e teoricamente, assumir sua institucionalidade e organicidade dentro da justiça criminal e sistema penal, como mais uma forma de controle social e não a “estruturação” o aparato punitivo-correcional, pois correm o risco de inevitavelmente repetir os mesmos erros atribuídos à prisão e tentar resolver os problemas sociais por meio da política criminal, uma vez que a exigência legal do cumprimento da pena não tem como efeitos a transformação de padrões culturais de desigualdade, discriminação e submissão (*Idem*, p. 145).

As alternativas penais, assim como seu caráter de menor intervenção penal, não devem ser vistas como política social impelida pelo Estado, e sim como processo reflexivo do direito penal, capaz de cumprir o papel de substituição da técnica punitiva objetivando a racionalidade de seu resultado, como é descrito também por Berdet (*Idem*) no trecho a seguir:

A opção por alternativas à prisão no sistema penal brasileiro não solucionará todos os problemas, mas abrirá caminhos para uma justiça mais próxima de uma democracia participativa. Para isso, é preciso entrelaçar a emergência de novos processos e “sensibilidades” que influenciem a quebra de padrões de continuidade em favor da mudança, pois hoje, as formas de gerir conflitos são ainda extremamente controladas de forma a atender a conservação da estrutura social brasileira (*Idem*, p. 147).

Nesse sentido, a disputa da racionalidade se dá dentro da perspectiva moderna, no processo de diferenciação, secularização e individuação. A partir do momento em que a reflexividade atrela sentidos de fora do sistema diferenciado, aumenta-se a possibilidade da moralização do processo, da subjetivação do caráter punitivo, o que faz sentido em uma política de diminuição do aparato estatal e responsabilização do indivíduo frente às composições institucionais. Assim, a disputa da narrativa das alternativas penais como perspectiva de atuação dos direitos humanos revela uma

disputa de projeto de sociedade, impelindo necessariamente que os outros campos da vida social estejam em acordo com a política humanista do desenvolvimento social e que o campo autonomize sua capacidade reflexiva para real substituição não só da técnica, mas da sociabilidade da punição enquanto instituição social. Impor outra significação da punição na sociedade contemporânea é papel do campo jurídico como consequência da sua relação na composição dos significados em parâmetro normativo e culturais.

A partir de uma concepção praxiológica, ao se tratar do *habitus* punitivo, nota-se que esse papel não é cumprido e a disputa entre o direito penal máximo e direito penal mínimo dentro do campo jurídico mascar a disputa que é de projeto político de sociedade. Assim, o subcampo penal, sem alteração de sua doxa, será apêndice da disputa da mesma racionalidade aflagante. Isso não quer dizer que se deve abandonar as penas restritivas de direito como parte relevante do projeto político, mas enquanto forem constituídas da racionalidade dissuasiva e punitivista numa sociedade desigual, não cumprirão o papel de disputa reflexiva das práticas penais.

No que concerne à disputa do campo, o garantismo penal é a doutrina que rege as regras do jogo e ainda está inserido na racionalidade penal moderna aflagante e seletiva, mesmo que seja hiperbólico monocular ou integral. Esse é, na prática, o projeto político punitivo contemporâneo, de forma que a disputa do direito penal máximo e do direito penal mínimo revela uma disputa pelo mais do mesmo em relação à percepção e à prática penal como estrutural e estruturante.

Dentro da perspectiva do processo de *desdiferenciação*, quando o público começa a interferir no processo reflexivo do campo, desloca-se a racionalidade da disputa para o âmbito político-social. Ou seja, a disputa do caráter punitivo não está concentrada nos preceitos da sociabilidade moderna, então deve ser encarada enquanto disputa política da organização social na estrutura. Mantendo a estrutura capitalista e os preceitos neoliberais, as penas restritivas de direitos têm as mesmas funções praxiológicas dos presídios, que são o controle social seletivo e a responsabilização individual dos problemas sociais.

3. RACIONALIDADE PENAL MODERNA E PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO NO BRASIL

O objetivo deste capítulo é lançar mão das análises teóricas levantadas até então a fim de entender esse processo de concepção da racionalidade penal moderna nas penas restritivas de direito no Brasil. Pretende-se, assim, analisar o projeto de desenvolvimento do capitalismo no país bem como a introdução da classe trabalhadora nos processos de consumo através do cenário penal contemporâneo. Nesse sentido, são discutidas algumas rupturas e continuidades de um projeto de Estado de Bem-estar desde a concepção da Constituição Cidadã de 1988, aplicada à percepção das penas restritivas de direito como disputa da racionalidade moderna nas instâncias punitivas. Propõe-se, também, identificar a ascensão de um projeto neoliberal global nos discursos e nas práticas das instituições sociais contemporâneas, principalmente com relação à análise da punição enquanto instituição social que revela as formas de organização econômica, social e cultural da sociabilidade moderna tardia.

Dessa maneira, apresenta-se um breve histórico da punição no Brasil concomitantemente à análise anteposta de sua relação com a sociedade de controle. Discute-se a ideia de modernidade tardia na especialização do discurso calcado na racionalidade para a dinâmica social e para a continuidade da punição aflitiva como meta comportamental e legal. Por fim, propõe-se uma análise da possibilidade de disputa da reflexividade do campo jurídico frente ao processo de *desdiferenciação* do sistema penal, no que diz respeito à possibilidade do direito penal mínimo integralizar a *doxa* do subcampo penal, analisando como são mantidos os parâmetros estruturais da racionalidade penal moderna aflitiva e seletiva.

3.1. Breve Histórico da Punição no Brasil

A punição como instituição social apresentada no presente trabalho não se limita à ideia de crime/castigo, uma vez que está vinculada à maneira como a sociedade organiza suas instituições em determinado momento histórico, fomentando uma tecnologia específica do poder expressa nas relações sociais. Nas palavras de Berdet (2015)

[...] Pode-se dizer que a punição não se desprende das necessidades ideológicas, sociais e políticas, seja de um determinado momento histórico ou

estrutura social. O funcionamento do sistema penal, por meio de seus processos rituais, além de ordenar a vida diária e relações sociais de populações inteiras, também sustenta as relações de poder que as constituem. Assim, as práticas punitivas operam como tecnologia de poder para o governo da vida social e a conformação de formas generalizadas de comportamento e de subjugação política e social (*Idem*, p. 34).

No Brasil, levando em consideração o seu contexto histórico de colonização, a maneira como a punição irá se apresentar não é diferente, estando necessariamente alinhada aos valores e às dinâmicas da sociabilidade específica, nas quais o poder de punir demonstrará a disposição da estrutura social da época. Dessa forma, no Brasil colonial era evidente o intuito de demonstrar a distinção social dos indivíduos através de uma política de execução e tortura, tendo como principais corpos punidos a população negra e os povos indígenas, por meio de mutilações, trabalhos forçados nas galés, força, morte no pelourinho. Isso revela o caráter formalmente desigual de direitos e deveres alocados inclusive nas normas jurídicas pelas Ordenações Filipinas¹⁴, de maneira a demonstrar que comportamentos idênticos geram ou não punição ao dependerem da identidade de quem os pratica (DOTTI, 1998; BARROS, 2006).

Assim, o caráter punitivo estava disposto ao corpo físico em um período no qual o poder era centralizado na ideia do Império e suas funções, sejam religiosas, no caso da catequização indígena, seja laboral-econômica, no caso da sociedade escravocrata. À medida que as populações africanas e afrodescendentes no Brasil aumentavam, fortaleciam-se as punições, com o intuito de prevenir revoltas e rebeliões. As prisões manifestavam-se antes mesmo da punição, servindo como posto de espera para a real punição, tendo em vista que a privação de liberdade, por si só, não garantia a ordem político-social (SILVA, 2011). O cenário era de uma população com uma parte livre, proprietária de terras e civilizada, e outra parte é escrava e subordinada, de forma que a ideia de punição para correção moral que se expandia pela Europa (influenciadas pelas ideias de Beccaria), servia para parcela educada da população enquanto a outra parcela deparava-se com constante violência e violação do corpo (KOERNER, 2006).

No Pós-Independência do Brasil, mantendo-se o caráter escravocrata da sociedade, o Código Criminal Imperial do Brasil de 1830, ainda que influenciado por tendências liberais, mantinha as penas severas, como morte para a população escrava nos casos de homicídio e roubo com morte; para indivíduos livres e escravos no caso de insurreição. Dessa forma, é nesse código que se assume efetivamente o caráter

¹⁴ Cinco livros dedicados ao Direito Penal de forma exclusiva, promulgado em 1603 por Felipe I, em vigência até 1830. As ordenações Filipinas são o Código legal português.

disciplinar das relações sociais de indivíduos e grupos além da atuação como mecanismo de legitimação da lei. Nas palavras de Berdet (2015):

O Código Criminal de 1830 pode ser considerado como o marco da modernidade penal no Brasil, ele representou a racionalização do sistema penal no país. Antes do código, a polícia e as mais variadas autoridades judiciárias e administrativas podiam determinar de forma arbitrária pelo estabelecimento de uma norma e sua respectiva pena. O Código Criminal do Império define, de forma mais clara, as tipificações criminais em termos de gravidade dos crimes cometidos, circunstâncias atenuantes e agravantes, graus de culpabilidade e cumplicidade (*Idem*, p. 37-38).

Destaca-se, nesse contexto, que para homens e mulheres livres a pena de prisão passa a ter o caráter disciplinar com influências da sociabilidade moderna, mas para escravos mantinham-se o caráter punitivo da era colonial. Com a abolição da escravatura em 1988, foi necessária uma reformulação das instituições como um todo, inclusive a penal, inaugurando a era republicana. O Decreto nº 774 de 20 de setembro de 1890¹⁵ aboliu a pena de morte no país e impôs outras formulações no que se refere, por exemplo, às penas corporais e banimento, instigando um processo de modernização das relações sociais em caráter de intervenção penal. Ao mesmo tempo, de acordo com Ribeiro (2000), o novo código instituiu outra forma de lidar com determinados grupos sociais, sendo a vadiagem o termo legal que revela a problemática da sujeição criminal de populações alijadas dos processos de propriedade e trabalho considerados dignos. Nesse sentido, brancos pobres, negros libertos, prostitutas e mendigos configuram-se, pela linguagem legal, perigosos ao ordenamento social, sendo alvos das disciplinas da punição e políticas de intervenção penal. O caráter seletivo não desapareceu do intuito comportamental e das sanções legais punitivas.

Desse modo, pode-se inferir que o sistema punitivo brasileiro, mesmo quando a prisão toma forma central no processo de sociabilidade moderna, funciona numa lógica de interações sociais hierarquizadas, desiguais e conflituosas entre os grupos sociais que compõe cada período histórico destacado, como afirma Berdet (2015).

[...] Histórica e sociologicamente, o desenvolvimento do sistema penal e punitivo no Brasil é caracterizado por distinções entre homens livres e escravos num primeiro momento e, em outro, pela posição social e pertencimento a grupos raciais e sociais considerados perigosos. As justificativas para as formas de punir no país, em intensidade e finalidade, foram construídas não somente com relação à criminalidade urbana, mas também como mecanismos de controle social contra qualquer potencial desestabilização da ordem e da estrutura social (*Idem*, p. 39).

¹⁵ Disponível em < <http://legis.senado.gov.br/norma/389345/publicacao/15778200>>. Acesso em março de 2019.

Identificado o caráter seletivo na atribuição penal brasileira, segue-se a história até 1940, ano em que se institui o Código Penal Brasileiro. O cenário internacional é da Segunda Guerra Mundial, mas o Brasil passa por uma fase assentada na urbanização, êxodo rural e preceitos nacionais desenvolvimentistas da Era Vargas. Com isso, formula-se seu Código Penal aliado à dinâmica de sociabilidade moderna. Tem-se, nas tipificações criminais, preceitos e influências da consolidação do direito restitutivo – a máxima “só há crime com lei anterior que a defina” é um axioma do garantismo penal – A transformação do contexto social assegura reformulações dos parâmetros dessa norma. Entretanto, em âmbito cultural, seguindo os preceitos da racionalidade penal moderna, a pena afliativa, localizada nos presídios, consolida-se como política de intervenção penal e mantém os aspectos de seletividade antepostos.

Cabe salientar que as mudanças no parâmetro da norma penal acompanham as transformações do quesito produtivo, como a industrialização, a aplicação do modelo fordista de trabalho, o modo urbano de vida, as quais são características dos aspectos de modernização das relações sociais que atrelam suas instituições no intuito de sua manutenção e funcionalidade. Esse aspecto se expressa no modelo de prática punitiva prisional como parâmetro de governança de corpos para o projeto disciplinar, mas também no que tange à anuência das práticas de controle social alinhada à ideia do perfil dos presos no país. A punição, enquanto instituição social, revela o ordenamento societário bem como a prática afliativa como castigo central. Assim, identificam-se os parâmetros de sociabilidade moderna atrelada ao desenvolvimento de uma institucionalização do castigo penal ainda centralizado na produção de sofrimento e controle social.

3.1.1. Penas restritivas de direito no Brasil

As discussões em torno das alternativas penais acompanham um delimitar histórico mundial quando, na Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi proclamada e na qual constam princípios que orientam o devido julgamento legal, a abolição de penas de castigo e de tortura, em 1948. Em 1955, a edição das Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos recomendou a aplicação de alternativas à pena privativa de liberdade. Onze anos depois, em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Políticos e Cíveis reforçou a execução, implantação e fiscalização dessas alternativas penais (ILANUD, 2006).

O discurso em torno do caráter útil das penas alternativas demonstra-se claro no Sétimo Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, na medida em que a redução do número de reclusos, o caráter de soluções alternativas à prisão e o princípio de reinserção social dos delinquentes compõem a Resolução nº 16 do documento oficial (ILANUD, 2006). As recomendações e princípios em parâmetro global foram realizados até a institucionalização de regras mínimas para alternativas penais, como demonstra o seguinte relatório:

Coube, em 1986, ao Instituto Regional das Nações Unidas da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente formular os primeiros estudos relacionados ao assunto. Foram então redigidas as Regras Mínimas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade, conhecidas como Regras de Tóquio, que recomendam a adoção de alternativas penais como, por exemplo, a restrição de direitos, a indenização da vítima e a composição do dano causado, além de ressaltar a observância imprescindível das garantias da pessoa condenada. As Regras de Tóquio foram aprovadas pela Resolução nº 45/110 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 14 de dezembro de 1990 (*Idem*, p. 4).

No Brasil, o Código Penal de 1940 trouxe a pena de multa como única alternativa penal, calculada de acordo com a renda do apenado e a possibilidade de parcelamento. Nesse sentido, o não pagamento resultava em prisão somente em casos de reincidência ou a julgar pela periculosidade do condenado. Outras penas acessórias, como a interdição de direitos ou a perda de função pública, não eram consideradas alternativas, pois estavam diretamente ligadas à reclusão, apesar de estarem tipificadas em texto, demonstrando o caráter discursivo de funcionalidade da pena.

Apesar das discussões em torno de se aplicar uma política penal mais amena e economicamente pensada, em relação à superlotação ou gastos do Estado, presentes nos diretórios internacionais e órgãos de discussões acima elencados, tais esforços foram interrompidos pelo período de Ditadura Militar (1964 a 1985). Nesse período, impera-se o castigo na perspectiva da construção social do inimigo e da garantia da ordem pública em um contexto de desenvolvimento econômico globalizante, onde o controle social é primordial para programar novas políticas de trabalho.

De maneira sistemática, foi a reforma do Código Penal, em 1984, que introduziu as modalidades de penas restritivas de direitos por intermédio da Lei 7.209¹⁶ citadas a seguir. a prestação de serviços à comunidade, a limitação de final de semana e a interdição temporária de direitos, as quais foram influenciadas pelas perspectivas do

¹⁶ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm. Acesso em março de 2019.

direito penal mínimo e teses do garantismo penal em âmbito global, como apontam Carvalho e Weigert (2012):

A Reforma de 1984, com o objetivo de alinhar o sistema jurídico brasileiro aos preceitos humanizadores do direito penal garantista e ciente dos malefícios do encarceramento denunciados pela criminologia crítica nas décadas de 1960 e de 1970, unificou a reclusão e a detenção sob o rótulo de pena privativa de liberdade e incorporou, junto com a multa, a pena restritiva de direitos como sanção autônoma (CÓDIGO PENAL, 1940, art. 32, II), porém substitutiva (CÓDIGO PENAL, 1940, art. 59, IV9). Ao reger as espécies de penas restritivas, previu a prestação de serviço à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de final de semana (CÓDIGO PENAL, 1940, art. 43, I, II e III). As hipóteses de aplicação substitutiva das penas restritivas de direito foram posteriormente ampliadas pela Lei n. 9.714/98 (*Idem*, p. 239).

Dessa forma, o progresso em torno das leis que apoiavam esse tipo de aplicação alternativa de punição foi se estendendo, como em 1988, com o projeto de Lei 2.686/96¹⁷. Esse projeto ampliou as situações de aplicação das penas, que deu origem à Lei 9.714/98¹⁸, a qual, além da prestação de serviços à comunidade e as restrições de direitos, previa prestação pecuniária, perda de bens e valores, entre outras. Como demonstra o relatório abaixo:

A Lei 9.099/95 instituiu o conceito de crime de menor potencial ofensivo, qual seja, aquele com pena igual ou inferior a um ano, e permitiu, para os acusados de cometerem crimes dessa categoria e delitos culposos, o procedimento “descriminalizante” dos JECCrims. Em 1997, o ILANUD realizou pesquisa nas Varas de Execução Penal de São Paulo, Rio Grande do Sul e Mato Grosso do Sul, a fim de verificar o estágio de implementação de programas de prestação de serviços à comunidade nessas três Capitais. Em agosto do mesmo ano foi criado um grupo de trabalho no Distrito Federal e Goiás, por iniciativa do Ministério da Justiça, para o desenho de um modelo nacional de acompanhamento das penas e medidas alternativas, delineando-se o que seria um sistema para a aplicação e fiscalização da pena alternativa de prestação de serviços à comunidade (ILANUD, 2006, p. 5).

Outros avanços foram essenciais no que concerne à história das penas no Brasil. Ao se notar que, mesmo com a legislação já estabelecida, a aplicabilidade real era quase nula, é possível perceber que a elaboração das leis origina-se fora da realidade social que as conforma. Assim, buscou-se maneiras de intervir diretamente na realidade da consolidação de instituições responsáveis pela aplicabilidade, monitoramento e fiscalização, como fica evidente no trecho abaixo do relatório:

Consequentemente, inaugurou-se, em junto ao Ministério da Justiça, a Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (CENAPA), fruto do Programa Nacional de Apoio e

¹⁷ Disponível em < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=10F89DABBDBA2203BB7614FB4285CA1B.node1?codteor=1132243&filename=Avulso+-PL+2686/1996 > Acesso em março de 2019.

¹⁸ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9714.htm > Acesso em março de 2019.

Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas, cujo objetivo era a criação de uma política de fomento com vistas à aplicação e fiscalização das penas e medidas alternativas. Através da capacitação de operadores do direito nos Estados, da produção de dados sobre os resultados, da permanente interligação com a Central Nacional e desenvolvimento de uma metodologia eficaz de execução das penas e medidas alternativas, objetivava-se aumentar as taxas de aplicação. Para cumprir o intento, houve a realização de seminários de sensibilização dos operadores do direito, em todo o país. (ILANUD, 2006, p. 5).

Porém, a federalização das instituições de aplicação das penas e medidas alternativas deu-se a partir da criação dos Juizados Especiais Criminais Federais, em 2001, e, logo em seguida, da Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas (VEPEMA), demonstrando interesse com a interlocução real da aplicabilidade das penas. Nota-se que a institucionalização, assim como a legislação, em torno do tema é algo recente na história, permitindo pensar as contradições que são, assim, impostas. O intuito das penas alternativas seria, nesse sentido, a substituição da punição em presídio, a partir dos preceitos mundialmente levantados pelos Direitos Humanos, pela ONU e pelas regras de Tóquio. Porém, deve-se atentar para o fato de que o crescimento do índice carcerário supera o índice de aplicação das penas alternativas. Em outras palavras, essas penas alternativas não substituem os presídios. Ao invés disso, convivem bem com o intuito punitivo baseado no controle social.

A hipótese da ampliação da rede de controle social ou, ainda, de ampliação dos dispositivos punitivos do Estado, deve ser cuidadosamente considerada no delineamento de uma política dos substitutivos penais. É o que demonstra Cohen (1979) ao concluir que as alternativas à prisão não acarretam a diminuição da população prisional e instauram um sistema de controle social formal mais difuso e, em última instância, insidioso, ao aumentar o alcance dos dispositivos penais e ao tornar mais porosos os filtros do sistema (ILANUD, 2006, p. 12).

As penas restritivas de direito no Brasil apresentam o caráter modernizador das práticas punitivas no que tange ao discurso da criminologia crítica, à possibilidade de ressocialização, aos problemas da manutenção do crime interpostos pela falha da prisão aos objetivos das garantias penais da Constituição Cidadã de 1988, como demonstram Carvalho e Weigert (2012):

A criação desta série de ferramentas diversificacionistas e a sua gradual incorporação pelo direito brasileiro a partir da Reforma Penal de 1984, sobretudo após a Constituição de 1988, derivaram diretamente das evidências apresentadas pelo paradigma criminológico do etiquetamento, posteriormente consolidadas pela criminologia crítica, no que tange aos efeitos deteriorizadores provocados pelas instituições totais (prisões, manicômios judiciários e casas correcionais juvenis). A crítica criminológica desnudou os efeitos perversos dos modelos carcerários a partir do confronto entre os discursos oficiais (funções prometidas) e as práticas institucionais concretas (funções ocultas). Demonstrou, assim, a distorção entre as finalidades de promoção da ressocialização (pena), do tratamento (medida de segurança) e

da educação (medida socioeducativa) e a efetivação radicalizada da violência institucional em seus procedimentos estigmatizadores e moralizantes de anulação das identidades (*Idem*, p. 248).

Porém, foi apontado anteriormente que a perspectiva da centralidade do presídio não desapareceu, na medida em que a ideia das penas restritivas de direito enfocam os crimes de menor potencial ofensivo, com caracterizações específicas que não alcançam o real intuito de substituição da técnica penal. As penas alternativas, portanto, agem tanto como apêndice da lógica punitivista correlata à atuação das práticas aflitivas, quanto como cerne cultural e materialização da racionalidade penal moderna.

O cerne histórico social que acompanha a manutenção das desigualdades no país, a partir da concepção de uma construção da identidade delinquente e constante marginalização de acesso a recursos e direitos, cria um *habitus* de não-cidadão (BATISTA, 2009). Tal *habitus*, ao fim e ao cabo, aponta a punição enquanto a única instituição do Estado que alcança determinada parcela da população.

O déficit de cidadania que feudalizou juridicamente a sociedade brasileira propiciou a proliferação de modos singulares dos não-cidadãos se relacionarem com o poder e com os poderosos, e vice-versa. Indiferença, pragmatismo para conseguir favores dos poderosos e violência, quando se considerava que o Estado pretendia regular os direitos e valores tidos pelas classes populares como fora de sua órbita de poder, caracterizaram e parecem caracterizar ainda as complexas relações entre a sociedade e o Estado no Brasil (BATISTA, 2009, p. 401).

Desse modo, a interpretação da racionalidade penal moderna reformula o sentido de garantias de direitos ou de participação dos direitos humanos e constitucionais na aplicabilidade da sanção penal. Os cidadãos, para terem seus direitos resguardados, imputam à violação desses pelos “delinquentes”, de modo que aflição penal destina-se ao controle, e quanto mais dura a pena, mais significação terá para o sentido de justiça disseminado entre esses indivíduos. Para que as penas restritivas de direito funcionem como possibilidade de um processo reflexivo da modernidade, a disputa da racionalidade deve ser incorporada às práticas culturais, à maneira de conceber crime e à possibilidade de suplantação da lógica de vingança da prática penal.

3.2. Estado Social e Estado Penal no Brasil: dilemas das garantias de direitos

Até então, foi discutido como a legislação penal aprimorou, dentro das perspectivas internacionais, as formas de lidar com os problemas sociais em consonância com os preceitos do *Welfare State*, levando em consideração as propostas

de modernização da sociabilidade social relativa ao combate às desigualdades, garantias e manutenção de direitos, expressos no processo reflexivo do Direito Penal no Brasil.

A redemocratização, junto à consolidação da Constituição de 1988, são referências históricas da modernização e da ampliação da participação de parcelas da população alijadas de acesso a recursos e a direitos. No âmbito penal, as teses garantistas e a institucionalização das penas restritivas de direito, através de órgãos como a Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas (VEPEMA), abrem possibilidades de atuação do Estado nos preceitos da humanização das relações sociais. Entretanto, percebeu-se também que, em parâmetros de análise estrutural, os índices de encarceramento no país subiram exponencialmente após a década de 1990¹⁹, o que demonstra como o processo reflexivo não superou a prática aflagante enquanto parâmetro de política criminal no país.

Pelo contrário, a partir das análises de Wacquant (2001), à medida que o *Welfare* entra em crise na Europa e nos Estados Unidos, emerge uma política de investimento em aparato prisional como resposta aos problemas de desemprego e consequente desmonte do modelo de trabalho, na direção de um processo de precarização das relações produtivas advindas da necessidade do mercado neoliberal. Assim, recordando a história do desenvolvimento penalógico brasileiro, a consolidação do *Welfare* em parâmetro global participou de um cenário de regime político totalitário no Brasil, a ditadura militar, na qual as políticas penais não corroboravam com as reformulações garantistas.

Influenciado pelos preceitos internacionais, o período de redemocratização em adiante garantiu a reforma penal de 1984 e, assim, a possibilidade de avanços no sentido de humanização da sanção penal no Brasil. Porém, o cenário internacional é de crise do Estado de Bem-Estar Social, concomitantemente ao processo de mundialização do capital financeiro e de sua lógica especulativa que demanda ordenamentos específicos do modo de trabalho (WACQUANT, 2008). A anuência ao endurecimento penal, tendo os presídios como nova administração da pobreza, explica de forma globalizada o processo de encarceramento em massa após a década de 1990. No que tange ao limiar histórico, pode-se afirmar, então, que o Brasil nunca colheu os frutos do processo reflexivo da modernização penal, pois participa da lógica de mundialização da administração dos conflitos pelo caráter punitivista.

¹⁹ Dado exposto no terceiro tópico do segundo capítulo, a partir dos dados coletados pelo KING'S COLLEGE LONDON - WORLD PRISON BRIEF (2010).

Assim, além dos parâmetros históricos fundantes das desigualdades sociais, as instituições sociais no país não conseguiram cumprir o papel de Estado providência, de modo que tanto a manutenção das desigualdades e quanto a proposição de novas conflitualidades estão de acordo com o desenvolvimento da racionalidade penal moderna aflagrada. Nesse sentido, a partir da interpretação de Garland (2001), pode-se dizer que existe uma importante relação da multidimensionalidade da pena e sua estrutura social, em que as próprias instituições se reformariam na perspectiva do Controle Social:

O bem-estar penal retirava suporte de uma particular forma de Estado e de uma particular estrutura de relações de classes. Funcionava em um ambiente específico de políticas sociais e econômicas e interagiu com uma série de instituições contíguas, as mais importantes das quais eram o mercado de trabalho e as instituições do Estado de Bem-estar Social. [...] Os controles sociais informais exercidos pelas famílias, vizinhanças e comunidades, junto com as disciplinas impostas pelas escolas, locais de trabalho e outras instituições criavam um cotidiano de normas e sanções que embasavam as demandas legais e garantiam suporte às intervenções do bem-estar penal (*Idem*, p. 44).

A Constituição de 1988 no Brasil, adjunta à Reforma do Código Penal de 1984, traz em seus princípios os parâmetros racionalizados da modernidade, alinhados à perspectiva humanista e ao desenvolvimento de uma sociedade mais justa e menos desigual, os mesmos parâmetros das reformulações institucionais alocados na perspectiva do controle social. Nesse caso, as penas restritivas de direito, que fazem parte do processo reflexivo na modernidade, acabam por manter o caráter penalista como a expansão da instituição punitiva ao caráter de seletividade penal. Ou seja, o papel específico que cumprem é o da perspectiva do controle social, da ampliação e da manutenção das disposições desiguais da estrutura social brasileira. Apesar disso, no campo político, é o direito penal mínimo que exerce a potencialidade de disputa da racionalidade penal e possíveis transformações em âmbito cultural dos significados da punição na sociedade.

Politicamente, as penas alternativas revigoraram o debate no campo penal brasileiro sobre os significados da punição. Dentro da filosofia penal das penas alternativas, a punição deve produzir um resultado e não ser um fim em si mesma. Assim, o dispositivo da transação penal promoveu um distanciamento para com o princípio hegemônico da prisão assentado no sistema penal brasileiro. Dessa forma, as penas alternativas constituíram-se no país, primordialmente, como alternativas à prisão, porém combinando as justificativas de retribuição, prevenção e reabilitação com a distinção das infrações e dos infratores como os fundamentos para um tratamento diferenciado (BERDET, 2015, p. 49).

Nessa perspectiva, o processo destacado por Pires (2004) de *desdiferenciação* do sistema jurídico torna-se uma ferramenta importante para entender os aspectos penalizantes na anuência e de recrudescimento de direitos sociais e reinterpretação dos Direitos humanos alinhados com a perspectiva aflitiva da racionalidade penal moderna. Isso porque, se para o campo jurídico o processo de reflexividade trouxe a possibilidade de uma significação diferente da punição para um propósito de despenalização, de ressocialização e de funcionalidade da punição para diminuição do crime, é no caráter *desdiferenciado* que o endurecimento penal ganha corpo de ação. No âmbito da reflexividade moderna, o sistema autônomo diferenciado revisaria sua produção de conhecimento com base na racionalidade a fim de aprimorar funções institucionais de ordem pública, gerando, conseqüentemente, novas formas comportamentais para lidar com os conflitos e as novas sociabilidades (GIDDENS, 1991).

As políticas criminais no Brasil, desde 1990, sofrem de uma contradição interessante no sentido da inserção de aparatos alternativos à pena de prisão e institucionalização das penas restritivas de direitos em órgãos especializados do Estado. Por um lado, demonstram o caráter da reflexividade moderna no sistema judiciário. E, por outro lado, apontam para um aumento significativo das penas privativas de liberdade, que são, majoritariamente, prisões provisórias sem o devido trâmite legal. Esses aspectos sustentam a hipótese de que a funcionalidade do sistema responde ao anseio político e social da administração da pobreza e encarceramento de massa. Pode-se, portanto, inferir que tal contradição participa da mesma racionalidade de controle, função ou projeto político. O número de presos provisórios representa 34% dos presos do país de acordo com levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e dos Tribunais de Justiça de 2017, mais especificamente, dos 654.372 encarcerados no Brasil, 221.054 não são condenados²⁰. Tal fato sustenta a hipótese que a racionalidade do processo da justiça criminal no Brasil responde a anseios de um projeto político punitivo seletivo.

Nessa perspectiva, a garantia penal do devido processo jurídico e a capacidade de ampla defesa também revela um processo de manutenção das desigualdades sociais, uma vez que apenas parte da população tem acesso. Os crimes de “colarinho-branco”, ou seja, de pessoas em posições privilegiadas de classe, conseguem acessar o devido processo legal e imputar as garantias dos direitos sociais e constitucionais no que tange

²⁰ Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>

à sua penalização. A partir disso, demonstra-se, portanto, a hipótese do garantismo hiperbólico monocular (FREITAS e DELLAGERISI, 2016; FISCHER, 2002). Outro exemplo que revela a capacidade de interferência externa do público na capacidade reflexiva do sistema jurídico é a participação de movimentos sociais, que apesar de conviverem com os preceitos dos Direitos Humanos, direcionam sua prática em âmbito da penalização ao caráter aflagante. Nesse sentido, pode-se pensar que a própria racionalidade humanista é reinterpretada na sujeição de políticas criminais de endurecimento.

A participação da mídia e a perspectiva da cultura do medo é providencial quando imputa na consciência coletiva uma percepção de constante crise de segurança pública. Recupera-se, dessa maneira, um parâmetro de descaso da atuação estatal e de constante processo de criação de identidades criminosas a serem combatidos, geralmente com punição aflagante (ZAFARONI, 1991). Nesse sentido, de acordo com Silveira (2013):

[...] Conclui-se que a cultura do medo disseminada no seio social pela grande mídia influencia demasiadamente as pessoas, visto que ao proporcionar o sentimento de insegurança, ocasiona drásticas alterações comportamentais, fazendo surgir o desejo de vingança (vontade de punir) contra os indivíduos considerados inimigos, o que culmina no populismo punitivo, fenômeno que enseja a elaboração de políticas criminais punitivistas, que são responsáveis pelo encarceramento em grande escala (*Idem*, p. 307).

Um debate recente no Brasil que sustenta tal hipótese é a redução da maioria penal, em que se percebe um constante movimento midiático na concepção de impunidade do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de modo que a ideia vendida é a de menores de idade cometendo crimes por serem protegidos por leis que impossibilitam a devida punição. Para ilustrar, pode-se pensar nos retratos de jovens menores de 18 anos que cometeram crimes como temas constantes nos programas policiais brasileiros. A Proposta de Emenda à Constituição 171 que pede a imputabilidade do maior de 16 anos, de autoria do Deputado Benedito Domingos, data de 1993, mas só em 2015 transitou em debate com parecer favorável e está aprovada, atualmente, para o segundo turno de discussão e votação no Senado Federal. O endurecimento penal atravessa, portanto, um caráter histórico estrutural²¹. A caracterização cultural de “quanto mais dura a pena melhor para efetiva punição” fica evidente na perspectiva da participação do público no sistema penal, de modo que o

²¹Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493>>

processo de *desdiferenciação* social acaba por funcionar perfeitamente na para a manutenção da racionalidade penal através pena afliativa.

O caráter garantista influenciado pelo direito penal mínimo está ordenado discursivamente na Constituição e no Código Penal brasileiro, mas participa de maneira prática da perspectiva de organização social pelo *Welfare State*. Analisando as datas da discussão acerca da redução da maioria penal, nota-se que, da concepção da PEC 171/1993²² até seu trâmite favorável 2015, um conflito de perspectiva da atuação do Estado pela proteção social vinculado à sua estrutura econômica, em relação à ascendência da participação da classe trabalhadora na perspectiva do consumo.

Configurou-se no Brasil, de 2002 a 2015, uma perspectiva política social de maior participação social, com programas de assistência e política de introdução da classe trabalhadora no consumo e, conseqüentemente, aumento do alcance de direitos sociais no país, influenciados pela ideia do *Welfare* (LOBATO, 2016). Entretanto, o viés de endurecimento ainda estava em curso no parâmetro do significativo aumento da população carcerária e não substituindo as penas restritivas de direito pela pena privativa de liberdade. O que sustenta a hipótese da disputa da racionalidade fora do sistema jurídico é, nesse sentido, a centralidade da punição afliativa e seletiva na perspectiva da atualização do mercado em tendência globalizante, por meio de num processo de “criminalizar a pobreza através do refreamento punitivo dos pobres em bairros cada vez mais isolados e estigmatizados, por um lado, e em cadeias e penitenciárias, por outro” (WACQUANT, 2001, p. 221).

Os dilemas contemporâneos em relação ao endurecimento penal convivem com o constante discurso de crise da institucionalidade política e econômica, que automaticamente reduz a participação do Estado e imputa responsabilização ao indivíduo frente aos problemas sociais (WACQUANT, 2008). O avanço neoliberal e a conseqüente lógica de precarização tanto do modelo de trabalho como de solução dos problemas sociais, perpassa pela diminuição da ideia de Estado providência, e alcança todas as instituições sociais. O processo de *desdiferenciação* é providencial para essa perspectiva política, pois ao transferir-se a capacidade reflexiva do sistema penal para o campo político, têm-se resultados endurecidos a partir da racionalidade afliativa, os quais comungam com o projeto neoliberal de controle. Pode-se voltar, portanto, ao exemplo da aprovação da discussão, em 2015, sobre a redução da maioria penal, apesar do

²² Disponível em < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493>>.

fato de que, no campo jurídico especializado, as produções reflexivas apontem o direito penal mínimo como melhor aparato.

Nesse cenário em que as penas restritivas de direito, especialmente a prestação de serviço à comunidade, apresentam inquestionáveis virtudes como instrumento de redução dos danos gerados pelo encarceramento, é necessário afirmar as alternativas à prisão e à internação como efetivas alternativas e não como sistemas adicionais, apêndices ou válvulas de escape do insolvente modelo de privação de liberdade. Devem constituir-se, portanto, como possibilidades reais de minimizar a dor do encarceramento, estabelecendo radical ruptura com a lógica carcerocêntrica (CARVALHO; WEIGERT, 2012. p. 253).

Assim, é necessário compreender o parâmetro da racionalidade penal reflexiva pelo sistema jurídico como projeto de disputa de sociedade, levando em consideração a localização da disputa no campo político. Os movimentos sociais e as perspectivas humanistas do Direito devem disputar, portanto, a lógica punitiva no comportamento social.

3.3. Apontamentos para disputa da racionalidade penal

Certos fatores são imprescindíveis para análise da derrocada do discurso de garantias de direitos sociais em âmbito penal e da lógica de endurecimento penal no contexto brasileiro, para além da tipificação da delinquência ou da lógica aflitiva na racionalidade penal moderna. Pode-se apontar, sobre esses fatores, para contribuição da mundialização das relações sociais à crise da institucionalidade da sanção penal pela sociabilidade moderna (SANTOS, 2004).

Novas conflitualidades dispõem-se no entendimento da relação indivíduo-sociedade com viés de hiperindividualização, provocando fissuras no ordenamento moderno, caracterizado pela ideia de modernidade tardia. Em consequência, as instituições modernas se colocam em cenário de crise, o que nos ajuda a entender como as políticas estão se direcionando tanto para uma menor participação do Estado enquanto figura de providência e quanto para a alocação das relações sociais na figura do indivíduo enquanto agente de solução de conflitos (SANTOS, 2004).

As dificuldades políticas advindas dos processos de transição democrática na América Latina, nos últimos 20 anos, pois não só permanece o desconhecimento e a surpresa, em face da expansão dos fenômenos de violência, como nos esforços de reconstrução institucional visando a plenitude do Estado de Direito não foi colocada em questão várias dimensões do controle social institucional, em particular, a situação das prisões e os modos de funcionamento das polícias. Cabe salientar as dificuldades de acesso à justiça, a seletividade social da justiça penal e a perda de legitimidade das instituições de controle social (*Idem*, p. 9).

A ascensão de um modo de produção neoliberal e globalizante torna-se essencial para o entendimento de como determinadas políticas criminais estão de acordo com essa sociabilidade no sentido de um projeto político de manutenção das desigualdades sociais e de uma percepção da ideia de que o Estado não deve dar conta das conflitualidades. A punição, então, não teria caráter funcional sob uma perspectiva de reforma de indivíduos e direitos humanos, uma vez que sua funcionalidade estaria inserida no propósito de encarceramento da massa de consumidores falhos, desempregados (que não servem nem como exército de reserva de mão-de-obra²³).

Nessa perspectiva, a hipótese de que as penas restritivas de direito se apresentam enquanto capacidade de ampliação da rede de controle social passa a fazer sentido na medida em que se identifica o significado da punição como instituição social alocada em uma organização societária baseada na economia neoliberal e no desmanche das instituições modernas a fim de expandir o controle e a manutenção das desigualdades. Pode-se pensar, nesse sentido, no Direito penal mínimo como processo reflexivo da sociabilidade moderna, diferenciado no sistema jurídico de uma forma de disputa racional dentro do campo para uma punição com interlocução de garantias de direitos constitucionais. Dessa forma, é necessário propor tais penas como projeto do significado de punição de maneira a alterar a significação da instituição penal.

Como exemplo, pode-se citar a justiça restaurativa. Essa modalidade existe no Brasil há aproximadamente quinze anos e tem o intuito de diminuir as decisões judiciais a partir de uma política de conciliação anterior à condenação. Ao participar dos princípios da responsabilização, mas não de sanção penal, é a caracterização máxima do minimalismo penal e tem demonstrado bons resultados no que diz respeito à oferecer uma técnica funcional nos preceitos humanistas²⁴. A justiça restaurativa é uma técnica que revela a capacidade dos preceitos de sociabilidade moderna (diferenciação, secularização e individuação) de solução de conflitos, com resultados sem produção de sofrimento, delinquência ou controle de corpos selecionados. Junto às penas restritivas de direitos, pode calçar a disputa da racionalidade penal numa perspectiva de anuência a um projeto de Estado Social.

²³ Exército de reserva de mão-de-obra é o conceito que dá conta da perspectiva dialética do conflito patrão/empregado que serve como um dos moduladores da perspectiva de baixar salários na sociedade capitalista industrial (MARX, 2002).

²⁴ Informações extraídas do site do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>>

Ou seja, os fatores das novas conflitualidades, alicerçadas numa estrutura social neoliberal com viés penalizante, podem ser disputados em projeto político racional despenalizante. De acordo com Wacquant (2001), um dos caminhos para se combater o Estado Penal é fortalecer o caráter social do Estado e as práticas das garantias sociais institucionalizadas, ao mesmo tempo em que se combate a pobreza em sua causa primeira, a organização do modelo de produção.

Ao se identificar um caráter *desdiferenciado* do sistema jurídico com a participação do público nas tomadas de decisão em caráter aflitivo, a disputa da racionalidade não se dá no campo jurídico, pois tal garantismo já é a perspectiva ganhadora e ainda é aflitivo. A disputa em questão, portanto, localiza-se na política, com as capacidades das garantias de direito em projeto de sociedade. Ou seja, resignificar a racionalidade penal moderna é, em primeiro lugar, significar um projeto de sociedade, no qual a instituição punição teria caráter de reforço aos sentidos do desenvolvimento humano calcados na reflexividade racional de uma sociedade mais justa e menos desigual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lógica de crime e castigo na análise da punição remonta à ideia de como a consciência coletiva ainda faz-se presente nos resultados do processo de reflexividade das técnicas punitivas. Por sua vez, não finda o debate de como as instituições se organizam no que tange à interdependência da relação indivíduo e estrutura social. A medida em que avança o processo de modernização das relações sociais e do capitalismo como modo de produção, há um movimento de reformulação das instituições modernas com o objetivo de manutenção da sociedade frente aos parâmetros de sua sociabilidade, calcados na reflexividade pela racionalização, diferenciação e individuação.

O direito penal deve ser pensado em sua multidimensionalidade, salientando que seu caráter cultural vincula-se a um projeto de funcionamento de sociedade com determinado modo produtivo e político. A distribuição do poder de punir está diretamente associada à forma como se organiza a sociedade e não necessariamente ao crime cometido. O processo de “humanização das penas” refere-se, nesse sentido, ao processo de racionalização do intuito punitivo, o que revela, em última análise, a possibilidade de disciplinar a classe trabalhadora para a rotina do funcionamento da sociedade industrial. Porém, ao mesmo tempo, também revela o sentido humanista iluminista, base do pensar da sociedade moderna.

A burocratização da diferenciação social em âmbito punitivo imputa uma disseminação do poder de punir a uma especialidade descentralizada que possibilita interpretar a economia política de corpos selecionados à instituição punitiva. Tendo em vista que a produção do sofrimento pela punição não desapareceu da prática, mas do discurso, percebe-se um processo de institucionalização da vingança que mantém o caráter relacional da consciência coletiva e sua moral a um modelo racionalmente estruturado de sociedade.

Em contraposição à crítica de funcionamento do presídio como projeto de reformulação e docilização de corpos úteis ao todo social, as alternativas penais ganham papel de reflexividade na falha do cárcere enquanto método punitivo. Além do caráter propriamente moderno da crítica, nota-se uma ampliação da rede de controle social ao se perceber que, apesar da punição em cárcere não diminuir, a instituição punitiva

especializou seu alcance em uma sociedade de economia mais flexível em comparação à industrial.

As conquistas do *Welfare*, no que se refere à possibilidade de inserção de determinada classe aos processos de consumo e de direitos, encontra-se derrocada no surgimento do encarceramento seletivo e de políticas criminais de endurecimento penal. Esses mecanismos surgem após a década de 1970 e se expandem à medida que as políticas neoliberais ganham escopo globalizante. Identifica-se, portanto, dois processos. O primeiro é a consequente lógica punitiva associada ao projeto estrutural de crise do Estado Social, a diminuição do papel do Estado e responsabilização do indivíduo, e a ascensão de um Estado punitivo a partir do caráter de reflexividade das políticas criminais. Tal caráter, nesse sentido, não está mais localizado na produção racional do campo especialista e público. O segundo processo é a emergência reflexiva do papel dos Direitos Humanos na sociedade contemporânea, como meio de disputa da racionalidade penal moderna e da consequente formulação dos objetivos racionais da contenção do crime, da possibilidade de ressocialização do apenado e da política de diminuição das desigualdades sociais.

Esses movimentos, por mais contraditórios que pareçam, podem contribuir para a compreensão de como as penas restritivas de direito se localizam em um contexto da disputa pela reflexividade punitiva e, consequentemente, do projeto de sociedade que se almeja desenvolver. O advento da modernidade trouxe consigo parâmetros de sociabilidade que introduzem uma nova dinâmica na vida social e suas instituições. A influência iluminista carrega a formulação da estrutura social moderna pela especialização (diferenciação), secularização (racionalidade) e individuação (separação do público e do privado), processos reflexivos que acompanham as instituições sociais. No que se refere ao campo jurídico, fica evidente a introdução do parâmetro repositivo do direito, onde direitos civis, sociais e políticos passam a orientar as garantias constitucionais do Estado Democrático de direito.

O garantismo penal é, portanto, o processo de reflexividade dentro do campo jurídico de introdução da lógica de produção da vida calcada nos direitos humanos e nos processos de racionalização da vida moderna. Além disso, traz, em sua natureza, a perspectiva da diminuição do sofrimento ao punir, menor intervenção punitiva e possibilidade de humanização dessa última. Assim, encontra-se atrelado a um modelo de direito penal mínimo com o objetivo de se cumprir os objetivos identificados pela criminologia crítica de falha da instituição prisional nos parâmetros corretivos e

consequente aumento da criminalidade. O enfoque às alternativas penais seria, nesse processo, a possibilidade da substituição da técnica punitiva.

Entretanto, percebe-se a manutenção dos processos de desigualdades, a partir das teses garantistas praticadas de maneira não integral, ou fora do contexto social, seja na dualidade norma-sanção que mantém o caráter positivista de análise, seja na visão hiperbólica monocular, em que as garantias são mantidas para alguns e não para outros. Nota-se também que a racionalidade penal moderna, apesar de atualizações críticas pertinentes ao processo de reflexividade desse contexto, mantém a punição aflitiva como forma comportamental e torna-se, consequentemente, parâmetro legal de correção na manutenção da perspectiva retributiva da pena.

Um processo de *juridicização* da opinião pública e consequente participação do público na reflexividade do sistema jurídico acompanha um viés da sociedade de controle a qual culmina em processos de endurecimento penal e manutenção da pena aflitiva, reinterpretando o papel dos direitos humanos de forma racional dentro do campo jurídico. Ao não superar os preceitos aflitivos da pena, as alternativas penais incorporam um apêndice jurídico de ampliação da rede de controle social, tendo sua relação fundamentada na seletividade da punição e não na substituição real da técnica punitiva. Essa não-superação acaba por gerar dois movimentos. O primeiro é o de incorporação do sistema punitivo desigual atrelado à lógica de administração da pobreza e controle social da delinquência necessária às atualizações do mercado produtivo. Em outras palavras, tem-se uma população que a única instância do Estado a alcançá-la é a punição, seja em cárcere seja em modelo alternativo. O segundo é o da capacidade de disputa que não se dá no campo jurídico, mas sim no político e social, não só do discurso, mas de um projeto de sociedade, em que as alternativas ganhem sustentabilidade como novo parâmetro punitivo. Essa caracterização da disputa possibilita, de forma real, as capacitações descritas constitucionalmente da função da punição na sociedade moderna e a capacidade de ampliação do aspecto participativo da democracia.

Quando se analisa o Brasil dentro do escopo teórico levantado, pode-se perceber que os processos históricos dos preceitos colonialistas ainda são evidentes na concepção da modernização das relações punitivas. A estrutura social se reformula, mas mantém aspectos culturais discriminatórios de maneira institucionalizada, afetando, consequentemente, a sanção penal. As reproduções sociais mantêm, nas desigualdades sociais, a internalização de um *habitus* na perspectiva de não-cidadãos, ou cidadãos sem

direitos plenos. Os avanços das ideias iluministas e humanistas no Brasil não alcançam parte da população, o que caracteriza uma ideia de seletividade na própria concepção de cidadania e revela o cenário de Estado Penal como Estado de controle social da organização societária desigual. Nesse contexto, é necessária uma interlocução das teses garantistas e das penas restritivas de direito, que apesar de avanço reflexivo do campo jurídico, não conseguem implementar uma substituição da técnica punitiva, o que acaba por se articular com os propósitos da relação entre o modo de produção e a organização social, pelo controle.

As tendências do direito penal mínimo, apesar de serem institucionalizadas com os Juizados Especiais Criminais e Varas de Execuções de Penas e Medidas Alternativas e terem ganhado um pouco mais de espaço, não suplantam o cárcere como modo central de punição, o que revela, no entanto, a capacidade de disputa fora do campo jurídico. O garantismo hiperbólico monocular representa como a disputa dentro do campo jurídico permite entender a manutenção da racionalidade aflagante e seletividade na concepção de possibilidades de manutenção de garantias de direitos no julgo. Tendo em vista o cenário penal levantado, boa parte dos encarcerados não foram ainda condenados, revelando a funcionalidade da punição baseada na política de controle, administração da pobreza e encarceramento seletivo.

As políticas neoliberais globais acompanham a suposta crise das instituições modernas no sentido de sua reformulação, referente à diminuição da participação do Estado de direito e a responsabilização do indivíduo frente às conflitualidades cerceadas em âmbito social. Em várias partes do mundo, o caminho do endurecimento penal foi crucial para organização de um projeto político que diminuísse a importância da atuação do Estado Social. No Brasil, esse processo fica claro no período posterior à década de 1990, em que apesar dos avanços da Constituição Cidadã de 1988, o crescimento da população carcerária foi de 450%. Tal fato sustenta a hipótese de que a reflexividade penal não está no campo jurídico, composto pelas garantias constitucionais, e sim no campo político, da administração da pobreza e ampliação da rede de controle social para manutenção das desigualdades.

Dessa maneira, pode-se considerar que a participação do público tem interferido diretamente no processo de reflexividade da instituição jurídica. Tal participação revela que os preceitos modernos não explicam as concepções de aplicabilidade da sanção penal, pois nunca circunscreveram em âmbito comportamental uma punição funcionalmente racionalizada, mantendo o caráter aflagante como resposta institucional e

diminuindo a possibilidade do processo reflexivo da punição para fins de ressocialização e consequente diminuição dos crimes. Nesse cenário, a disputa favorece o campo de imposição de políticas neoliberais, onde o Estado Social ou Democrático de Direito perde espaço de atuação. Em crise, o Estado não soluciona os problemas sociais, e os indivíduos responsabilizados acompanham, pela *desdiferenciação*, o processo reflexivo ser deslocado da racionalidade para o âmbito moral. A moralização das instâncias institucionais é reflexo das políticas de diminuição do aparato estatal.

Tal diminuição é, em sentido amplo, parte do deslocamento reflexivo das relações sociais contemporâneas que culmina na imposição da transformação do próprio aparato estatal por fora da sociabilidade moderna, das influências racionalizadas do comportamento humano. Rever direitos trabalhistas conquistados há oitenta anos, por exemplo, torna-se reflexo da precarização global do modo de trabalho e reflete a institucionalização de perspectivas neoliberais nas reformulações de atribuição do Estado. Em caráter da instituição penal, nesta perspectiva, o armamento da população como política pública de segurança revela a diminuição do aparato estatal na responsabilidade pela garantia dos direitos constitucionais à vida ou segurança pública. Esse exemplo contribui para a sustentação da hipótese de uma nova institucionalização calcada na hiperindividualização e onde as garantias dos direitos fundamentais deslocam-se das garantias sociais (SEIBEL, 2005). É nesse cenário que as penas restritivas de direito, acompanhadas da integralidade do garantismo penal e materializadas na doutrina minimalista, devem compor a disputa do processo reflexivo não no sistema jurídico, mas em âmbito político. Se o caráter *desdiferenciado* corrobora com as teses de endurecimento em política neoliberal, é no campo político que a racionalidade das penas restritivas de direitos devem disputar a centralidade da técnica que garanta uma sociabilidade da pena no sentido mais humano e menos desigual.

Ou seja, os movimentos sociais, ao invés de se articularem para a própria proteção e manutenção do caráter “criminalizante” e aflitivo penal, devem se articular para disputar um projeto de sociedade que reconheça a reflexividade racional das penas restritivas de direitos como passo necessário ao combate das desigualdades sociais, numa perspectiva de Estado Social articulada com políticas públicas de garantias de direitos sociais e combate das desigualdades na fonte das formas produtivas. A disputa da instituição *punição* deve ser feita junto ao comportamento, por intermédio de uma abordagem estrutural de organização social, para que critique a não-funcionalidade do aparato estatal na resolução dos conflitos, que sustenta a ascensão neoliberal global, e

não se torne apêndice do Estado Penal. A importância das restritivas de direitos está além do processo de humanização das penas, na medida em que se localiza no processo de disputa de qual sociedade deseja-se desenvolver.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, S. “Dor e sofrimento: Presenças ou ausências na obra de Foucault?”. In: *Cadernos F.F.C. UNESP*, Marília, 9(1): 11-33, 2001.
- ALVAREZ, M. “Punição, sociedade e história: algumas reflexões”. In *MÉTIS: história & cultura*, 2007, pp. 93-105.
- BARATTA, A. “Princípios do Direito Penal Mínimo: Para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal”. Tradução Francisco Bissoli Filho. Florianópolis, 2003. Disponível em: <https://goo.gl/j4MrdH>. Acesso em fevereiro de 2018.
- BARROS, A. M. **A Acumulação do Poder Punitivo no Brasil**. 107 fls. Dissertação de Mestrado. Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro. 2006.
- BATISTA, A. “Estado e controle nas prisões”. *Cad. CRH [online]*. V. 22, n. 56, 2009, pp. 399-410. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v22n56/v22n56a13.pdf>>. Acesso em: Janeiro de 2019.
- BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001.
- BERDET, M. **Os Significados de Punição nas Penas Alternativas**. 176p. Tese de Doutorado em Sociologia. Instituto de Ciências Sociais. Universidade de Brasília, 2015.
- BOURDIEU, P. **A distinção: crítica social do julgamento**. São Paulo: Edusp; Porto Alegre: Zouk, 2007.
- _____. **Esboço de uma teoria da prática, precedido de três estudos de etnologia**. Oeiras, Portugal: Celta, 2002.
- _____. **Razões práticas: sobre a teoria da ação**. 5 ed. Campinas: Papius, 2004.
- CARVALHO, S.; WEIGERT, M. “As Alternativas às Penas e às Medidas Socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo”. *Seqüência*, n. 64, pp. 227-257. Acesso em: janeiro de 2019.
- CHRISTIE, N. **Los limites del dolor**. El Fondo de cultura económica: México, 1988.
- DELEUZE, G. **Post-scriptum sobre a sociedade de controle**. In: *Conversações*. Ed. 34. Rio de Janeiro: 1992.
- FISCHER, D. “Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais”. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, n. 28. Porto Alegre: 2009. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html> Acesso em janeiro de 2019.
- FREITAS, F.; DELLAGERISI, B. “A Criminologia e o Crime do ‘Colarinho Branco’: Por que do (não) Enfrentamento?” XII Seminário Nacional Demandas Sociais e

Políticas Públicas Na Sociedade Contemporânea. Santa Catarina, 2016. ISSN: 2447-8229. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14672/3097>>. Acesso em janeiro de 2019.

DOTTI, R. **Bases e Alternativas Para o Sistema de Penas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

DURKHEIM, E. **Da Divisão Social do Trabalho**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

GARLAND, D. **Punishment and Modern Society: a study in Social Theory**. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

_____. **The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary, Society**. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas: Relatório Final de Pesquisa**. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-anexos/penasalternativasilaudcompleto.pdf>>. Acesso em dezembro de 2018.

KOERNER, A. “Punição, Disciplina e Pensamento Social no Brasil do Século XIX”. Lua Nova. São Paulo, n. 68, 2006, p. 205-242.

LOBATO, L. “Políticas sociais e modelos de bem-estar social: fragilidades do caso brasileiro”. *Saúde Debate*. Rio de Janeiro, v. 40, 2016, pp. 87-97. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v40nspe/0103-1104-sdeb-40-spe-0087.pdf>>.

MARX, K. **O Capital: crítica da economia política**. Tradução: Reginaldo Sant’anna. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2002.

MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

PIRES, Á. **A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos**. Conselho de Pesquisa em Ciências Humanas. Ottawa, Canadá, 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121354/mod_resource/content/1/Pires_A%20racionalidade%20penal%20moderna.pdf. Acesso em fevereiro de 2018.

PEREIRA, E. “Punição e Penas Alternativas: A percepção do condenado”. 61p. Monografia para conclusão de curso de graduação em Sociologia. Instituto de Ciências Sociais. Universidade de Brasília, 2015.

PEGORARO, J. “A construção histórica do poder de punir e da política penal”. In SILVA, J.; SALLES, L. (Orgs.) **Jovens, violência e escola: um desafio contemporâneo [online]**. São Paulo: Editora UNESP, 2010. ISBN 978-857983-109-6.

RIBEIRO, L. “Vadiagem”. *Revista Âmbito Jurídico*, ano I, n. 0, 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5349>. Acesso em: 5 nov. 2018.

RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. **Punição e Estrutura Social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SEIBEL, E. “O declínio do *welfare state* e a emergência do estado prisional: Tempos de um novo puritanismo?” *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, v. 5, n. 1, 2005.

SILVA, A. “A punição no novo mundo: a constituição do poder punitivo no Brasil colonial”. *Perspectivas Sociais*, vol. 1, 2011, pp. 16-30.

SILVEIRA, F. “A Cultura do Medo e Sua Contribuição Para a Proliferação da Criminalidade”. 2 Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. UFSM - Universidade Federal de Santa Maria. - Santa Maria / RS. 04, 05 e 06 jun / 2013. ISSN 2238-9121. Disponível em <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/3-1.pdf>> Acesso em janeiro de 2019.

SANTOS, J. “Violências e Dilemas do Controle Social nas Sociedades da ‘Modernidade Tardia’”. *São Paulo em Perspectiva*, 18(1), 2004. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/spp/v18n1/22221.pdf>>. Acesso em janeiro de 2019.

TAVOLARO, S. “Variações no interior de um discurso hegemônico? Sobre a tensão ‘ação-estrutura’ na sociologia contemporânea”. *TEORIA & PESQUISA*. V. XVI, n. 01, 2007.

VARES, S. “Émile Durkheim e o sentido da modernidade: interfaces entre política, moral e cidadania”. *Revista eletrônica dos alunos da Escola de Sociologia e Política de São Paulo*. São Paulo, v. 2, n. 4, 2014, pp. 29-50.

WACQUANT, L. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **O lugar da prisão na nova administração da pobreza**. Novos Estudos CEBRAP, 2008.

ZAFFARONI, E. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.