

DWAN GARCEZ DE OLIVEIRA

TEORIA CRIMINOLÓGICO-CRÍTICA DOS SUBSTITUTIVOS PENAI

Curitiba

2008

DWAN GARCEZ DE OLIVEIRA

TEORIA CRIMINOLÓGICO-CRÍTICA DOS SUBSTITUTIVOS PENAIIS

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

Co-orientadora: Prof^a. Dr^a. Clara Maria Roman Borges

Curitiba

2008

TERMO DE APROVAÇÃO**DWAN GARCEZ DE OLIVEIRA****TEORIA CRIMINOLÓGICO-CRÍTICA DOS SUBSTITUTIVOS PENAIIS**

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção de graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS**ORIENTADOR (PRESIDENTE)**

CLARA MARIA ROMAN BORGES**PRIMEIRO MEMBRO (CO-ORIENTADORA)**

KATIE S. CÁCERES ARGÜELLO**SEGUNDO MEMBRO**

A Syd Barrett (*in memoriam*) e a Richard Wright (*in memoriam*), dois dos fundadores do Pink Floyd, cujas composições marcaram minha vida. *May the crazy diamond shine on...*

Agradeço

Ao Juarez Cirino dos Santos, meu orientador, mestre e amigo, pela inspiração na luta pelas causas justas;

À Clara Maria Roman Borges, minha co-orientadora e mentora no amargo universo do Processo Penal, por fazer-me acreditar que nem todos (os poucos) necessariamente têm de fazer o mesmo (que muitos);

À Katie Silene Cáceres Argüello, minha professora de Sociologia e Criminologia, pelos anos de amadurecimento intelectual nos mais variados ambientes, dentro e fora da sala de aula;

A minha família, amigos e demais pessoas que amo, pelo carinho, orgulho, apoio nos momentos tumultuados e pela paciência em aturar minhas ausências, quando o dever me chama, assim como meu não tão raro mau-humor;

Ao Leonardo Augusto Bora, pela ajuda com as fontes literárias.

The Memorial Fletcher Home - Pink Floyd

Take all your overgrown infants away somewhere
And build them a home, a little place of their own.
The Fletcher Memorial
Home for Incurable Tyrants and Kings.

And they can appear to themselves every day
On closed circuit T.V.
To make sure they're still real.
It's the only connection they feel.
Ladies and gentlemen, please welcome, Reagan and
Haig,
Mr. Begin and friend, Mrs. Thatcher, and Paisly,
"Hello Maggie!"
Mr. Brezhnev and party.
"Scusi dov'è il bar?"
The ghost of McCarthy,
The memories of Nixon.
"Who's the bald chap?"
"Good-bye!"
And now, adding colour, a group of anonymous
Latin-American meat packing glitterati.

Did they expect us to treat them with any respect?
They can polish their medals and sharpen their
Smiles, and amuse themselves playing games for
awhile.
Boom boom, bang bang, lie down you're dead.

Safe in the permanent gaze of a cold glass eye
With their favorite toys
They'll be good girls and boys
In the Fletcher Memorial Home for colonial
Wasters of life and limb.

Is everyone in?
Are you having a nice time?
Now the final solution can be applied.

**Música sobre os totalitarismos do século XX.
Letra por Roger Waters**

RESUMO

Teoria criminológico-crítica dos substitutivos penais encerra a aplicação do método científico desenvolvido por criminólogos críticos, associado ao método genealógico presente na obra de Michel Foucault, para promover a desconstrução simbólica dos institutos dogmáticos conhecidos como substitutivos penais. Especialmente colocam-se em xeque as inconsistências da restrição de sua concessão a patamares mínimos de pena (requisitos objetivos), a seleção penalizante orientada pela vulnerabilidade social (requisitos subjetivos), a correlação do programa de política penal diversificada com o estágio de desenvolvimento das estruturas econômicas (punição & estrutura social) e os limites máximos (e distópicos) à concretização da excarceração e à desinstitucionalização.

Palavres-chave: *Substitutivos penais; excarceração; desinstitucionalização; diversão; genealogia; processos de criminalização.*

ABSTRACT

The critical-criminological approach displays the application of the Marxist scientific method, associated to Michel Foucault's genealogical method, to promote the symbolic deconstruction of dogmatic regulations known as *alternative penalties (diversion programmes* in Criminal Politics). Especially, it has kept in check the inconsistencies of restricting its concession to minimum levels of punishment (objective pre-requisites), the penalized selection guided by social vulnerability (subjective pre-requisites), the correlation of the diversified penal policy program with the stage of development of the economic structures (punishment & social structure) and the maximum limits (i.e. dystopian) to the realization of decarceration and de-institutionalization.

Key-words: *Alternative penalties; decarceration; de-institutionalization; diversion; genealogy; the criminalization process.*

SUMÁRIO

RESUMO	VII
ABSTRACT	VIII
SUMÁRIO	9
INTRODUÇÃO.....	12
PRIMEIRO CAPÍTULO	
CRIMINOLOGIA CRÍTICA E OS SUBSTITUTIVOS PENAIIS	15
I. BREVE APORTE TEÓRICO DO MÉTODO CRIMINOLÓGICO CRÍTICO	15
<i>I.I Metodologia Ideologizada</i>	<i>15</i>
<i>I. II. Distinção do enfoque metodológico da Criminologia Positivista e da Criminologia Crítica. Corte epistemológico: funções manifestas/declaradas e funções ocultas/latentes</i>	<i>18</i>
II. SUBSTITUTIVOS PENAIIS: EXPLICAÇÕES TRADICIONAIS E CRÍTICAS.....	23
II.I Explicações tradicionais:	24
a) Explicações Humanitárias:	24
b) Explicações Científicas:	25
II.II Explicações Críticas:	27
a) Superlotação Carcerária:.....	27
b) Crise Fiscal:	29
c) Ampliação do Controle Social:.....	30
SEGUNDO CAPÍTULO	
MICHEL FOUCAULT E A CRIMINOLOGIA CRÍTICA: GENEALOGIA DO PODER E DA DISCIPLINA	34
I. MICROFÍSICA DO PODER	34
a) Princípio da desjuridicização ou princípio da localidade	38
b) Princípio da exterioridade ou princípio da objetivação	39
c) Princípio da circularidade ou princípio da transitoriedade.....	40
d) Princípio da ascidentalidade	41
e) Princípio da não-ideologização	41
f) Princípio da positividade ou princípio da produtividade	43
g) Princípio da não-centralidade ou princípio da não-unidade.....	43
h) Princípio da imaterialidade.....	44
II. PODER DISCIPLINAR --> SOCIEDADE DISCIPLINAR.....	44
a) Vigilância Hierárquica.....	55
b) Sanção Normalizadora	56
c) Exame	57
III. BIOPODER E GOVERNAMENTALIDADE	57
TERCEIRO CAPÍTULO	
SUBSTITUTIVOS PENAIIS: HISTÓRIA, ESPÉCIES NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA E BRASILEIRA	63

I. SUBSTITUTIVOS PENAIIS: PERSPECTIVA HISTÓRICA E FORMAÇÃO DOS GRANDES SISTEMAS CONTEMPORÂNEOS	63
II. SUBSTITUTIVOS PENAIIS: DIREITO COMPARADO	69
II.I Portugal.....	69
II.II Espanha.....	70
II.III Itália.....	72
II.IV França.....	74
II.V Alemanha.....	76
II.VI Sistema anglo-saxão: Estados Unidos e Inglaterra	79
III. SUBSTITUTIVOS PENAIIS: ESPÉCIES PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	81
III.I. SUBSTITUTIVOS PENAIIS TRADICIONAIS.....	82
a) Suspensão Condicional da Pena	83
b) Livramento Condicional.....	87
III.II. SUBSTITUTIVOS PENAIIS RECENTES.....	91
a) Transação Penal	92
b) Suspensão Condicional do Processo	95

QUARTO CAPÍTULO

QUESTÕES ESPECIAIS RELATIVAS AOS SUBSTITUTIVOS PENAIIS 99

I. CRÍTICA AOS REQUISITOS OBJETIVOS DOS SUBSTITUTIVOS PENAIIS	101
II. CRÍTICA AOS REQUISITOS SUBJETIVOS DOS SUBSTITUTIVOS PENAIIS	115
III. RELAÇÃO DOS SUBSTITUTIVOS PENAIIS COM A ECONOMIA E O MERCADO DE TRABALHO	139
IV. EPÍLOGO: APARECIMENTO DE NOVOS CONTROLES	158
CONCLUSÕES	171
BIBLIOGRAFIA	176
ANEXO A - EXCERTOS DO DECRETO-LEI 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 (CÓDIGO PENAL).....	185
ANEXO B - EXCERTOS DO DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL)	189
ANEXO C - EXCERTOS DA LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL).....	198
ANEXO D - EXCERTOS DA LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995 (LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS)	203
ANEXO E - SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 1.288, DE 2007.....	205
ANEXO F - VOTO NA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA DO SENADO FEDERAL.....	208
ANEXO G – DIVERSION PROGRAMMES IN CRIMINAL POLITICS: A CRITICAL-CRIMINOLOGICAL APPROACH (ADAPTATION AND	

TRANSLATION OF THE ORIGINAL WORK: <i>TEORIA CRIMINOLÓGICO-CRÍTICA DOS SUBSTITUTIVOS PENAIS</i>)	212
FOREWORD	213
FIRST PART	
ESTABLISHING THE BASIC CONCEPTS.....	215
FIRST CHAPTER	
DEFINING THE CRITICAL-CRIMINOLOGICAL METHOD.....	216
I. METHODOLOGY AND IDEOLOGY	216
II. EPISTEMOLOGICAL DIVIDE BETWEEN THE METHODOLOGICAL FOCUS OF POSITIVISTIC CRIMINOLOGY AND CRITICAL CRIMINOLOGY: MANIFESTED/DECLARED FUNCTIONS AND HIDDEN/LATENT FUNCTIONS.	219
SECOND CHAPTER	
MICHEL FOUCAULT: THE GENEALOGY OF POWER AND DISCIPLINE.....	224
I. MICROPHYSICS OF POWER.....	224
a) The Principle of Dejurisdiction or the Principle of Locality	227
b) The Principle of Externality or the Principle of Objectification	228
c) The Principle of Circularity or the Principle of Transitoriness	228
d) The Principle of Ascendability.....	229
e) The Principle of Non-Ideologization.....	230
f) The Positivist Principle or The Principle of Productivity	230
g) The Principle of Non-Centrality or The Principle of Non-Unity	231
h) The Principle of Immateriality	232
II. DISCIPLINARY POWER --> DISCIPLINARY SOCIETY.....	232
a) Hierarchical Vigilance	239
b) Normalized Sanctions	239
c) The Examination	240
III. BIOPOWER AND GOVERNMENTALITY.....	241
SECOND PART	
DECONSTRUCTING THE POLITICAL AND LEGAL FUNDAMENTALS.....	245
SINGLE CHAPTER	
A CRITICAL-CRIMINOLOGICAL APPROACH ON ALTERNATIVE PUNISHMENTS (<i>DIVERSION PROGRAMMES IN CRIMINAL POLITICS</i>).....	246
I. ALTERNATIVE PUNISHMENTS: TRADITIONAL VS. CRITICAL EXPLANATIONS	246
<i>I.I Traditional Explanations:</i>	247
a) The Humanitarian Explanations:	247
b) Scientific Explanations:	248
<i>I.II Critical Explanations:</i>	249
a) The Prison Overpopulation:	250
b) The Fiscal Crisis:.....	251
c) The Increase in Social Control:	252
II. A CRITICAL ANALYSIS OF THE OBJECTIVES PRE-REQUISITES/ ASPECTS OF ALTERNATIVE PUNISHMENT.....	255
III. A CRITICAL ANALYSIS OF THE SUBJECTIVE PRE-REQUISITES/ ASPECTS OF ALTERNATIVE PUNISHMENT.....	264
IV. THE RELATIONSHIP OF ALTERNATIVE PUNISHMENTS TO THE ECONOMY AND THE LABOR MARKET.....	272
EPILOGUE: THE RISE OF NEW FORMS OF SOCIAL CONTROL.....	285

INTRODUÇÃO

Discorrer sobre *Teoria da Pena* pode conduzir apenas a duas posições fundamentais:

(i) Ou se assume uma posição relegitimadora da punição, justificando sua necessidade e imprescindibilidade, por argumentos repressivos os mais diversos possíveis;

(ii) Ou se procura desconstruir sua essência, seja lá qual for: algo talvez mais próximo da imbricação com as estruturas econômico-sociais, quer dizer, o atual estágio de desenvolvimento do modo de produção em determinado momento histórico – em uma perspectiva *marxista* -, bem como a referibilidade com os mecanismos e estratégias pelos quais o poder transita freneticamente, em uma complexíssima rede microfísica através da qual são produzidos saberes (racionalidade), a qual explica a forma mais usual de punição – em uma perspectiva *foucaultiana*.

Adotamos a segunda posição, de tendência *abolicionista*, sem qualquer hesitação: ainda que a punição se revele de modo mais brando, menos formal, mais desinstitucionalizado, fora dos muros carcerários.

Já dizia Figueiredo Dias que escolher *penas alternativas*, na esteira da história da política-criminal liberal, gestada nas obras de Beccaria e, mais posteriormente, por Ferrajoli, é juntar-se ao **movimento de luta contra a pena de prisão**¹. Pois então, digamos não à *pena de prisão*, por toda a sua falência funcional nos últimos, ao menos, dois séculos – em que pese seu êxito institucional -, mas não nos limitemos a posições tão tímidas: sejamos contra a pena em qualquer manifestação que ela assuma. Possivelmente as formas *alternativas* e *substitutivas* podem ser ainda mais perigosas do que as formas

¹DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Português: Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime. - Coimbra, 2005.p.491.

tradicionais e comumente debatidas, uma vez que aquelas são praticamente invisíveis e, assim, mais engenhosas.

Se há algo que as lições criminológico-críticas podem ensinar é não desistir nos embates doutrinários, mesmo que a posição encampada vá contra o senso comum e encontre toda a forma de crítica politizada ou não. *Criticar a criminologia crítica*, contudo, não é um trabalho assaz simples.

O presente trabalho, portanto, não se intimida com o difícil percurso que escolheu. Na verdade, utilizando-se das categorias de Michel Foucault, sabe-se que onde há poder, há resistência: uma vez que ele não pode ser apropriado, armazenado, dividido por uma classe, ele se manifesta em múltiplas formas. Critica-se o Direito vigente, plasmado na teoria da soberania que vem desde tempos de Hobbes ou Maquiavel, na esperança de, assim, construir um caminho antidisciplinar:

*“De fato, soberania e disciplina, direito da soberania e mecânica disciplinar são duas peças absolutamente constitutivas dos mecanismos gerais de poder na nossa sociedade. Dizendo a verdade, para lutar contra as disciplinas e, principalmente, contra o poder disciplinar, em uma busca por um poder não disciplinar, a direção que deverá ser tomada não é aquela do antigo direito de soberania; seria a direção de um novo direito que seria antidisciplinar, mas que seria ao mesmo tempo emancipado do princípio da soberania”.*²

Da maneira como será demonstrado nesse estudo, todavia, o contexto da trama do poder metamorfoseou-se, de modo que não é mais acurado falar de sociedades disciplinares – resquícios dos séculos XVIII e XIX – porém em sociedades de controle:

²[Trad.livre] **Original:** “*En fait, souveraineté et discipline, droit de la souveraineté et mécanique disciplinaire sont deux pièces absolument constitutives des mécanismes généraux de pouvoir dans notre société. À dire vrai, pour lutter contre les disciplines ou plutôt contre le pouvoir disciplinaire, dans la recherche d’un pouvoir non disciplinaire, ce vers quoi il faudrait aller, ce n’est par vers l’ancien droit de la souveraineté; ce serait dans la direction d’un nouveau droit qui serait anti-disciplinaire, mais qui serait en même temps affranchi du principe de la souveraineté.*” (FOUCAULT, Michel. Cours du 14 janvier 1976. Dits et Écrits. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, Vol.III.1994, p. 189).

“O poder na sociedade pós-disciplinar se exerce por meio de dois mecanismos: a vigilância hierárquica e a exibição às massas do comportamento desejado por meio dos meios de comunicação. Em ambos o poder procura criar comportamentos desejados, mas em nenhum caso se vale de uma sanção normalizadora.

A sociedade disciplinar, marcada pelo ‘vigiar e punir’, foi substituída por um novo tipo de sociedade marcada pelo ‘monitorar, registrar e reconhecer’.

*Nesta nova sociedade, a monitoração eletrônica pode ser reconhecida como um desenvolvimento tecnológico da antiga vigilância hierárquica, mas o poder punitivo não mais se manifesta por meio de uma sanção normalizadora, mas por um intrincado sistema de registro e reconhecimento. Não é mais função social transformar o ‘anormal’ em ‘normal’ nas instituições disciplinares, mas de registrar e reconhecer o ‘anormal’ para filtrá-lo da sociedade dos ‘normais’”.*³

Os ***substitutivos penais*** nada mais são do que alternativas práticas ao problema da ineficiência funcional da pena, a qual não cumpre (nem nunca cumpriu) seus propósitos declarados de correção e ressocialização do desviante punido. De qualquer forma, eles carregam os mesmos problemas e inconsistências filosóficos que sua matriz.

Portanto, não é sem utilidade desvelar as polêmicas que envolvem as hipóteses de *diversão penal* – isto é, que divergem – do rol clássico de penas e punições. Demonstrar, por exemplo, a incoerência veiculada por meio dos ***requisitos objetivos*** ou a seletividade acientífica dos ***requisitos subjetivos***.

Igualmente, não se mostra em vão a tentativa de colocar luz no espúrio contubérnio entre as *medidas substitutivas* e o ***mercado de trabalho***, de onde partem resolutas estratégias de poder. Essas, de tão imperativas que são, parecem não vislumbrar limites à informalização amalgamada pelos ***substitutivos penais***. É a distopia tornando-se realidade.

Desmontar e esfacelar as estruturas dogmáticas e retóricas em que se fundamentam os ***substitutivos penais***. E que não sobre pedra sobre pedra.

³VIANNA, Túlio. Transparência Pública, Opacidade Privada: O Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle. – Rio de Janeiro: Revan, 2007.p.83.

PRIMEIRO CAPÍTULO

CRIMINOLOGIA CRÍTICA E OS SUBSTITUTIVOS PENAIS

I. Breve aporte teórico do método criminológico crítico

1.1 Metodologia Ideologizada

Direito é discurso ideológico legislado. Aliás, carece o Direito, em si, de qualquer significação para além da ideologia determinada pela correlação de interesses e poderes presente no substrato (infra)estrutural da sociedade⁴.

O Direito Penal, ao instituir crimes e cominar as correlatas penas, ou mesmo prever suas eventuais *substituições* a despeito do confinamento carcerário, nada mais faz do que servir como o programa oficial classista de uma política criminal com maior ou menor viés democrático, justificada, ou melhor, legitimada por teorias criminológicas apropriadas à necessidade hegemônica que a retroalimenta⁵.

Em tempos hodiernos, o capitalismo, enquanto modo de produção com tendências monopolistas, representa a organização histórica mais complexa de que se tem notícia, contendo não só inúmeros atavismos de formas pretéritas de estruturação sócio-econômica - herdadas no curso do processo histórico-dialético-, assim como os embriões de formas futuras, prestes a superá-lo⁶. Dessa forma, a classe financeira dominante, de modo a preservar a incolumidade de seus interesses privados, produz intelectuais orgânicos que lhe auxiliem na invariabilidade da presente direção hegemônico-consensual, plasmada no mito do Direito Penal igualitário e neutro⁷.

⁴PASUKANIS, E. Teoria Geral do Direito e Marxismo. Trad. de Soveral Martins. –Coimbra: Centelha-Promoção do Livro, S.A.R.L, 1972. pp 59-60.

⁵CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia da Repressão. Rio de Janeiro: Forense, 1979. pp.02/03.

⁶PASUKANIS, E. Teoria Geral do Direito e Marxismo... pp. 56-57.

⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia da Repressão... p. 24.

A idéia de naturalização, não apenas das relações sociais, mas também das formas jurídicas, é fruto, dentre outras, da concepção da escola jusnaturalista⁸, contemporânea das Revoluções Burguesas e responsável pela disseminação do culto pela *mens legis* dissociada do sujeito cognoscente que extraiu o respectivo significado normativo. Igualmente, a aplicação às ciências sociais, *tout court*, do método próprio das ciências naturais, produziu o positivismo sociológico. Ora, impossível estender uma idêntica metodologia a objetos completamente diferentes sem comprometer seus caracteres singulares⁹.

As leis próprias às ciências naturais possuem a qualidade de serem imutáveis, independentemente do conhecimento humano que se tem acerca de seus efeitos, podendo ser demonstradas pela simples aplicação do método experimental de produção de ciclos causais renovados; ao passo que a formulação da hipótese de trabalho atinente a leis endereçadas aos fenômenos sociais e normativos depende de uma escolha subjetiva do seu não livre produtor ou intérprete, vez que o sujeito cognoscente, como *zoon politikon* que é, encontra-se condicionado pelo desenvolvimento das forças produtivas daquele contexto histórico. Já dizia Karl Marx que *não é a consciência dos homens que determina seu ser; é o seu ser social que, inversamente, determina sua consciência*¹⁰.

Como não é possível fazer demonstrações experimentais da validade/efetividade de tais leis, a metodologia busca saída nas abstrações, sendo a maturidade de dada ciência social aferida pelo grau de perfeição de suas abstrações - como “preço”, “valor” e “mercadoria”- e a evolução de tais conceitos correspondente à dialética real do processo histórico no qual se apóia¹¹; entretanto, alertou Pasukanis para o perigo de esquecer-se que o Estado e o Direito existem como “seres sociais [realidades] objetivos” e não apenas na *psique* do sujeito que os apreende (na forma de emoções “*imperativas-atributivas*”), de natureza

⁸PASUKANIS, E. Teoria Geral do Direito e Marxismo... pp. 53-54.

⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia da Repressão... p.26.

¹⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia da Repressão... pp. 11-14; 16-17; 19-20; 26.

¹¹PASUKANIS, E. Teoria Geral do Direito e Marxismo... pp. 49-50; 52.

puramente ideológica sem qualquer substrato material, o qual, no caso do capitalismo monopolista, finca-se na contradição fundamental do trabalhador/meios-de-produção, necessária a garantir o domínio de classe¹².

Podem-se fazer duas críticas principais à pretensa “cientificidade” da metodologia tradicional equivocadamente aplicada aos estudos sociais e jurídicos: **(1)** a *objetividade/neutralidade* da obtenção do conhecimento pela aplicação de métodos pré-constituídos “frios” revela-se impossível, porque o sujeito jamais se prostra de maneira imparcial ou desinteressada frente ao objeto de análise, ao menos que o ignore completamente, estando também mergulhado na mesma realidade que analisa, (re)produzindo-a e reproduzindo-se como parte do objeto investigado; **(2)** não há *adequação da lógica positivista* à natureza real dos objetos históricos, sendo a análise destes de conteúdo oscilante ao sabor dos influxos ideológicos e históricos, pois ela não se compadece com a utilização de simples variáveis causais, determinísticas ou probabilísticas¹³.

Bem verdade, a qualificação de uma teoria depende de sua práxis, ora podendo adotar uma metodologia encobridora da realidade, ora uma postura desmistificadora, com propósito político diferenciado. Nessa última hipótese, quando se verifica o descompasso entre uma teoria e a realidade que tenta explicar, urge lançar mão de uma ruptura epistemológica¹⁴.

¹²PASUKANIS, E. Teoria Geral do Direito e Marxismo... pp. 62-64.

¹³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia da Repressão... pp.20/23.

¹⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia da Repressão... pp.27/28. → Ruptura ou corte epistemológico significa a reformulação do conjunto de suposições e premissas gerais (novas perguntas e indagações sobre aquele ramo científico), enfim, com novo objeto, nova postura do sujeito cognoscente em relação ao objeto cognoscível, novo método, novo propósito etc. Vide: KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. 7.^a ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

I. II. Distinção do enfoque metodológico da Criminologia Positivista e da Criminologia Crítica. Corte epistemológico: funções manifestas/declaradas e funções ocultas/latentes

O positivismo metodológico gestou a criminologia etiológica - de matiz biológica ou sociológica¹⁵-, a fim de funcionar como a suposta ciência causal-explicativa da ontologia do crime, ainda predominante nos manuais, nas academias e no senso comum, baseada nas *everyday theories*¹⁶, excluindo, por óbvio, a reação social na formação do fenômeno criminal¹⁷. O conjunto de teorias formadoras da criminologia etiológica encerra uma natureza classista da definição de crime e do controle social, travestida na velha “*nova defesa social*” e preocupada exclusivamente com estatísticas criminais em busca de um maior rigor punitivo, melhores técnicas, descoberta das anomalias pessoais e efficientismo para combater as causas da delinquência¹⁸.

Por outro lado, o corte epistemológico propiciador do surgimento de teorias críticas e radicais sobre o crime e o controle social reside, em primeiro lugar, na adoção do paradigma interacionista (*labeling approach*) próprio da teoria da linguagem e da fenomenologia criminal¹⁹, porém até então ainda insuficiente; e, em segundo lugar, na inclusão da metodologia própria da teoria estrutural do materialismo histórico propalado pelo marxismo²⁰, tomando como pressuposto fundamental a luta de classes presentes em todas as teorias sociais e freqüentemente delas obliterada²¹.

¹⁵CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia da Repressão... pp.01/05.

¹⁶CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia da Reação Social. Trad. Ester Kosovski. – Rio de Janeiro: Forense, 1983.pp.196/197.

¹⁷ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. 2. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.221.

¹⁸CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical. 2. Ed. – Curitiba: ICPC: Lumen Iuris, 2006. pp.11/12; Também: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral. – Curitiba: ICPC: Lumen Júris, 2006. p.693.

¹⁹CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia da Reação Social... pp.96 e ss.

²⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.694/696.

²¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.37.

A “*virada de Copérnico*”, portanto, consistiu, a um, na transferência do enfoque *biopsicológico* para o *macrossociológico*, bem como o abandono da técnica aferição das meras *causas* do crime para compreender a *construção social do desvio*²², deslocando o foco do indivíduo para os *processos de criminalização* e o *sistema de justiça criminal*; a dois, na assunção do enfoque *conflitual dialetizado*, demonstrando que a *definição legal de crimes* e a *atribuição do rótulo* de criminoso inserem-se fatalmente na lógica da contradição intrínseca das sociedades capitalistas, a dissociação entre capital/trabalho assalariado²³.

As contradições do capitalismo permitem inferir que as necessidades econômicas e a desigualdade na distribuição de bens socialmente úteis obrigam o trabalhador a aceitar a venda de parte de seu tempo de vida, brutalizando sua força de trabalho, assim como ao desempregado a assumir os *riscos da criminalização*, devido à necessidade de sobrevivência com meios ilegítimos em situações de total privação material²⁴.

Dessa forma, as *teorias críticas e radicais* ampliam o objeto de estudo para açambarcar a estrutura econômica e as superestruturas jurídicas e políticas de controle social, com foco no substrato social das classes trabalhadoras e das categorias sociais subalternas e marginalizadas²⁵, demonstrando que a finalidade precípua da política penal é a disciplina e a *moralização da força de trabalho ativa*, assegurando a perpetuação e reprodução do modo de produção capitalista²⁶. Ao contrário, o objetivo final da criminologia crítica é a transformação radical das bases sociais para a construção do *socialismo real* e a *para abolição do sistema penal*²⁷

²²BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos.-3.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. pp. 23/25.

²³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.693/694.

²⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... p.40. Também: PAVARINI, Massimo. Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. 6ª Ed. Ciudad de México: Siglo Veintiuno editores, 1998. pp. 138/141.

²⁵CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.43/44.

²⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.41;84.

²⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... p.43.

O fruto mais significativo da criminologia crítica²⁸ está, certamente, na capacidade de furar o manto ideológico e penetrar na *realidade latente* às *funções declaradas* da política penal. Esta análise dualista, de origem *mertoniana*²⁹, das funções que cumprem as instituições sociais critica o *funcionalismo clássico* por conferir muito valor no discurso oficial e, dessa forma, preterir os seus desdobramentos reais³⁰.

Assim, manifestamente as normas penais visam ao controle e à diminuição da incidência criminal, quando, efetivamente, acabam por reproduzir a mesma realidade que supostamente buscavam combater, freqüentemente agravando os problemas a serem debelados³¹. Se a *teoria jurídico-oficial* dos objetivos atribuídos à pena afirma que ela exerce as funções de *retribuição* (metafísica e ideal) da culpabilidade e de *prevenção especial* (na *dimensão negativa* de *neutralização* e na *dimensão positiva* de *ressocialização*) e *prevenção geral* (na *dimensão negativa* de *intimação psicológica* e na *dimensão positiva*, ora pela *proteção de bens jurídicos* – na perspectiva de Roxin-, ora pela *reafirmação das expectativas normativas* – na perspectiva de Jakobs)³²; a *teoria criminológico-crítica*, a seu turno, conclui que a pena, na verdade, exerce as funções de *retribuição equivalente* do crime (assim como a lógica da mercadoria e o tempo empregado para sua produção - seu valor de troca), de *garantia das relações sociais* (desmistificação da prevenção especial) e *afirmação da ideologia dominante* (desmistificação da prevenção geral)³³.

²⁸Partilha-se aqui do entendimento da indissociabilidade existente entre *Criminologia Crítica* e *Criminologia Radical*, sendo esta uma especialização daquela, dando primazia aos conceitos marxistas dentre o rol de outros conceitos e teorias críticas.

²⁹SABADELL, Ana Lúcia. Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma leitura externa do direito. 4.ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. pp.172/173. BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal... pp. 59 e ss.

³⁰BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal... pp. 59 e ss.

³¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... p.82.

³²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.453/461.

³³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.469/484. Comparar com a teoria agnóstica da pena de Zaffaroni. (vide: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Vol I. 2ª.ed. - Rio de Janeiro: Revan, 2003. pp. 87 e ss.)

As denominadas funções declaradas do discurso oficial, assentadas na aparente neutralidade do sistema penal, igualmente exercem o papel de funções ilusórias, por encobrir a realidade sobre a qual atuam³⁴:

Os objetivos declarados do Direito Penal, legitimados pelo discurso jurídico da igualdade, da liberdade, do bem comum etc., consistem na proteção de valores essenciais para a existência do indivíduo e da sociedade organizada, definidos pelos bens jurídicos protegidos nos tipos legais. Os pressupostos não questionados desses objetivos declarados são as noções de unidade (e não de divisão) social, de identidade (e não de contradição) de classes, de igualdade (e não de desigualdade real) entre as classes sócias, de liberdade (e não de opressão) individual, de salário equivalente ao trabalho (e não de expropriação de mais-valia, como trabalho excedente não remunerado) etc³⁵.

Exatamente por não ser o sistema penal um *sistema estático de normas*, mas um *complexo dinâmico de diversas funções (manifestas/declaradas e ocultas/latentes)*³⁶, institui-se uma *proteção seletiva* de bens jurídicos das classes hegemônicas, sob a *aparência de universalidade*, criminalizando as condutas lesivas à produção e à circulação da riqueza material³⁷. Neste sentido a *variável independente*, no processo de criminalização, é a *posição social do autor*, determinada por caracteres socialmente negativos (subocupação, favelização etc) - independentemente da gravidade ou reiteração dos crimes-, ao passo que os defeitos de escolarização ou socialização constituem meras *variáveis intervenientes* no processo de criminalização³⁸.

Os efeitos de tais antagonismos da luta de classes, camuflados pelo discurso oficial (funções declaradas), são sentidos inclusive nas estatísticas criminais, havendo super-representação dos crimes cometidos pela classe trabalhadora desorganizada, *lumpenproletariado* e marginalizados em geral – a criminalidade violenta de natureza econômica –; a sub-representação da criminalidade da classe trabalhadora organizada e da pequena burguesia, cuja

³⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.07.

³⁵CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.09/10.

³⁶BARATTA, Alessandro. Las fuentes del Derecho. Universidad de Barcelona: Barcelona, 1982. pp.40/41

³⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.10/11

³⁸CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.46/47.

persecução obstruiria o sistema produtivo; e, por fim, a total exclusão da grande criminalidade das classes dominantes³⁹, de natureza financeira transnacional, a maior produtora de danos sociais⁴⁰.

Visto por outro ângulo, são protegidos e tratados como *seres humanos*, *sujeitos de direito*, apenas os titulares dos bens jurídicos próprios às classes dominantes, ao passo que os membros dos grupos dependentes economicamente e integrados aos processos produtivos são tratados como simples *objetos*, coisificados que são, tendo em vista a necessidade de sua energia (força de trabalho) para a obtenção de riqueza maior do que seu preço no mercado (mais-valia). Quanto aos segmentos completamente à margem do mercado de trabalho, por serem inúteis ao grande capital, não figuram nem como sujeitos tampouco como objetos, mas como *lixo humano*, destruídos impunemente pela violência estrutural imanente às sociedades desiguais ou pela violência institucional do controle penal seletivo⁴¹.

Como a *função real* do sistema penal é a *reprodução material do modo de produção capitalista*, com o *encobrimento ideológico da desigualdade social*, possibilitando a violação sistemática dos direitos fundamentais⁴², um *programa alternativo de política criminal* funda-se no *minimalismo penal* - com as conseqüentes propostas de *descriminalização*, *despenalização*, *excarceração* e *humanização do sistema penal*⁴³-, além da estruturação de um *conceito socialista de crime*⁴⁴.

³⁹Esta disfunção era definida pelos criminólogos críticos como “*cifra dourada*” da criminalidade, tratada com a indulgência social, com a imprecisão dos tipos legais e pela ineficiência das punições, em contraposição à “*cifra negra*” (conjunto das infrações penais ignoradas pelas agências oficiais de controle). Tal nomenclatura foi abandonada com o desenvolvimento dos trabalhos sobre o Direito Penal *simbólico*.

⁴⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... p.13/15.

⁴¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.11/12.

⁴²ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Ilusão de Segurança Jurídica... p.283/289.

⁴³BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal... pp. 201/203. Também: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.698/706.

⁴⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.49 e ss.

II. Substitutivos penais: explicações tradicionais e críticas

Os substitutivos penais compõem um conjunto resoluto de estratégias e tendências, muitas vezes extremamente distintas entre si, das sociedades contemporâneas para, em tese, traçar um caminho viável no manejo dos fatos puníveis de baixa ofensividade e lesividade⁴⁵⁴⁶. Formam o conceito de *diversão* (diversificação) do controle penal, o qual se insere, por sua vez, no grupo dos “*quatro D’s*” integrantes das novas discussões político-criminais: *diversão*, *descriminalização*, *desinstitucionalização* e “*due process of law*”⁴⁷.

Em sentido mais estrito, adotado neste trabalho, os substitutivos penais não representam penas substitutivas (alternativas), mas substitutivos à própria pena criminal tal como tradicionalmente concebida, em especial à pena privativa de liberdade, mesmo que continuem a restringir, de maneira diversa, essa mesma liberdade individual. Assim, a liberdade vigiada pela suspensão *condicional* da execução penal⁴⁸, pelo livramento *condicional*⁴⁹, pela suspensão *condicional* do processo penal⁵⁰, ou pela imposição imediata de restrições a direitos - através da transação penal⁵¹, sujeita também a *condições*-, constituem espécies de substitutivos penais.

Por estabelecerem *condições* legais, deduz-se que os institutos mencionados não fogem à regra de exigir o formal preenchimento de pressupostos normativos (*requisitos subjetivos e subjetivos*⁵²), exigidos em lei e aplicados pelos

⁴⁵Não entendidos aqui apenas no rol dos delitos cujo processamento incumbe aos juizados especiais criminais, pois não se confundem com a expressão legal de “*menor potencial ofensivo*”, de acordo com o art. 61 da Lei nº 9.099/95.

⁴⁶KAISER, Günther. *Diversion*. IN: *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*. 3. Auflage.- Heidelberg: C.F.Müller Juristischer Verlag, 1993. pp.88;92

⁴⁷KAISER, Günther. *Diversion*...p.92

⁴⁸Cf. Arts. 77-80 do Código Penal; Arts. 696-709 do Código de Processo Penal; Arts. 156-163 da Lei de Execução Penal (Ver anexos A/C).

⁴⁹Cf. Arts. 83-90 do Código Penal; Arts.710-733 do Código de Processo Penal; Arts. 131-146 da Lei de Execução Penal (Ver anexos A/C).

⁵⁰Cf. Art. 89, §§1º7º da Lei nº 9.099/95 (Ver anexo D).

⁵¹Cf. Art. 76, §§1º6º da Lei nº 9.099/95 (ver anexo D).

⁵² Vide itens I e II do Quarto Capítulo, abaixo.

órgãos da justiça criminal, vez que o seu objetivo não é efetivamente *substituir* o sistema formal de controle social, aliás, não o quer nem poderia fazê-lo⁵³.

II.1 Explicações tradicionais:

Ainda que, pretensamente, os substitutivos penais não sejam modalidade de pena criminal em si, eles aglutinam todas as funções atribuídas, sejam manifestas, sejam ocultas, às demais medidas de caráter sancionador do controle social. Portanto, a explicação para sua adoção generalizada pelos Estados contemporâneos pode atinar para o discurso oficial (tradicional), ou romper o seu véu encobridor e desenterrar as suas explicações reais, estudadas pela criminologia crítica⁵⁴.

a) Explicações Humanitárias:

Em primeiro plano, pode-se encontrar o fundamento da admissão de substitutivos penais nos valores humanitários de *piedade, misericórdia e compaixão* disseminados principalmente, mesmo que de forma velada, pela religiosidade judaico-cristã. Essa explicação não-científica se prende a que o senso comum se compadece ao ver o sofrimento provocado pelas agências oficiais de controle e a toda a sorte de privação e degradação humana ocorridas dentro do cárcere⁵⁵. É aceito sem questionamento a existência de um submundo criminal totalmente à parte da sociedade legalizada, de regras não-escritas, onde impera a corrupção e a violência pessoal, formado por 1116 prisões brasileiras, com

⁵³ KAISER, Günther. *Diversion...*pp.88;92

⁵⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral...* p.597.

⁵⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral...* p.598.

262.690 vagas, porém abrigando 437.596 pessoas⁵⁶, sem garantia de exercício a qualquer direito humano fundamental.

b) Explicações Científicas:

Autores progressistas da literatura jurídico-penal, não obstante não poderem ser considerados propriamente *críticos*, por ignorar os efeitos perversos dos substitutivos penais, também propugnam pela sua inclusão nos ordenamentos penais e processuais penais nacionais, baseados em suas conclusões científicas, *empiricamente* atestadas (metodologia tradicional)⁵⁷. Afirmam que a estratégia *diversificadora* deve buscar modos mais informais de *combater* a criminalidade, com sanções atenuadas e mais propositivas, fazendo o máximo possível para agir fora das instâncias procedimentais judiciais⁵⁸, revigorando a figura dos *patronatos locais*.

A primeira menção, explicitamente científica, à noção de *diversão penal* reside na publicação do relatório final da “*Commission on Law Enforcement and Administration of Justice*”, proposta pela presidência dos Estados Unidos da América, no ano de 1967⁵⁹. A conclusão destes estudos apontou para que a intervenção judicial penal, freqüentemente, *produz mais danos que benefícios*, sobretudo quanto aos crimes de bagatela e aos autores considerados de baixa periculosidade, porquanto consolida o comportamento desviante ao invés de ajudar a solucionar os problemas (sociais) subjacentes ao fato punível⁶⁰.

⁵⁶SOUZA, Fátima; Versignassi. A Cadeia como você nunca viu. IN: Revista Superinteressante. Março, 2008. São Paulo: Editora Abril. pp.54 e ss. Dados obtidos a partir do site do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional).

⁵⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.598.

⁵⁸KAISER, Günther. Diversion...p.88.

⁵⁹KAISER, Günther. Diversion...p.88.

⁶⁰KAISER, Günther. Diversion...pp.88/89; Também: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.597

Os objetivos científicos dos substitutivos penais podem ser resumidos da seguinte forma:

“Dessa forma, os distintos objetivos dos programas diversificadores podem ser assim transcritos: com relação à clientela, propõe a diminuição da estigmatização e das limitações à liberdade para as pessoas beneficiadas, assim como um incremento, em primeiro plano, da verdadeira ajuda à solução dos problemas. Quanto aos interesses preventivos, corresponde, por outro lado, a uma nova orientação pela aceleração da reação estatal oficial, a um aumento na participação social na resolução dos conflitos, a uma descarga judiciária dos processos de bagatela e a uma diminuição dos encargos com os casos penais em geral, ligada, esta última, com economia de custos (primários e secundários) na luta contra a criminalidade, bem como – o extremamente duvidoso – alívio processual para os casos mais graves.”⁶¹

O movimento internacional pela aceitação destas conclusões uniu (1) a necessidade de desafogar os tribunais, reduzir os custos e conciliar os interesses da vítima, com o favorecimento de medidas menos repressivas; logo, (2) mais adequadas aos objetivos político-criminais manifestos de prevenção geral e especial⁶². Nesta toada seriam beneficiados preferencialmente a criminalidade juvenil e os crimes de baixa ou média lesividade, excluindo-se os criminosos habituais e reincidentes⁶³.

⁶¹KAISER, Günther. *Diversion...*p.89. [Trad. livre] **Original:** “Damit lassen sich die Ziele der verschiedenen Diversionsprogramme wie folgt umschreiben: Hinsichtlich der Klientel stehen die Verminderung der Stigmatisierung und der Freiheitsbeschränkungen für divertierte Personen sowie die Verstärkung von Problemlösungshilfen im Vordergrund. Präventionsinteressen entspricht hingegen eher die Ausrichtung auf eine Beschleunigung des offiziellen Reaktionsverhaltens, eine Verstärkung der gesellschaftlichen Beteiligung an der Konfliktlösung, eine Entlastung der Justiz von Bagatellverfahren und eine Herabsetzung der Fallbelastung der Strafgerichte verbunden mit einer Eissparung von (primären und sekundären) Kosten der Verbrechensbekämpfung sowie eine – äußerst zweifelhafte – Verfahrenserleichterung in schwierigen Fällen”.

⁶²KAISER, Günther. *Diversion...*pp.89/92

⁶³KAISER, Günther. *Diversion...*p.89

II.II Explicações Críticas:

É possível facilmente verificar, com as críticas abaixo transcritas, que as explicações científicas, como é próprio do método histórico-dialético da Criminologia Crítica que as disseca, já carregam consigo o germe de sua superação:

*“Além disso, existem outros pontos críticos a considerar: em primeiro lugar, se referido que a **diversão** tem por escopo deixar os delinquentes o máximo possível no seu próprio meio social, ignora-se que se fincam exatamente ali as causas do comportamento desviante. Em segundo lugar, é duvidoso concluir que a **diversão** realmente diminui a estigmatização, pois os programas oficiais compreendem apenas casos da criminalidade leve, ameaçando, portanto, as pessoas não beneficiadas com uma ainda mais incisiva rotulação” (grifo nosso)⁶⁴.*

Entretanto, existem outras explicações para a adoção, não acidental, tampouco bem intencionada, dos substitutivos penais nos ordenamentos jurídicos atuais, as quais, não excluem, mas integram e complexificam as explicações tradicionais de índole humanitária ou científica.⁶⁵

a) Superlotação Carcerária:

A primeira delas foca a **superlotação carcerária** como a razão de optar-se pela *desinstitucionalização*, isto é, mecanismos de controle penal *excarcerários*. Não há espaço nos estabelecimentos prisionais em geral - e os brasileiros não distam desta realidade-, sequer para a população já *encarcerada*, quanto mais para a *encarcerável*, se tomado em conta os centenas de milhares de mandados de prisão que permanecem sem cumprimento, menos pela não-localização da pessoa

⁶⁴KAISER, Günther. Diversion...p.92. [Trad. livre] **Original:** “Daneben sind noch weitere Kritikpunkte beachtlich: So wird zum einem darauf verwiesen, dass Diversion darauf abzielt, den Delinquenten möglichst in seinem sozialen Umfeld zu belassen. Gerade hier sind aber oftmals die Ursachen für das abweichende Verhalten zu suchen. Zum anderen wird bezweifelt, ob Diversion tatsächlich die Stigmatisierung verringert. Denn dadurch, das sich die meisten Programme lediglich mit Fällen leichter Kriminalität befassen, droht gerade durch diese Programme eine besondere ‘Abstempelung’ der nicht divertierte Personen”.

⁶⁵CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.598/599.

do que pela indisponibilidade de vagas, de agentes carcerários, policiais, enfim, instrumental em geral⁶⁶.

Existem, segundo os dados oficiais, 437.596 presos⁶⁷ nas instituições penais brasileiras⁶⁸ número consistente em quase o dobro da capacidade de vagas (262.690), situação que potencializa os problemas indicados pelas explicações científicas dos substitutivos penais, tais como: a privação de outros direitos além da privação da liberdade, o ócio programado, as violências físicas e sexuais, a supressão dos direitos políticos, a falta de assistência médica, jurídica, psicológica, enfim, facilita a malferimento crônico de direitos humanos dos encarcerados, embrutecendo-os e arrancando-lhes a dignidade⁶⁹.

⁶⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.599/600

⁶⁷SOUZA, Fátima; Versignassi. A Cadeia como você nunca viu... pp.54 e ss. Dados obtidos a partir do site do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional).

⁶⁸Conceituação e classificação de Estabelecimentos Penais:

a) Estabelecimentos Penais: todos aqueles utilizados pela Justiça com a finalidade de alojar pessoas presas, quer provisórios quer condenados, ou ainda aqueles que estejam submetidos à medida de segurança;

b) Estabelecimentos para Idosos: estabelecimentos penais próprios, ou seções ou módulos autônomos, incorporados ou anexos a estabelecimentos para adultos, destinados a abrigar pessoas presas que tenham no mínimo 60 anos de idade ao ingressarem ou os que completem essa idade durante o tempo de privação de liberdade;

c) Cadeias Públicas: estabelecimentos penais destinados ao recolhimento de pessoas presas em caráter provisório, sempre de segurança máxima;

d) Penitenciárias: estabelecimentos penais destinados ao recolhimento de pessoas presas com condenação à pena privativa de liberdade em regime fechado;

d.1) Penitenciárias de Segurança Máxima Especial: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas com condenação em regime fechado, dotados exclusivamente de celas individuais;

d.2) Penitenciárias de Segurança Média ou Máxima: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas com condenação em regime fechado, dotados de celas individuais e coletivas;

e) Colônias Agrícolas, Industriais ou Similares: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas que cumprem pena em regime semi-aberto;

f) Casas do Albergado: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas que cumprem pena privativa de liberdade em regime aberto, ou pena de limitação de fins de semana;

g) Centros de Observação Criminológica: estabelecimentos penais de regime fechado e de segurança máxima onde devem ser realizados os exames gerais e criminológico, cujos resultados serão encaminhados às Comissões Técnicas de Classificação, as quais indicarão o tipo de estabelecimento e o tratamento adequado para cada pessoa presa;

h) Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas submetidas a medida de segurança. (Fonte: sítio eletrônico do Ministério da Justiça)

⁶⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.598/599

Além disso, a *superlotação carcerária* intensifica a deflagração de motins e conflitos carcerários, expressão máxima de atos reivindicatórios que deveriam ensejar a aplicação de *causas supralegais* de *exculpação* – como a *desobediência civil* e o *conflito de deveres* pelas situações anormais (de *privação material*), nas quais não se exige *dirigibilidade normativa*-, em vista da natureza política de tais manifestações, desde que não impliquem grave violência ou ameaça⁷⁰.

b) Crise Fiscal:

Pela *crise fiscal* se compreende, em primeiro plano, o altíssimo *custo do preso* na execução penal - na relação comparativa de *custo/benefício*-, o qual não inclui tão-somente as despesas individuais (consumo e serviços), porém, *a fortiori*, os gastos com os funcionários da administração carcerária, com os responsáveis pela manutenção da segurança interna e com o financiamento de reformas, ampliações e construções de novas prisões⁷¹.

Os efeitos econômicos desta crise, seguindo tendência internacional de endurecimento do tratamento penal da juventude e da persecução das bagatelas, intensificaram-se nas últimas duas décadas, com o sobrecarregamento da capacidade de resposta dos órgãos judiciários, transformando a opção pelos substitutivos favorável aos interesses dos poderosos (“*Diversion zugunsten Mächtiger*”)⁷², que não querem desperdiçar recursos econômicos. Assim sendo, em segundo plano, a precariedade financeira estatal agrava-se com um *custo do preso* ainda maior se contabilizados os gastos com o judiciário, legislativo, polícias (federal, militares, civis, rodoviárias etc.) e com o auxílio ao egresso⁷³.

⁷⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.598/600; 337/339.

⁷¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.600

⁷²KAISER, Günther. Diversion...p.89

⁷³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral.. p.600.

Ora, a dotação orçamentária do ano de 2005, v.g. no Brasil, para fundo penitenciário (*FunPen*), assoma a quantia de R\$ 224.098.871⁷⁴, que dividida pelo número total de habitantes dos cárceres nacionais, resulta a fração de R\$ 512,1136 anuais, correspondente ao custo *aparente* do preso. Contudo, acrescentando os demais componentes do gasto, segundo informação da Folha de S. Paulo, publicada no ano de 1997, o custo *real* do preso atinge o patamar de R\$ 4.440,00 anuais⁷⁵. Esse valor, passados mais de 10 anos, certamente deve ter aumentado, o que demonstra a distorção de se gastar, com um único detento, toda a renda de uma família média brasileira, que aufera um salário mínimo de R\$ 415,00⁷⁶.

Ainda, consoante relata o mencionado quotidiano de circulação nacional, se a dotação orçamentária do sistema carcerário fosse transferida para o setor de políticas públicas de habitação, exemplificativamente, poderiam ser construídas 18.163 casas populares⁷⁷, com um retorno social muito maior.

c) **Ampliação do Controle Social:**

Finalmente, o que se mostra decisivo para este trabalho, representando a linha mestra condutora do seu desenvolvimento, a tese *crise fiscal* mescla-se de argumentos ainda mais estarrecedores a fim de prenunciar a *ampliação do controle social* ocasionada pela adoção dos mecanismos de *diversão*. Como constatado por Günther Kaiser:

*“Especialmente significativo pesa o conhecimento de que a **diversão**, em parte, não ofereceu nenhuma alternativa à pena privativa de liberdade, senão, ao*

⁷⁴Dados do Ministério da Justiça.

⁷⁵LEMGRUBER, Julita. Segurança não tem preço, cadeia tem custo. IN: Folha de S. Paulo, versão de 24 de julho de 1997.

⁷⁶Segundo dados do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese).

⁷⁷ LEMGRUBER, Julita. Segurança não tem preço, cadeia tem custo...

contrário, levou a um grave deslocamento e a uma considerável ampliação da rede de controle social (o chamado efeito ‘net-widening’)” (grifo nosso)⁷⁸

Aqui repousa o efeito mais perverso de uma opção aparentemente sensata e humana, cuja finalidade seria evitar o embrutecimento e a degradação pessoais provocados pela passagem através do aparato formal de execução penal, com o confinamento celular⁷⁹. Os substitutivos penais não passam de um *reformismo panpenalista*⁸⁰ engendrado ainda dentro da lógica do capitalismo corporativo por “*homens iluminados*”, de modo a reforçar o *correcionalismo* através de uma *engenharia penal* mais sofisticada⁸¹⁸².

As medidas liberalizantes representam *ajustamentos funcionais*, verdadeiros mecanismos *tentaculares* à prisão, a qual permanece sendo o *centro nevrálgico* do “*arquipélago carcerário*”, agora relegitimada e reforçada⁸³. Como indica o próprio nome da tendência político-criminal- “*Diversion*”-, ocorre a *diversificação* do controle em era de capitalismo neoliberal com retração da política de “*welfare*”⁸⁴, expandindo a rede formal – “*net-widening*” - de atuação das agências oficiais (não mais entendidas exclusivamente como a *polícia* ou o *cárcere*, agora também incluindo os *patronatos*, os *centros de recuperação*, *reformatórios juvenis*, *casas de albergado*, *fábricas* etc.)⁸⁵.

A desmistificação das explicações *humanitárias* e *científicas* permite vislumbrar a natureza *classista* e *burocrática* dos substitutivos penais, haja vista

⁷⁸KAISER, Günther. *Diversion*...p.91. [Trad. livre] **Original**: “*Besonders schwer wiegt die Erkenntnis, dass die Diversion zum Teil keine Alternative zur Freiheitsstrafe geboten, sondern umgekehrt zu einer erheblichen Verlagerung und Ausweitung des Netzes sozialer Kontrolle geführt hat (sog. “net-widening” Effekt)*”.

⁷⁹BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*... pp. 201/203.

⁸⁰Entendido panpenalismo aqui como a inversão paradigmática de utilizar o instrumental penal não em *ultima ratio* (última alternativa subsidiária), mas em *prima ratio* – a panacéia para todos os problemas.

⁸¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*...pp.15/16.

⁸² Embora, como tentará ser demonstrado a seguir, atualmente o *correcionalismo* vem sendo abandonado em prol da pura *neutralização* dos indesejáveis.

⁸³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*...p.15; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*... p.603.

⁸⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*... p.601.

⁸⁵CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*... p.16.

que o núcleo dos interesses tutelados pelo sistema penal não é a redução de crimes, tampouco sua prevenção - ou sequer mesmo a melhoria das condições de vida fora e dentro do cárcere-, mas o *programa real do modo de produção* – a *multiplicação do capital produtivo*⁸⁶. Portanto, as novas *táticas disciplinares* reforçam os *fios invisíveis do mercado*, ligando definitivamente o trabalhador à classe capitalista⁸⁷, ***ampliando o controle*** agora sobre a *comunidade em geral*, dos *setores não-produtivos para setores produtivos da produção social* (comércio, indústria etc)⁸⁸.

Em outras palavras, a ***crise fiscal*** transformou o sistema penal em uma grande opção de *investimento*, sob a fachada de transferir as funções *terapêuticas* e *pedagógicas* aos substitutivos penais e às opções de execução penal desinstitucionalizada⁸⁹ (menos custosa), ao mesmo tempo em que a pena-punição se revigora como puro *instrumento de terror* (preterindo a ideologia da ressocialização), reservada doravante para os casos mais graves, com a possibilidade de *conversão* em futuros *reencarceramentos* nas *instituições totais*.⁹⁰

Se a ***ampliação do controle penal*** mediante os substitutivos penais desloca a *disciplina penal* sobre *setores produtivos da comunidade*, aumentando o número de pessoas controladas no mesmo espaço de tempo, *pari passu* com o recrudescimento das políticas de *tolerância zero* reforçando a prisão como o “*último recurso*” do qual não se pode prescindir⁹¹, pode-se resumi-la nas três direções político-criminais expostas abaixo:

(a) de ***expansão*** para o maior número de pessoas em relação ***com*** ou contidas ***no*** sistema formal de controle, especialmente jovens e primários; (b) de ***aceleração*** da

⁸⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical...pp.37/38

⁸⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.113.

⁸⁸CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... p.114; Também: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.601.

⁸⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.603.

⁹⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical...pp.114/115; Também: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.603.

⁹¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... p.117; Também: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.601.

*“passagem” pelo sistema de controle social, com as técnicas de controle imitando as técnicas de produção em série da indústria, processando maior quantidade de pessoas na mesma unidade de tempo; (c) **bifurcação** do sistema de controle social: controle não-segregado de autores de crimes leves, de um lado, e controle segregado mais rigoroso de autores de crimes graves – que ocupam imediatamente as vagas daqueles-, com problemas adicionais de segurança e disciplina⁹².*

O mito da redução dos malefícios provocados pelo encarceramento em massa, defendido pelas teorias científicas dos substitutivos penais, mascaram a ampliação dos mesmos malefícios aos futuros encarcerados⁹³, de agora em diante em maior número, pois mais e mais pessoas passam, em menor tempo, pelo sistema penal formal e, ainda que deixem as prisões, continuam controladas pelas novas tecnologias de controle presentes nas sociedades pós-disciplinares, tal conforme vaticinado por Gilles Deleuze⁹⁴.

Em suma, os substitutivos penais, se tomados pelo sentido literal da denominação, encerram uma mentira: não substituem a pena- reforçam-na-, já que não passam da nova tendência do ***isomorfismo reformista***⁹⁵, termo cunhado por Foucault⁹⁶ para explicar a repositura reiterada do fracassado projeto penitenciário.

⁹²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical...pp.117/118.

⁹³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.602.

⁹⁴DELEUZE, Gilles. Post-scriptum das sociedades disciplinares. Tradução de Peter Pál Pelbart. IN: Conversações: 1972-1990. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.

⁹⁵CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir (FOUCAULT), Trabalho apresentado no 11º Seminário Internacional do IBCCRIM (4 a 7 de outubro de 2005), São Paulo/SP.

⁹⁶FOUCAULT, Michel. Surveiller et punir: naissance de la prison. Éditions Gallimard, 1975. pp.267 ss.

SEGUNDO CAPÍTULO

MICHEL FOUCAULT E A CRIMINOLOGIA CRÍTICA: GENEALOGIA DO PODER E DA DISCIPLINA

I. *Microfísica do poder*

Provavelmente o contributo mais importante da obra do filósofo francês Michel Foucault (1926-1984) para o desenvolvimento teórico da Criminologia Crítica e para a compreensão analítica da intrincada rede de mecanismos de controle extracarcerários circunscreve suas indagações sobre o poder e a disciplina. Esses estudos analisaram a especificidade e fragmentaridade das correlações de força e poder em suas manifestações cambiantes, oscilantes e descontínuas, a partir da conjugação do método genealógico⁹⁷⁹⁸, proposto por

⁹⁷ “La généalogie, ce serait donc, par rapport au projet d’une inscription des savoirs dans la hiérarchie du pouvoir propre à la science, une sorte d’entreprise pour désassujettir les savoirs historiques et les rendre libres, c’est à-dire capables d’opposition et de lutte contre la coercition d’un discours théorique unitaire, formel et scientifique. La réactivation des savoirs locaux, ‘mineurs’, dirait peut-être Deleuze, contre la hiérarchisation scientifique de la connaissance et ses effets de pouvoir intrinsèques, c’est cela le projet de ces généalogies en désordre et en charpie. En deux mots: on pourrait peut-être dire que l’archéologie, ce serait la méthode propre à l’analyse des discours locaux, et la généalogie, la tactique qui fait jouer à partir des discours locaux ainsi décrites les savoirs désassujettis qui s’en dégagent. Cela, pour restituer le projet d’ensemble”. FOUCAULT, Michel. Cours du 7 janvier 1976. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v.III, 1994.p.167. **Também:** “La généalogie est grise; elle est méticuleuse et patiemment documentaire. Elle travaille sur des parchemins embrouillés, grattés, plusieurs fois réécrits.

Paul Ree a tort, comme les Anglais, de décrire des genèses linéaires – d’ordonner, par exemple, au seul souci de l’utile, toute l’histoire de la morale: comme si les mots avaient gardé leur sens, les désirs, leurs direction, les idées, leur logique; comme si ce monde des chose dites et voulues n’avait pas connu invasions, luttas, rapines, déguisements, ruses. De là, pour la généalogie, une indispensable retenue: repérer la singularité des événements, hors de toute finalité monotone; les guetter là où on les attend le moins et dans ce qui se passe pour n’avoir point d’histoire – les sentiments, l’amour, la conscience, les instincts; saisir leur retour, non point pour tracer la courbe lente d’une évolution mais pour retrouver les différentes scènes où ils ont joué des rôles différents; définir même le point de leur lacune, le moment où ils n’ont pas eu lieu (Platon à Syracuse, n’est pas devenu Mahomet...)

La généalogie exige donc la minutie du savoir, un grand nombre de matériaux entassés, de la patience. Ses ‘monuments cyclopéens’, elle ne doit pas les bâtir à coup de ‘grandes erreurs bienfaisantes’, mais de ‘petites vérités sans apparence, établies par une méthode sévère’. Bref, un certain acharnement dans l’érudition. La généalogie ne s’oppose pas à l’histoire comme la vue altière et profonde du philosophe au

Friedrich Nietzsche (1844-1900)⁹⁹, e do método arqueológico¹⁰⁰, sem jamais, porém, ter o fito de desvelar sua origem, reunir uma única e formal teoria geral do poder com saberes científicos hierarquizados¹⁰¹ ou acreditar na racionalidade humana sempre caminhando rumo à consagração de sua vertente humanista e superior às formas historicamente pretéritas (a infalibilidade do curso do processo civilizatório).¹⁰²

regard de taupe du savant; elle s'oppose au contraire au déploiement métahistorique des significations idéales et des indéfinies téléologies. Elle s'oppose à la recherche de l'origine". FOUCAULT, Michel. Nietzsche, la généalogie, l'histoire. IN: **Dits et Écrits**... v.II. pp.136/137.

⁹⁸ "O método genealógico poderia, assim, ser entendido como uma 'anticiência' na medida em que faria aparecer saberes desqualificados, descontínuos, locais e não-legitimados frente a qualquer instância teórica que atuaria sobre eles, ordenando, filtrando e hierarquizando-os em nome dos 'direitos' de uma ciência. As genealogias realizariam, propriamente, a insurreição dos saberes sujeitos como parte de uma estratégia de poder. Longe de ser apenas um procedimento teórico-metodológico, seria também uma estratégia engajada de poder". FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito. São Paulo: Max Limonad, 2002. pp. 100/101.

⁹⁹ NIETZSCHE, Friedrich. Genealogia da Moral: Uma Polêmica. Trad. Paulo César de Souza. – São Paulo: Companhia das Letras, 1998. pp.17 e ss.

¹⁰⁰ "Par archéologie, je voudrais désigner non pas exactement une discipline, mais un domaine de recherche, qui serait le suivant: Dans une société, les connaissances, les idées philosophiques, les opinions de tous les jours, mais aussi les institutions, les pratiques commerciales et policières, les mœurs, tout renvoie à un certain savoir implicite propre à cette société. Ce savoir est profondément différent des connaissances que l'on peut trouver dans les livres scientifiques, les théories philosophiques, les justifications religieuses, mais c'est lui qui rend possible à un moment donné l'apparition d'une théorie, d'une opinion, d'une pratique. Ainsi, pour que s'ouvrent à la fin du XVII^e siècle les grands centres d'internement dans toute l'Europe, il a fallu un certain savoir de la folie opposée à la non-folie, de l'ordre et du désordre, et c'est ce savoir-là que j'ai voulu interroger, comme condition de possibilité des connaissances, des institutions et des pratiques.

Ce style de recherche a pour moi l'intérêt suivant: il permet d'éviter tout problème d'antériorité de la théorie par rapport à la pratique, et inversement. Je traite en fait sur le même plan, et selon leurs isomorphismes, les pratiques, les institutions et les théories, et je cherche le savoir commun que les a rendues possibles, la couche du savoir constituant et historique. Plutôt que de chercher à expliquer ce savoir du point de vue du practico-inerte, je cherche à formuler une analyse de ce qu'on pourrait appeler le 'théorico-actif'". FOUCAULT, Michel. Les Mots et les Choses. IN: **Dits et Écrits**... v.I. pp.498/499.

¹⁰¹ BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal. Tese de Doutorado, UFPR, 2005. p.73.

¹⁰² "O discurso que se forma em torno da reforma, e sobre o qual ela se assenta, aponta para a 'humanidade', ou antes, para a 'humanização' das penas. O suplício passa a representar, em seus excessos e violência, um exercício ilegítimo do poder. Para os reformadores do Direito Penal, esta forma de punição apresenta-se segundo uma tripla marca: ela suscita a **revolta** do povo, que assiste aterrorizado o seu ritual, expressa a **vergonha** a que o condenado é submetido, pelo desespero em que se encontra diante da situação que o envolve e, por fim, representa um **perigo**, por fazer convergirem sobre si a violência do rei e a contrapartida possível da violência do povo, que um dia poderá voltar-se contra aquela. Daí a necessidade de se estabelecer uma forma de castigar que respeitasse a 'humanidade' do criminoso, por

Em sua obra mestra, *Surveiller et Punir (Vigiar e Punir)*, Foucault descreve analiticamente a maneira pela qual a história da prisão confunde-se com a história do próprio poder de punir e, da mesma forma, reflete a racionalidade (o saber) da punição própria do modo de produção dominante¹⁰³. A relação planifica-se da seguinte forma: o saber influencia o poder e não serve apenas como transporte de ideologias, mas de formação e acúmulo de poder¹⁰⁴, assim como o poder determina os novos horizontes do saber.¹⁰⁵

Além disso, essa relação de poder-saber e saber-poder é marcada pela instabilidade de seus elementos constitutivos, e cada oscilação das múltiplas variáveis e fatores (técnicas, coerções e arranjos) implica a possível reformulação de um discurso de verdade, sem jamais ser, obviamente, neutro¹⁰⁶. Deste modo, nunca haverá hegemonia do que vem a ser “verdade”, mas uma predominância instável de determinado discurso, contraposto por tantos outros com suas próprias verdades produzidas pela trama do poder¹⁰⁷. Foi o método genealógico adotado por Foucault que permitiu a análise de uma “*política de formação da verdade*”¹⁰⁸.

Outro exemplo da relação entre a racionalidade e o poder disciplinar reside na maneira como o contrato de trabalho dispõe sobre o tempo de vida do obreiro, espoliando suas técnicas, aptidões e práticas pessoais para perfectibilizar o saber produtivo e obter melhores resultados com a experiência e o conhecimento alheios¹⁰⁹. Ao final, aliena-lhe do produto do trabalho que o seu saber mesmo produziu e, conseqüentemente, intensifica o disciplinamento em curso.

pior que tivesse sido seu crime. É a ‘humanidade’ que deveria ser, então, a medida da pena”. FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...pp. 128/129

¹⁰³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir...p.01.

¹⁰⁴BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...p.86.

¹⁰⁵CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 Anos de Vigiar e Punir....pp.01/02

¹⁰⁶“*Les pratiques discursives ne sont pas purement et simplement des modes de fabrication de discours. Elles prennent corps dans des ensembles techniques, dans des institutions, dans des schémas de comportement, dans des types de transmission et de diffusion, dans des formes pédagogiques qui à la fois les imposent et les maintiennent.*”. FOUCAULT, Michel. La volonté de savoir. IN: **Dits et Écrits**...v.II.p.241.

¹⁰⁷BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização....pp.77/78.

¹⁰⁸FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...p.158..

¹⁰⁹BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...p.99.

A história das formas de punições como história da alma moderna em julgamento centrou-se nos objetos não necessariamente jurídicos, porém de gestão econômica, organizativa e agenciadora do poder, enfim, de um investimento político sobre o corpo – a *tecnologia política do corpo*¹¹⁰ que produz individualidades¹¹¹.

Assim, primeiramente, na Idade Média a punição tinha por escopo a demonstração do poder real absoluto, a afirmação incontestada da maior autoridade sobre aquele indivíduo que ousou questioná-la, cometendo, portanto, um ato típico de lesa majestade.¹¹² O exercício da punição habilitava-se por meio de um processo inquisitorial caracterizado por ritos escritos, juiz solitário e gestor único da produção probatória, práticas de tortura objetivando a extração da “verdade real” – a confissão¹¹³. Após o rito secreto e paranóico, a execução penal era pública, na forma de espetáculo cativante das emoções, taras e toda sorte de sentimentos cruéis, denominado suplício¹¹⁴, uma mecânica de poder que tinha a função de estabelecer a verdade extorquida no corpo e (re)afirmar e reproduzir a verdade do crime de maneira pedagógica¹¹⁵.

O exemplo ilustrativo, narrado por Foucault a partir de manchetes da época, liga-se à execução de Robert-François Damiens, parricida condenado a ser

¹¹⁰FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito....pp. 123/124.

¹¹¹ “*Je crois qu’aujourd’hui l’individualité est complètement contrôlée par le pouvoir, et que nous sommes individualisés, au fond, par le pouvoir lui-même. Autrement dit, je ne pense nullement que l’individualisation s’oppose au pouvoir, mais, au contraire, je dirais que notre individualité, l’indivisibilité obligatoire de chacun est l’effet et un instrument du pouvoir, ce que ce dernier craint le plus: la force et la violence des groupes.*”. FOUCAULT, Michel. Folie, une question de pouvoir. IN: **Dits et Écrits**...v.II.p.663.

¹¹² “*Jusqu’au XVIII^e siècle, avec l’absolutisme monarchique, le supplice ne jouait pas le rôle de réparation morale, mais avait plutôt le sens d’une cérémonie politique. Le délit, en tant que tel, était à considérer comme un défi à la souveraineté du monarque; il troublait l’ordre de son pouvoir sur les individus et sur les choses.*” FOUCAULT, Michel. La prison vue par un philosophe français. IN: **Dits et Écrits**...v.II..p.726.

¹¹³BORGES, Clara Maria Roman. Processo Penal e Tortura. Aula magna proferida aos calouros do Curso de Direito da Unibrasil, em 16.08.2005. **Artigo publicado no Jornal Estado do Paraná, caderno Direito e Justiça, em 21 de agosto de 2005, p. 8-9.** Também: FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...pp. 165/166.

¹¹⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir...p.01.

¹¹⁵FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...pp. 127/128.

atenazado pelos membros superiores e inferiores a quatro cavalos furiosos e desmembrado até a morte, em 02 de março de 1757. Os portões principais da Igreja de Paris ilustram o cenário ao fundo, transfundindo o ideário religioso pelo político, enfim, legitimando o suplício enquanto método de total aniquilamento do corpo dos condenados e a dominação pelo terror dos castigos, cuja mensuração equivale à atrocidade e repulsa do ato cometido aos pudores sociais¹¹⁶.

O questionamento do poder soberano monárquico fez nascer a forma jurídica (lei) com sua própria verdade, situação essa que serviu para mascarar a dominação que continuou a existir de outra forma, porém doravante oculta e ligada à idéia de respeito absoluto para com soberania do Estado Moderno, moldado por direitos e garantias fundamentais muitas vezes destituídos de qualquer significação material¹¹⁷.

A análise *genealógica-foucaultiana* do poder, espalhada por quase toda a fase inicial de sua obra, elenca alguns princípios, ou *preocupações gnoseo-metodológicas*, que estão para além das categorias de poder disciplinar ou do biopoder¹¹⁸, quer dizer, apresentam-se nas duas formas – as quais, não obstante, não se antagonizam, mas se complementam, da forma como serão analisados a seguir.

a) Princípio da desjuridicização ou princípio da localidade

O primeiro princípio é o da desjuridicização do poder (ou localidade)¹¹⁹, quer dizer, não buscar compreender essa manifestação a partir do Direito ou de

¹¹⁶FOUCAULT, Michel. Surveiller et punir... pp. 9 e ss

¹¹⁷BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...pp.81/82.

¹¹⁸POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder. IN: Revista de Cultura e Política. v. 63 - São Paulo: Lua Nova. 2004.pp.179/181.

¹¹⁹“Pour mener l’analyse concrète des rapports de pouvoir, il faut abandonner le modèle juridique de la souveraineté. Celui-ci, en effet, présuppose l’individu comme sujet de droits naturels ou de pouvoirs primitifs; il se donne pour objectif de rendre compte de la genèse idéale de l’État; enfin, il fait de la loi la manifestation fondamentale du pouvoir. Il faudrait essayer d’étudier le pouvoir non pas à partir des termes

uma instituição central privilegiada ou exclusiva (Estado), porém em mecanismos periféricos, específicos e disseminados em várias localidades em conjuntos de técnicas e instrumentos os mais variados¹²⁰.

O poder permeia as ínfimas relações sociais, não estando preso a nenhuma delas, mas formando com elas uma simbiose marcada pela capilaridade microfísica¹²¹. Entretanto, o núcleo do poder estaria formalmente contido entre uma noção de *direito e verdade*^{122/123}.

b) Princípio da exterioridade ou princípio da objetivação

Em segundo aparece o princípio da exterioridade ou objetivação¹²⁴, aquele que delimita a sua compreensão não através de meras intenções ou manifestações subjetivas internas carentes de efeitos práticos: ele existe para agir, em ação. O poder somente possui significância em contato com seu objeto, no seu campo de aplicação, enfim, ele é *imanente*¹²⁵.

primitifs de la relation, mais à partir de la relation elle-même en tant que c'est elle qui détermine les éléments sur lesquels elle porte: plutôt que de demander à des sujets idéaux ce qu'ils ont pu céder d'eux-mêmes ou de leurs pouvoirs pour se laisser assujettir, il faut chercher comment les relations d'assujettissement peuvent fabriquer des sujets." FOUCAULT, Michel. Il faut défendre la société.. IN: **Dits et Écrits...**v.III..p.124.

¹²⁰POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder....pp.181/182.

¹²¹BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição....p.74.

¹²²POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder....p.185.

¹²³ "Ce que j'ai essayé de parcourir, depuis 1970-1971, c'était en gros, le 'comment' du pouvoir. Étudier le 'comment' du pouvoir, c'était essayer de saisir ses mécanismes entre deux limites: d'un côté, les règles de droit qui délimitent formellement le pouvoir, et d'un autre côté, l'autre limite serait les effets de vérité que ce pouvoir produit et qui, à leurs tour, reconduisent le pouvoir. Donc, triangle: pouvoir-droit-vérité" FOUCAULT, Michel. Cours du 14 janvier 1976. IN: **Dits et Écrits...**v.III..p.175.

¹²⁴ "(...) il ne s'agissait pas d'analyser le pouvoir au niveau de l'intention ou de la décision, de chercher à la prendre du côté intérieur, de poser la question, je crois labyrinthique, qui consiste à demander: qui donc a le pouvoir? qu'est-ce qu'il a dans la tête? qu'est-ce qu'il cherche, celui qui a le pouvoir? Mais d'étudier le pouvoir au contraire du côté où son intention il y a, est entièrement investie à l'intérieur de pratiques réelles." FOUCAULT, Michel. Cours du 14 janvier 1976. IN: **Dits et Écrits...**v.III.p.179.

¹²⁵POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder...p.182.

E não se pode dizer que há indivíduos fora dessa trama de poder: todos estão por ela, de alguma forma, aglutinados e encadeados, ao passo que as elaborações intelectuais não são independentes das aplicações materiais¹²⁶.

c) Princípio da circularidade ou princípio da transitoriedade

A terceira diretriz liga-se ao princípio da transitoriedade ou da circularidade do poder¹²⁷, pela qual este se manifesta em diversos lugares ao mesmo tempo, em graus de intensidade sucessiva e oscilante, fazendo com que os indivíduos ora estejam em posição de exercer sua carga assujeitadora, ora submeter-se à mesma potência.

O poder transita e constitui os indivíduos como causas psicológicas à história individual, mas não se resume à perspectiva dual ou binária de sujeitador e sujeito, na verdade revela-se de forma multiforme e plural¹²⁸

Assim, esse poder não pode ser armazenado, conservado, detido ou apropriado, bem como subtraído ou dividido, ele simplesmente funciona e manifesta-se em eterna atividade mediante a aplicação sistemática de técnicas intermediadas pelo indivíduo mergulhado em sua trama, o qual também constitui seu principal efeito¹²⁹.

¹²⁶BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...pp.75/77.

¹²⁷"*Le pouvoir, je crois, doit être analysé comme quelque chose qui circule, ou, plutôt, comme quelque chose qui ne fonctionne qu'en chaîne; il n'est jamais approprié comme une richesse ou un bien. Le pouvoir fonctionne, le pouvoir s'exerce en réseau et, sur ce réseau, non seulement les individus circulent, ils sont toujours en position de subir et aussi d'exercer ce pouvoir; il ne sont jamais la cible inerte ou consentante du pouvoir, ils en sont toujours les relais. Autrement dit, le pouvoir transite par les individus, il ne s'applique à eux.*". FOUCAULT, Michel. Cours du 14 janvier 1976. IN: **Dits et Écrits**...v.III.p.180.

¹²⁸POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder....p.182.

¹²⁹BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...p.74 e 84.

d) Princípio da ascensionalidade

O princípio da ascensão do poder¹³⁰, entendido não apenas na visão da filosofia política contratualista como vindo de cima (órgãos estatais) para baixo, de forma global e geral, naquele processo de sudentização (transformação de pessoas em súditos)¹³¹ – como o *Leviatã* –, contudo uma análise arqueológica que procure apreender a natureza ascendente do poder a partir de mecanismos moleculares e infinitesimais¹³², cada um com sua própria história, seu próprio trajeto, sua própria solidez e sua própria tática¹³³.

e) Princípio da não-ideologização

O princípio da não-ideologização do poder¹³⁴ afirma que este se encontra desvinculado de ideologias totais, porém estruturado com base em saber e racionalidades, o que não quer dizer, de modo algum, a não impregnação de ideologias diversas nas técnicas de saber. A base do poder é a forma de acumulação e aquisição dessas tecnologias, enquanto sua forma de exercício

¹³⁰ “Je crois qu’il faut, au contraire – c’est une précaution de méthode à suivre-, faire une analyse ascendante du pouvoir; c’est-à-dire partir des mécanismes infinitésimaux, qui ont leur propre histoire, leur propre trajet, leur propre technique et tactique, et puis voir comment ces mécanismes de pouvoir, qui ont donc leur solidité et, en quelque sorte, leur technologie propre, ont été et sont encore investis, colonisés, utilisés, infléchis, transformés, déplacés, étendus par des mécanismes de plus en plus généraux et des formes de domination globale.” FOUCAULT, Michel. Cours du 14 janvier 1976. IN: **Dits et Écrits**...v.III.p.181.

¹³¹ BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização....p.87.

¹³² POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder...pp.182/183.

¹³³ BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização....p.84.

¹³⁴ “Il se peut bien que les grandes machineries de pouvoir soient accompagnées de production d’idéologies; il y a eu sans doute, par exemple, une idéologie de l’éducation; il y a eu une idéologie du pouvoir monarchique, une idéologie de la démocratie parlementaire, mais, à la base, au point d’aboutissement des réseaux de pouvoir, ce qui se forme, je ne crois pas que ce soient des idéologies. C’est beaucoup moins et, je crois, beaucoup plus: ce sont des instruments effectifs de formation et de cumul de savoir, ce sont des méthodes d’observation, des techniques d’enregistrement, des procédures d’investigation et de recherche, ce sont des appareils de vérification.” FOUCAULT, Michel. Cours du 14 janvier 1976. IN: **Dits et Écrits**...v.III.pp.183/184.

corresponde aos dispositivos de circulação destes mesmos saberes¹³⁵. Assim, a única interpretação não é de poder necessariamente vinculado à repressão ou à opressão¹³⁶, ou seja, não há apenas a sua concepção maquiavélica, até porque, se ele apenas limitasse e constrangesse, certamente não seria obedecido e internalizado pelos assujeitados¹³⁷¹³⁸.

¹³⁵POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder...pp.183/184.

¹³⁶“Je crois, sans trop me vanter, m’être tout de même méfié depuis assez longtemps de cette notion de ‘répression’, et j’ai essayé de vous montrer, à propos justement des généalogies dont je parlais tout à l’heure, à propos de l’histoire du droit pénal, du pouvoir psychiatrique, du contrôle de la sexualité infantine, etc., que les mécanismes qui étaient mis en œuvre dans ces formations de pouvoir étaient tout autre chose, bien plus, en tout cas, que la répression.” FOUCAULT, Michel. Cours du 7 janvier 1976. IN...v.III..p.173.

¹³⁷BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização....pp.78/79.

¹³⁸“Qual é então a alternativa, se o que se quer é evitar uma análise econômica do poder? As respostas existentes – que também não são suficientes para Foucault – consistem em subsumir o poder à idéia de ação ou de força. É daqui que se originam as concepções repressivas do poder, ou melhor, as interpretações do poder como repressão. Se encarar o poder como ação o leva a ser compreendido sob o enfoque da repressão, encará-lo como força o faz ser analisado em termos de combate, de confronto, enfim, de guerra.

Poder = Ação = Repressão

Poder = Força = Guerra

As alternativas disponíveis quando são evitadas as abordagens economicistas são, portanto, duas. A primeira, que identifica poder com repressão, Foucault chama de ‘hipótese de Reich’. Quanto à segunda, que associa poder e força e, por conseguinte, poder e guerra, Foucault denomina como ‘hipótese de Nietzsche’ (Foucault 1979: 176). Essas duas hipóteses são articuladas por Foucault, de forma a consolidar dois esquemas de análise do poder aos quais ele deseja se opor: a abordagem jurídica ou do ‘contrato-opressão’, e a abordagem marxista ou da ‘guerra-repressão’. Portanto, o conceito de poder de Foucault tem a ambição de, a um só tempo, romper com os esquemas predominantes de interpretação – seja aquilo que ele chama economicismo na teoria do poder, no caso das abordagens jurídicas e marxistas, sejam aquelas concepções outras que privilegiam o conteúdo belicoso ou repressivo do poder. Além disso, outro importante pressuposto que informa amplamente todo o ponto de partida de Foucault em suas investigações sobre o poder é, como já foi dito acima, a necessidade de encontrá-lo fora do âmbito do Estado e de suas instituições. Pressuposto esse que, é claro, vem também ao encontro do desejo de Foucault de romper com as concepções jurídicas do poder que o levam a ser identificado com o conceito de soberania. O conceito de poder foucaultiano vai ser formulado a partir de um olhar que perpassa o Estado, que vai além dele, para buscar no micro e não no macro os elementos moleculares de sua realização cotidiana”. (POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder...pp.184/185.) Isso não quer dizer que a metodologia marxista seja inconciliável ao estruturalismo foucaultiano, exatamente na comunhão de ambas que a Criminologia Crítica retira seu cabedal conceitual. Foucault apenas deixou consignado que não é esta a única possível ilação [nota do autor].

f) Princípio da positividade ou princípio da produtividade

O princípio da positividade ou produtividade do poder¹³⁹, o qual abandona a imposição de efeitos negativos da única hipótese repressiva (o poder soberano que se manifestava na destruição dos corpos, ou os interditava e expiava, é substituído pelo poder disciplinar) a fim de extrair os efeitos positivos, a multiplicação dos saberes e a indução de mais poder, na mecânica de sua anatomia¹⁴⁰.

O poder constitui e constrói individualidades, ainda que indefinidamente naqueles indivíduos imersos no seu complexo feixe¹⁴¹.

g) Princípio da não-centralidade ou princípio da não-unidade

Esse princípio expressa a impossibilidade da centralidade e da unidade na condução do poder¹⁴². Para Foucault¹⁴³ o Estado e a lei representariam fontes terminais do poder, manifestações de outras inúmeras forças múltiplas, móveis,

¹³⁹ “La règle des **emplacements fonctionnels** va peu à peu, dans les institutions disciplinaires, coder un espace que l’architecture laissait en général disponible et prêt à plusieurs usages. Des places déterminées se définissent pour répondre non seulement à la nécessité de surveiller, de rompre les communications dangereuses, mais aussi de créer un espace utile.”(grifo nosso). FOUCAULT, Michel. Surveiller et punir...pp.168/169.

¹⁴⁰POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder...pp.186/189.

¹⁴¹BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...p.76.

¹⁴² “il ne s’agit pas d’analyser les formes réglées et légimites du pouvoir en leur centre, dans ce que peuvent être ses mécanismes généraux ou ses effets d’ensemble, il s’agit, au contraire, de saisir le pouvoir à ses extrémités, dans ses derniers linéaments, là où il devient capillaire. C’est-à-dire prendre le pouvoir dans ses formes et ses institutions les plus régionales, les plus locales, là où le pouvoir, débordant les règles de droit qui l’organisent et le délimitent, se prolongue au-delà de ces règles, s’investit dans des institutions, prend corps dans des techniques et se donne des instruments d’intervention matériels, éventuellement même violents”.FOUCAULT, Michel. Cours du 14 janvier 1976. IN: **Dits et Écrits**...v.III..pp.178/179

¹⁴³ “De même, plutôt que de rechercher la forme unique, le point central d’où toutes les formes de pouvoir dériveraient par voie de conséquence ou de développement, il faut d’abord les laisser valoir dans leur multiplicité, leurs différences, leurs spécificité, leur réversibilité: les étudier donc comme des rapports de force qui s’entrecroisent, renvoient les uns aux autres, convergent ou au contraire s’opposent et tendent à s’annuler.”. FOUCAULT, Michel. Il faut défendre la société. IN: **Dits et Écrits**...v.III.p.124.

desiguais e instáveis, isto é, de focos de poder-saber¹⁴⁴. O funcionamento do poder lembra o de uma rede de jogos em que todos estão inseridos e contam com estratégias e manobras próprias e não de uma vinculação à forma legal imposta heteronomamente¹⁴⁵.

h) Princípio da imaterialidade

A *imaterialidade* do poder¹⁴⁶ traduz, em outras palavras, que ele está em todos os lugares e em lugar nenhum se materializa completamente, somente nos corpos dos indivíduos sujeitados¹⁴⁷. Não podem seus focos ser arrebatados totalmente por um grupo de pessoas, logo, ele não possui titular único, é *imanente* e *não-subjetivo*¹⁴⁸. Tampouco, o poder não se relaciona sem a constituição de focos de saber, os quais fortalecem ou enfraquecem a antiga rede e/ou formam novas relações de poder, em mútua complementaridade de práticas e técnicas¹⁴⁹.

II. Poder Disciplinar → Sociedade Disciplinar

O surgimento da prisão, que coincidiu com os primórdios do capitalismo moderno, implicou a inversão pela qual o processo criminal torna-se público, ao passo que a execução penal confina-se pelos muros do arquipélago carcerário, longe dos olhos curiosos e vingativos, para não dizer esquecida. O castigo, doravante, arroga o bem jurídico de que todos dispõem – o tempo – e estabelece a

¹⁴⁴POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder...p.188.

¹⁴⁵BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...p.75.

¹⁴⁶ “*Le pouvoir, je crois, doit être analysé comme quelque chose qui circule, ou, plutôt, comme quelque chose qui ne fonctionne qu’en chaîne; il n’est jamais approprié comme une_richesse ou un bien.(...)*”(grifo nosso). FOUCAULT, Michel. Cours du 14 janvier 1976. IN: **Dits et Écrits**...v.III.p.180.

¹⁴⁷POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder...p.191.

¹⁴⁸POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder...pp.187/188.

¹⁴⁹BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...p.76.

privação da liberdade pelo equivalente geral da dívida do condenado com [os interesses dominantes d'] a sociedade¹⁵⁰.

Foucault demonstra que não houve uma evolução do suplício para a prisão, em que pese as conquistas de teóricos liberais, mas uma nova reorganização da tática política da dominação por refinamento do saber científicizado, ou seja, um saber aparentemente neutro¹⁵¹. O corpo, objeto simbólico do antigo suplício, persiste na centralidade da tecnologia do poder, no contexto das relações de poder estabelecidas neste subsistema social, ao passo que a prisão incide violentamente sobre esse mesmo corpo ao enclausurá-lo. O sistema punitivo, ao invés de destruí-lo, visa a dele extrair o máximo de aproveitamento econômico¹⁵².

Estabelece-se, desta feita, uma economia política dos corpos que subjuga os homens reticentes e rebeldes às relações de dominação (e complementarmente à base marxista da Criminologia Crítica – às relações de produção) para moldá-los, pela dose disciplinar constante e automática, em corpos dóceis e úteis. Essa disciplina, no sistema penal, não foge à regra da microfísica, pois todos os mecanismos de normalização do sujeito inserem-se na estratégia das classes dominantes em estabelecer uma ideologia total de submissão dos “anormais”¹⁵³¹⁵⁴, na qual a alma torna-se a prisão do corpo do condenado¹⁵⁵.

¹⁵⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir...p.02.

¹⁵¹ “*Vous voulez me faire dire qu’on ne supplicie plus maintenant. C’est vrai, on ne supplicie plus. Mais enfin vous savez bien que les supplices se sont déplacés maintenant et que la police, qui est également une institution nouvelle, date justement du moment où les supplices ont disparu. Alors la consigne a été: non plus quelques grands supplices éclatant, et on laisse courir les autres criminels, mais tout le monde doit être puni de façon systématique, que chaque crime soit puni. À partir de ce moment-là, il a fallu que la justice se double d’une institution nouvelle que a été la police. Or la police, elle, pour savoir la vérité, vous savez parfaitement qu’elle utilise, et plus en plus, des moyens qui sont des moyens violents. La police supplicie.*” FOUCAULT, Michel. Radioscopie de Michel Foucault. IN: **Dits et Écrits**..v.II.p.795.

¹⁵²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir...p.02.

¹⁵³ “*L’individu à corriger. C’est un personnage plus récent que le monstre. Il est corrélatif moins des impératifs de la loi et des formes canoniques de la nature que des techniques de dressage avec leurs exigences propres. L’apparition de l’incorrigible est contemporaine de la mise en place des techniques de discipline, à laquelle on assiste, pendant le XII^e et le XIII^e siècles – à l’armée, dans les écoles, des les ateliers, puis, un peu plus tard, dans les familles elles-mêmes. Les nouvelles procédures de dressage du*

A normalização do sujeito parece, pela análise crítica, uma contradição em termos, vez que a imposição de uma moral “normal” - consistente em nada mais que a legalidade de base para disciplinamento da força de trabalho produtiva -, retira do sujeito a sua subjetividade que o singulariza, rebaixando à condição de objeto de dominação. Enquanto os demais teóricos da Criminologia Crítica concentraram-se nos efeitos negativos da prisão, Foucault, por ilação, desnuda os efeitos positivos dela – a busca pela docilidade e utilidade dos corpos isolados e (des)assujeitados pela tecnologia do poder punitivo¹⁵⁶.

Assim, a *ilegalidade dos corpos* característica da sociedade agrária feudal foi substituída pela: (1) *ilegalidade dos bens* na economia capitalista marcada pela privação material na contradição trabalho assalariado/meios de produção, na qual o refugio da classe trabalhadora não assimilada nos processos produtivos é privado de liberdade; e pela (2) *ilegalidade dos direitos* da burguesia é atizada pela ideologia de lucro, tolerada socialmente e não punida pelos tribunais, no máximo com aplicação de sanções pecuniárias. Esse dualismo demonstra a conexão do sistema punitivo não com a *supressão* da criminalidade, mas com a sua *gestão diferencial*^{157/158}.

corps, du comportement, des aptitudes ouvrent le problème de ceux qui échappent à cette normativité qui n'est plus la souveraineté de la loi.” FOUCAULT, Michel. Les Anormaux. IN: **Dits et Écrits**...v.II.p.824.

¹⁵⁴“Ressalte-se que esta separação entre normais e anormais não situa estes fora do critério de sua separação, ao contrário, o anormal tem a mesma natureza do normal e a única diferença diz respeito à posição que ocupa em relação à norma.” BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...p. 106;

¹⁵⁵CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir...p.02.

¹⁵⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir....pp.02/03.

¹⁵⁷ “La prison crée et maintient une société de délinquants, le milieu, avec ses règles, sa solidarité, sa marque morale d’infamie. L’existence de cette minorité délinquante, loin d’être la mesure éclatante d’un échec, est très importante pour la structure du pouvoir de la classe dominante.

Sa première fonction est celle de disqualifier tous les actes illégaux qui sont regroupés sous une commune infamie morale. Il n’en allait pas ainsi auparavant: bon nombre des actes illégaux commis par le peuple étaient en réalité tolérés. Maintenant, ce n’est plus possible, le délinquant, fruit de la structure pénale, est d’abord un criminel comme quiconque enfreint la loi, pour quelque raison que ce soit. Ensuite on crée une structure intermédiaire dont se sert la classe dominante pour ses illégalismes: ces sont les délinquants, justement, qui la constituent.” FOUCAULT, Michel. La prison vue par un philosophe français. IN: **Dits et Écrits**...v.II.pp.729/730.

¹⁵⁸CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir...pp.02/03.

Se, antes, no período feudal e no proto-mercantilismo, a riqueza expressava seu valor pela posse de terras, especiarias, moedas e pedras preciosas, que poderiam ser objeto de negociação entre os indivíduos, ao final do século XVII a riqueza investe-se em um “*novo tipo de materialidade, não mais monetária, representada pelas mercadorias, pelos estoques, pelas máquinas, oficinas, matérias-primas e mercadorias a serem expedidas*”¹⁵⁹. Todo este valor acumulado expunha-se à degradação pela população despossuída, portanto, com vistas à proteção material da fortuna, era preciso instaurar mecanismos de controle¹⁶⁰.

A explicação para o motivo que levou a prisão de instituição marginal na sociedade feudal, com elevados custos e insuscetível de controle, ao centro do arquipélago carcerário e, por isso, à utilização extensiva e pulverizada do controle social, encontra-se na disciplina, aquela que se tornou, após Foucault, a *teoria materialista da ideologia* nas sociedades capitalistas¹⁶¹. A disciplina corresponde à verdadeira microfísica instituída para dominação dos corpos individuais (*unidades de capacidade produtiva*) dissociando-os da vontade pessoal do detentor de sua energia, o qual não terá mais controle sobre a sua utilização primária¹⁶². É na generalização das prisões como a forma punitiva mais comum que as estratégias de controle sobre o corpo e disciplinamento atingem seu nível mais bem acabado,

¹⁵⁹FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito....pp. 167/168.

¹⁶⁰FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...p.168.

¹⁶¹“Os princípios da Reforma do Direito Penal apontavam para uma individualização das penas em função de uma especificação dos crimes e do estabelecimento de um ‘quadro’ de correspondência entre ambos (crimes/penas). A punição seria tanto mais eficaz quanto mais e melhor conseguisse dar conta da particularidade dos crimes (com seus diferentes graus de gravidade), respondendo a eles com uma proporcionalidade das penas, estas também singularizadas. Enquanto o suplício, forma punitiva que antecedeu a reforma e foi o objeto maior de suas críticas, constituía-se numa pena uniforme, a forma punitiva proposta pelos reformadores tinha como fundamento a diversidade e a particularidade das penas.” FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...pp. 169/170.

¹⁶²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir...p.03.

sem que se precisassem excluir as pessoas que apresentassem potencial para normalização, porém fixar condutas e fixar os indivíduos¹⁶³

A burguesia ascendente, na verdade, não tinha interesse em si naqueles rotulados como criminosos, na sua retribuição penal ou na sua ressocialização e reforma, mesmo quando as teorizações criminológicas defendem alta carga de humanização das punições, porém interessava-se pelo conjunto de táticas e instrumentos por meio dos quais esses indivíduos seriam controlados, suas vidas esquadrihadas, seu tempo registrado e seu potencial produtivo utilizado, em outras palavras, na sua normalização dentro de um contexto político-econômico preciso¹⁶⁴.

A disciplina congrega elementos como **(1)** a justa distribuição dos corpos conforme funções predeterminadas¹⁶⁵, **(2)** o controle da atividade individual e suas energias, não mais no âmbito da liberdade do sujeito, mas reconstruída por funções dirigidas a fins, **(3)** o aprendizado e internalização daquelas funções, **(4)** utilização eficiente (gestão produtiva – sem desperdício) das forças corporais em aparelhos funcionais¹⁶⁶.

O dispositivo por excelência do poder disciplinar é o panóptico (pan-óptico – que tudo olha-, o “*Œuf du Colombo*” da política¹⁶⁷), concebido

¹⁶³ “*A fábrica não os exclui, mas os liga a um aparelho de produção. A escola não os exclui, mas os fixa a um aparelho de transmissão de saber. O hospital não os exclui, mas os liga a um aparelho de correção. E a prisão, para Foucault, é uma ‘forma concentrada, exemplar, simbólica de todas as instituições de seqüestro do século XIX’.* FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...pp. 168/1169.

¹⁶⁴ BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...pp.85/86 e 88.

¹⁶⁵ “*Le pouvoir politique, avant même d’agir sur idéologie, sur la conscience des personnes, s’exerce de façon beaucoup plus physique. La manière dont on leur impose des gestes, des attitudes, des usages, des répartitions dans l’espace, des modalités de logement, cette distribution physique, spatiale des gens appartient, me semble-t-il, à une technologie politique du corps.*” FOUCAULT, Michel. Prisons et asiles dans le mécanisme du pouvoir. IN: **Dits et Écrits**..v.II.p.523.

¹⁶⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir...p.03.

¹⁶⁷ “*Le principe étant: à la périphérie, un bâtiment en anneau; au centre, une tour; celle-ci est percée des larges fenêtres qui ouvrent sur la face intérieure de l’anneau. Le bâtiment périphérique est divisé en cellules, dont chacune traverse toute épaisseur du bâtiment. Ces cellules ont deux fenêtres: l’une, ouverte, vers l’intérieur, correspondant aux fenêtres de la tour; l’autre, donnant sur l’extérieur, permet à la lumière de traverser la cellule de part en part. Il suffit alors de placer un surveillant dans la tour centrale, et dans chque cellule d’enfermer un fou, un malade, un condamné, un ouvrier ou un écolier. Par l’effet du contre-jour, ou peut saisir de la tour, se découpant dans la lumière, les petites silhouettes captives dans les*

originalmente por Jeremy Bentham¹⁶⁸ na forma de uma construção em estrutura circular, no centro da qual existe uma torre de vigilância capaz de identificar e individuar cada um dos submetidos em seu anel exterior. Devido à consciência dos vigiados da constância da vigilância que sobre eles recai, esta se torna objetivamente desnecessária, assim, basta sua potencialidade a fim de permitir o exercício automático do controle e a internalização da sensação de controle na nova anatomia do poder¹⁶⁹.

Através do panóptico, em princípio, os indivíduos disciplinam-se por moto próprio em virtude da marca da onipresença no olhar do controle, que exige deles o adestramento e a correção permanentes. Desse modo, não é essencial o exercício da violência ou da força bruta para fazer funcionar o fluxo disciplinar: esta é a maior vitória desta tecnologia disciplinar, obtendo o máximo de utilidade com o menor gasto, exatamente na correlação *custo/benefício* característica do capitalismo¹⁷⁰.

A construção em forma de panóptico passou, aos poucos, a ser incorporado pelas diversas organizações da sociedade civil – como fábricas, escolas, hospitais e manicômios -, bem como pelas agências estatais – tribunais, quartéis e prisões¹⁷¹. O resultado é a estruturação de uma *sociedade disciplinar*, na qual os métodos da disciplina (*vigilância, sanção e exame*) são empregados no intuito de aumentar a força útil dos corpos em processos e complexos funcionais predeterminados, assim como diminuir sua força política (resistência), atuando

cellules de la périphérie. En somme, on inverse le principe du cachot; la pleine lumière et le regard d'un surveillant captent mieux que l'ombre, qui finalement protégeait." FOUCAULT, Michel. L'Œil du pouvoir. IN: **Dits et Écrits**...v.III. pp.190/191.

¹⁶⁸BENTHAM, Jeremy. *O panóptico*. Trad.: Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

¹⁶⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir...p.04.

¹⁷⁰POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder...p.193.

¹⁷¹ “*Les tribunaux, les prisons, les hôpitaux, les hôpitaux psychiatriques, la médecine du travail, les universités, les organismes de presse et d'information: à travers toutes ces institutions et sous des masques différents, une oppression s'exerce qui est à sa racine une oppression politique*”. FOUCAULT, Michel. Préface à Enquête dans vingt prisons. IN: **Dits et Écrits**...v.II. p.195.

automática e microfisicamente:; quer dizer, sua influência espraia-se em todos os rincões e recantos do corpo social¹⁷².

Deste modo, a prisão consiste no aparelho *jurídico-econômico* que cobra a *dívida do crime* pelo tempo de liberdade (a modulação equivalente da pena), assim como no aparelho *panóptico técnico-disciplinar* auxiliar da fábrica – instituição principal da sociedade capitalista - que exerce coerção sobre o condenado submetendo ao poder pelo trabalho para adestramento e isolando-o em um ambiente hostil, com conseqüente ruptura de suas relações horizontais, substituídas, então, por relações verticais de controle e vigilância¹⁷³.

O cárcere tem por objetivos ideológicos aparentes (*funções declaradas*) a repressão e a redução da criminalidade. Por meio dos *efeitos positivos* emanados pelos mecanismos de poder, estudados Foucault, desvendam-se os *objetivos reais* de repressão diferencial (*seletiva*) da criminalidade e a organização da delinquência, essa eficácia invertida que insere delinquentes ocasionais em carreiras criminosas permanentes (reincidência), como tática política de submissão e justificação retórica do controle¹⁷⁴. Os objetivos reais são a única explicação para a repropositura, reiteradamente por mais de duzentos anos, de um mesmo projeto fracassado – o *isomorfismo reformista* da prisão¹⁷⁵; na verdade, ela é um

¹⁷² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir...pp.04/05.

¹⁷³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir...p.05.

¹⁷⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir...pp.05/06.

¹⁷⁵ “(...) j’ai l’impression que les difficultés et contradictions que la pratique pénale a rencontrées au cours des deux derniers siècles n’ont jamais été réexaminées à fond. Et, depuis maintenant cent cinquante ans, ce sont exactement les mêmes notions, les mêmes thèmes, les mêmes reproches, les mêmes critiques, les mêmes exigences qui sont répétées, comme si rien n’avait changé, et, en un sens, en effet, rien n’a changé. À partir du moment où une institution qui présent tant d’incovénients, qui suscite tant de critiques ne donne lieu qu’à la répétition indéfinie des mêmes discours, le ‘bavardage’ est un symptôme sérieux. (...) Il faut distinguer différentes choses dans l’analyse d’une institution. Premièrement, ce qu’on pourrait appeler sa rationalité ou sa fin, c’est-à-dire les objectifs qu’elle se propose et les moyens dont elle dispose pour atteindre ces objectifs; c’est en somme le programme de l’institution tel qu’il a été défini: par exemple, les conceptions de Bentham concernant la prison. Deuxièmement, il y a la question des effets. Évidemment, les effets ne coïncident que très rarement avec la fin; ainsi l’objectif de la prison-coorection, de la prison comme moyen d’amendement de l’individu n’a pas été atteint: l’effet a été plutôt inverse, et la prison a plutôt reconduit les comportements de délinquance. Or lorsque l’effet ne coïncide pas avec la fin, il y a plusieurs possibilités: ou bien on réforme, ou bien on utilise ces effets à quelque chose qui n’était pas prévu au départ, mais qui peut parfaitement avoir un sens et une utilité.”

sucesso institucional se cotejados seus pretensos objetivos declarados por seus objetivos reais¹⁷⁶. Para os problemas práticos que ocasiona¹⁷⁷, a prisão tem sido ministrada como seu próprio remédio¹⁷⁸:

*“Desse modo, FOUCAULT insere o controle da criminalidade no horizonte político das lutas sociais, desde a **exploração legal do trabalho**, até o **regime de propriedade da terra**, fazendo pleno emprego de categorias marxistas: a **lei penal** é definida como **instrumento de classe**, produzida por uma classe para aplicação às classes inferiores; a **justiça penal** seria mecanismo de dominação de classe, caracterizado pela **gestão diferencial** das ilegalidades; a **prisão** seria o centro de uma estratégia de dissociação política da criminalidade, marcada pela **repressão da criminalidade das classes inferiores**, que constitui a delinquência convencional como **ilegalidade fechada, separada e útil**, e o delinquente comum como **sujeito patologizado**, por um lado, e pela **imunização** da criminalidade das elites de poder econômico e político, por outro lado. Assim, o reconhecido fracasso da prisão refere-se aos **objetivos ideológicos** de repressão da criminalidade e de correção do condenado,*

FOUCAULT, Michel. Qu'appelle-t-on punir?. IN: **Dits et Écrits**..v.IV.p.639.

¹⁷⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir...p.05.

¹⁷⁷“Simultaneamente ao surgimento da prisão, emergem as críticas que a denunciavam como um fracasso penal. Uma série dessas críticas, realizadas entre 1820 e 1845, é recuperada por Foucault: as prisões não diminuem a taxa de criminalidade, ainda que seu número tivesse aumentado e sua forma fosse transformada, a quantidade de crimes e de criminosos permaneceria estável; a detenção provoca reincidência, sendo possível se constatar este dado pelo número crescente de condenados que são antigos detentos; a prisão fabrica delinquentes, pelo tipo de existência que impõe aos detentos, expostos constantemente à corrupção, à exploração do trabalho penal; a prisão favorece a formação de um meio de delinquência em que os indivíduos são solidários entre si e em que estes se dispõem segundo uma hierarquia interna ao seu meio de delinquência; a prisão leva naturalmente à reincidência, devido às condições desfavoráveis reservada aos detentos libertados (vigiados pela polícia, tendo seus domicílios designados, com a dificuldade de conseguir trabalho); a prisão também fabrica indiretamente a delinquência, por fazer a família do detento cair na miséria.” FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito... pp. 170/171.

¹⁷⁸“E as respostas, daquela época e de hoje, consistem na proposta de reativação dos princípios da detenção: princípio da correção, pelo qual a detenção penal deve ter por função a transformação do comportamento dos detentos; o princípio da classificação, em que estes devem ser repartidos segundo critérios de idade, de gravidade do ato praticado, a fim de que as técnicas de correção lhe sejam aplicadas adequadamente; o princípio da modulação das penas, pelo qual a execução da pena de detenção deve ser modulada segundo a individualidade dos detentos, os progressos e as recaídas; o princípio do trabalho como obrigação e como direito, segundo o qual o trabalho deve ser uma das peças fundamentais da correção penitenciária, como instrumento de transformação e socialização; o princípio da educação penitenciária, em que a educação do detento aparece como uma precaução indispensável no interesse da sociedade e no processo de correção do detento; o princípio do controle técnico da detenção, pelo qual o controle da prisão deve ser atribuído a pessoas tecnicamente preparadas para esta função; **por fim, o princípio das instituições anexas, pelo qual o aprisionamento deve ser acompanhado por medidas de controle e assistência ao detento e à sua família, até sua completa reabilitação.**” (grifo nosso) FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...pp. 171/172.

*porque os **objetivos reais** de gestão diferencial da criminalidade constituem incontestável êxito histórico da prisão”¹⁷⁹.*

Portanto, a produção da delinquência pela gestão diferencial da criminalidade, ao mesmo tempo em que camufla a ilegalidade dos opressores, produz o crime como um jogo de forças, com espreque na posição de classe: se o juiz tivesse sido submetido à mesma rede de relações verticais de controle e disciplina que o acusado ao longo de sua vida, poderia estar sentado no lugar deste e vice-versa, em perspectiva que aproxima muito Foucault do *labeling approach*¹⁸⁰.

A disciplina encerra, com o fito de concretizar sua operacionalidade, *propostas arquitetônicas, funcionais e hierárquicas*¹⁸¹. Reunir as pessoas em um espaço heterogêneo, cada um em seu lugar e em cada lugar um indivíduo para evitar o desperdício da produção com vadiagem, ausências ou aglomerações inúteis, ao equacionar os exatos gestos e as distâncias, a cronometragem do tempo, a regularização da comunicação e a simplificação no interior da cadeia de trabalho, assim como ao punir os faltosos, normalizando-os e classificando-os por méritos e deméritos, em um quadriculamento meticuloso e insano¹⁸²¹⁸³.

A vinculação do poder disciplinar não apenas no interior das unidades celulares, ou na analítica do processo produtivo¹⁸⁴, mas também à individualidade

¹⁷⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir...p.06.

¹⁸⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir...pp.06/07.

¹⁸¹BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização....p.95.

¹⁸²BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização....pp.94/95.

¹⁸³ “*A chaque individu, sa place; et en chaque emplacement, un individu. Éviter les distributions par groupes; décomposer les implantations collectives; analyser les pluralités confuses, massives ou fuyantes. L’espace disciplinaire tend à se diviser en autant de parcelles qu’il y a de corps ou d’éléments à répartir. Il faut annuler les effets des répartitions indévisibles, la disparition incontrôlée des individus, leur circulation diffuse, leur coagulation inutilisable et dangereuse; tactique d’antidésertion, d’antivagabondage. d’antiagglomération. Il s’agit d’établir les présences et les absences, de savoir où et comment retrouver les individus, d’instaurer les communications utiles, d’interrompre les autres, de pouvoir à chaque instant surveiller la conduite de chacun, l’apprécier, la sanctionner, mesurer les qualités ou les mérites. Procédure donc, pour connaître, pour maîtriser et pour utiliser. La discipline organise un espace analytique.*” FOUCAULT, Michel. Surveiller et punir...p.168.

¹⁸⁴ “*Depuis des siècles règne toute une politique du corps. Le corps humain, en effet, a été, depuis les XVII et XVIII siècles, à la fois utilisé, quadrillé, enserré, encorseté comme force de travail. Cette politique consistait à en extraire le maximum de forces utilisables pour le travail, et le maximum de temps utilisable*

natural e orgânica presa nas engrenagens desta microcapilaridade social e corporal, é o que explica a exportação dos estratagemas disciplinares em direção aos ambientes não industriais¹⁸⁵.

O poder disciplinar, que se encontra igualmente nas periferias e depende da invisibilidade para atuar, por ser, de per si, inverificável, inverte os pólos da visibilidade e centralidade do poder soberano, no qual o monarca personificava a manifestação absoluta do poder descendente (de cima para baixo) e, assim, era o único centro.¹⁸⁶

A disciplina, ao mesmo tempo em que constitui um “infradireito”, por se prolongar nos pormenores dos indivíduos, igualmente seria uma forma de “contradireito”, pois possui um funcionamento próprio, a despeito daquele. Em outras palavras, o poder disciplinar não surge como prolongamento do Direito, mas contingencia este, transpassando-o ou antecipando-lhe novas regulações sociais¹⁸⁷. As instituições disciplinares realizam, pelo menos, três *funções de seqüestro*¹⁸⁸:

- i) Ocupar os indivíduos o tempo todo, seja com atividades de produção, seja com atividades de lazer, isto é, a aquisição completa do tempo do trabalhador;
- ii) Instituir a plurifuncionalidade, camuflada pela monofuncionalidade (embora aparentemente a fábrica sirva para produzir, a prisão corrigir, a escola instruir, o exército

pour la production. Actuellement, ce qui est mis en question, c'est ceci: 'va-t-on pouvoir ou non récupérer sons propre corps, et aussi le corps des autres – avec tous les rapports que cela implique – pour autre chose que cette utilisation de la force de travail.'. FOUCAULT, Michel. *Séxualité et politique*. IN: **Dits et Écrits**...v.II..p.537.

¹⁸⁵BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização..p.96.

¹⁸⁶POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder...p.191.

¹⁸⁷FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...pp. 186.

¹⁸⁸FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...p.167.

defender a soberania nacional etc.), controlando, direta ou indiretamente, toda a existência dos sujeitos;

- iii) Julgar e apreciar os comportamentos no seu interior, em um sistema de punições e recompensas, a fim de concretizar o controle total da existência e do tempo.

Todas as funções elencadas engendram um *continuum* disciplinar, difundindo seus efeitos das grandes instituições às práticas mais inocentes, ao menor ilegalismo, à mínima irregularidade, anomalia ou desvio. No que toca ao sistema penal, pode-se falar em um *continuum* carcerário, dos muros penitenciários, aos seus anexos, ao controle informal e, inclusive, à ameaça da delinquência ainda não externada¹⁸⁹.

Os diversos mecanismos de disciplina, que aumentam a produtividade e utilidade (aspecto da positividade¹⁹⁰) não apenas econômica, têm seu ponto de atuação nas minúcias e sutilezas (anatomia política do *detalhe* nos corpos capilarmente investidos de disciplina)¹⁹¹ manifesta-se por três principais métodos, explicitados abaixo.

¹⁸⁹FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...p.188.

¹⁹⁰Que não se confunde com o aspecto moral da positividade, isto é, os efeitos positivos na aplicação de técnicas disciplinares não geram necessariamente efeitos positivos de acordo com a moral.

¹⁹¹FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito. São Paulo...p.173.

a) Vigilância Hierárquica

Para atingir a articulação funcional dos corpos em sistemas produtivos, o primeiro método de que a disciplina necessita é *vigilância hierárquica*¹⁹², a qual congrega redes verticais de relações de controle sobre o corpo alheio, afeto a dispositivos que utilizam a lógica da técnica de observação (*obrigam pelo olhar*), estabelecendo uma completa visualização contínua do evoluir dos processos produtivos¹⁹³.

A *vigilância hierárquica* é a principal engrenagem da mecânica do poder disciplinar, propagando a disciplina para além dos limites das instituições fechadas, distribuindo infinitesimalmente o exercício automático e desindividualizado do poder, ao mesmo tempo em que individualiza aqueles submetidos, esquadrihados por sua complexa trama. Essa rede contínua e hierarquizada possui, em termos ilustrativos, forma piramidal (sem centro) ou de diagrama, como supôs Deleuze¹⁹⁴. Nenhum ponto deverá permanecer obscuro ao jogo dos olhares sobre a multiplicidade humana¹⁹⁵.

A sua extremação encontra-se no já tratado *panóptico*.

¹⁹² “L’exercice de la discipline suppose un dispositif qui contraigne par le jeu du regard; un appareil où les techniques qui permettent de voir induisent des effets de pouvoir, et où, en retour, les moyens de coercition rendent clairement visibles ceux sur qui ils s’appliquent. Lentement au cours de l’âge classique, on voit se construire ces ‘observatoires’ de la multiplicité humaine pour lesquels l’histoire des sciences a gardé si peu de louanges. A côté de la grande technologie des lunettes, des lentilles, des faisceaux lumineux qui a fait corps avec la fondation de la physique et de la cosmologie nouvelles, il y a eu les petites techniques des surveillances multiples et entrecroisées, des regards qui doivent voir sans être vus; un art obscur de la lumière et du visible a préparé en sourdine un savoir nouveau sur l’homme, à travers des techniques pour l’assujettir et des procédés pour l’utiliser”. FOUCAULT, Michel. Surveiller et punir...p.201.

¹⁹³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir...p.04.

¹⁹⁴ POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder...pp.192/193.

¹⁹⁵ FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...pp. 176/177.

b) Sanção Normalizadora

A *sanção normalizadora*¹⁹⁶ constitui uma verdadeira via de mão dupla, punindo e degradando os que desviam do padrão esperado, com vistas à diminuição dos prejuízos e através de micro-penalidades e, ao mesmo tempo, recompensando e promovendo o mérito dos eficientes¹⁹⁷.

Pode-se dizer que esse método de sancionar ao mesmo tempo em que se normaliza¹⁹⁸ atua como um mini-sistema penal de finalidade menos punitiva que corretiva, por razão das especificidades, méritos e virtualidades dos indivíduos.

A normalização atravessa todos os pontos da trama disciplinar complexa, para comparar, diferenciar e homogeneizar¹⁹⁹ e têm por alvo não delitos especificados por lei, mas pequenos desvio de normalização, como atrasos na rotina de trabalho, interrupções injustificadas, falta de zelo e cuidado ou qualquer outra inobservância aos regulamentos internos da corporação²⁰⁰.

Além disso, envolvem mais do que castigos, mas implicam a realização do hábito requerido e esperado e não concretizado pelo sancionado²⁰¹.

¹⁹⁶ “Mais la discipline porte avec elle une manière spécifique de punir, et qui n’est pas seulement un modèle réduit du tribunal. Ce qui relève de la pénalité disciplinaire, c’est l’inobservation, tout ce qui s’en éloigne, les écarts. Est pénalisable le domaine indéfini du non-conforme: (...) Le châtement disciplinaire a pour fonction de ‘reduire les écarts. Il doit être essentiellement correctif.” FOUCAULT, Michel. Surveiller et punir...pp.210/211.

¹⁹⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir....p.04.

¹⁹⁸ Essa sanção, a penalidade da norma, não se confunde com a penalidade judiciária (do direito), na verdade, ela se opõe a esta: “Enquanto a ‘penalidade da norma’ tomaria por referência um conjunto de fenômenos observáveis (atos, desempenhos, comportamentos singulares), a ‘penalidade judiciária’ tomaria um corpo de leis e de textos; enquanto a primeira teria por função diferenciar os indivíduos (diferenciá-los em função de uma regra interna ao conjunto de que fazem parte – a norma), a segunda teria por função especificar atos no interior de um certo número de categorias ilegais; enquanto a primeira teria por função hierarquizar em termos de valor as capacidades, a categoria e a natureza dos indivíduos, a segunda teria por função fazer funcionar pura e simplesmente uma oposição binária entre o permitido e o proibido; enquanto a ‘penalidade da norma’ teria o papel de homogeneizar (fazendo com que todos se pareçam segundo um padrão de normalidade), a ‘penalidade judiciária’ teria o papel de realizar a partilha, adquirida de uma vez por todas, da condenação”. FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...pp. 185/186.

¹⁹⁹ POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder...p.194.

²⁰⁰ FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito....p.177.

²⁰¹ FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...p.177.

c) Exame

O *exame*²⁰² conjuga a sanção e a vigilância para reconstituir a “individualidade” como efeito e objeto na rede das relações de poder e de saber (técnicas de correção)²⁰³. Comparar, avaliar, classificar, hierarquizar e excluir, por meio da normalização e utilizando-se da vigilância, para maximização das forças e da produtividade, reveste o conteúdo do exame, a articulação entre os dois métodos anteriores.²⁰⁴ O instrumento de exame realiza a perfeita articulação entre estratégias de poder e a formação de domínios claros de saber, na medida em que arquivava e registra as individualidades como se fossem “casos” a serem documentados e, ao mesmo tempo, constitui outras individualidades normalizadas - mais dóceis e úteis -, porém não autônomas²⁰⁵.

III. Biopoder e governamentalidade

O *biopoder* (ou *biopolítica*²⁰⁶), adaptando e complementando o poder disciplinar, bem como se sobrepondo a ele²⁰⁷, manifesta-se sobremaneira em

²⁰² “L’examen combine les techniques de la hiérarchie qui surveille et celles de la sanction qui normalise. Il est un regard normalisateur, une surveillance qui permet de qualifier, de classer et de punir. Il établit sur les individus une visibilité à travers laquelle on les différencie et on les sanctionne. C’est pourquoi, dans tous les dispositifs de discipline, l’examen est hautement ritualisé. En lui viennent se rejoindre la cérémonie du pouvoir et la forme de l’expérience, le déploiement de la force et l’établissement de la vérité. Au cœur des procédures de discipline, il manifeste l’assujettissement de ceux qui sont perçus comme des objets et l’objectivation de ceux qui sont assujettis. La superposition des rapports de pouvoir et des relations de savoir prend dans l’examen tout son éclat visible”. FOUCAULT, Michel. Surveiller et punir...p.217.

²⁰³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir...p.04.

²⁰⁴ POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder...pp.194/195.

²⁰⁵ FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...p.179.

²⁰⁶ “Le thème retenu était donc la ‘biopolitique’: j’entendais par là la manière dont on a essayé, depuis le XVIII^e siècle, de rationaliser les problèmes posés à la pratique gouvernementale par les phénomènes propres à un ensemble vivants constitués en population: santé, hygiène, natalité, longévité, races...” FOUCAULT, Michel. Naissance de la biopolitique. IN: *Dits et Écrits*...v.III.p.818.

²⁰⁷ “Poder disciplinar e biopoder, afinal, sobrepõem-se e superpõem-se constante e incessantemente. O melhor exemplo que Foucault fornece dessa espécie de acoplamento entre as duas modalidades de poder é

sociedades de normalização: em outro nível de técnicas e instrumentos contemporâneos dos processos disciplinares, ele não visa à docilização dos corpos individuados e à maximização das forças úteis, mas a afetar à população como um todo, suas vidas e demais processos de natalidade, longevidade e mortalidade, enfim, possui o aspecto da massificação.²⁰⁸

Por intervir nos processos e fenômenos coletivos (e não nos corpos singulares), o biopoder cria mecanismos reguladores - como de previdência, seguridade e higiene pública - e produz saber (geralmente estatístico e biológico) para otimização da vida, operando com noções de *cidade* e *população* que nem o poder soberano, tampouco o poder disciplinar logravam tratar²⁰⁹. Contudo, exerce também um controle limitativo da qualidade de vida²¹⁰, semelhante a um poder de polícia, através da mencionada *regulamentação*²¹¹.

O elemento ambivalente de conexão entre o poder disciplinar e o biopoder, entre disciplina e regulamentação, entre indivíduo e sociedade, entre a sociedade disciplinar e a sociedade de normalização, entre o corpo e a vida, entre a individuação e a massificação, é a *norma*²¹², a qual permite, logo, traçar a linha da

dado pelo tema da sexualidade. De acordo com Foucault, a sexualidade se tornou um campo de importância estratégica no século XIX justamente porque dependia, simultaneamente, de processos disciplinares e biológicos, individualizantes e massificantes, controladores e regulamentadores... enfim, a sexualidade se situa exatamente entre os corpos dos indivíduos singulares e a unidade múltipla da população. No campo do saber produzido em conjunto pela fusão entre as mecânicas disciplinares e biopolíticas do poder, Foucault nos dá o exemplo da Medicina como um tipo de poder-saber que incide concomitantemente sobre os corpos individuais e sobre a população. A Medicina, portanto, assim como a sexualidade, possui tanto efeitos disciplinares como efeitos regulamentadores.”(POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder....p.197).

²⁰⁸POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder...p.196.

²⁰⁹POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder...p.196.

²¹⁰“D’une façon plus précise et plus localisée, les nécessités de l’hygiène appellent une intervention médicale autoritaire sur ce qui passe pour foyer privilégié de maladies: les prisons, les bateaux, les installations portuaires, les hôpitaux généraux où se rencontraient les vagabonds, les mendiants, les invalides, les hôpitaux eux-mêmes dont l’encadrement médical est la plupart du temps insuffisant, et qui avivent ou compliquent les maladies des patients quand ils ne diffusent pas à l’extérieur des germes pathologiques. On isole donc le système urbain des régions à médicaliser d’urgence et qui doivent constituer autant de points d’application à l’exercice d’un pouvoir médical intensifié.” FOUCAULT, Michel. La politique de la santé au XVIII^e siècle. IN: **Dits et Écrits**...v.III.p.22.

²¹¹POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder...p.196.

²¹²POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder...p.197.

normalidade e da anormalidade, optando pela normalização (colocação no estado de normal) desta última²¹³. Esse ponto inflexional, a *norma*, “*compreende um domínio de estados e situações que permitem a concretização de tecnologias positivas de poder, características das sociedades modernas*” (constituídas a partir das Revoluções Burguesas ao final do século XVIII em diante)²¹⁴.

Os estudos de Foucault sobre o biopoder completam aqueles que lançaram as bases para desvelar as práticas disciplinares em diversas instituições sociais (exército, oficinas, conventos e prisões) e focam na manifestação mais sutil, porém não menos efetiva de poder, de utilização principalmente por parte do Estado – *governamentalidade* –, com objetivo de controlar a vida e morte coletivamente, ou seja, obter o controle e normalização em massa de *fazer viver* ou *deixar morrer*²¹⁵. A biopolítica, neste ponto, inverte o sinal da antiga teoria política da soberania absoluta do monarca, o qual poderia controlar a vida somente por meio do seu poder de ordenar a morte dos súditos, ou seja, a revigoração da *patria potestas* do Direito Romano²¹⁶. Esse poder, assimétrico daquele anterior de *matar* ou *deixar viver*, surge pelo processo lento de intensificação e, posterior, apropriação por parte dos órgãos da burocracia estatal das práticas disciplinares hipostasiadas na segunda metade do século XVIII e início do século XIX²¹⁷, e com ascendência atávica das *lettres de cachet*²¹⁸ da França real, anunciado a sociedade

²¹³BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...pp.105/106.

²¹⁴FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...p.91.

²¹⁵BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...pp.90/91 e 100.

²¹⁶FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...p.199.

²¹⁷BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...pp.100/101.

²¹⁸“*As lettres de cachets, surgidas na França do século XVIII, eram cartas escritas por ordem real, referendadas por um Secretário de Estado e lacradas com o selo do rei, que determinavam o confinamento administrativo e, conseqüentemente, a intervenção do poder do Estado ainda que monárquico na vida íntima das famílias. Este mecanismo não era uma lei ou decreto, mas uma ordem real que recaía sobre um indivíduo para obrigá-lo a fazer alguma coisa, que poderia ser desde o casamento até o confinamento. (...)*

Deste modo, as lettres de cachet eram emitidas pelo rei para vigiar, controlar as famílias e também em última instância para intervir diretamente na organização da sociedade, o que denota tanto a sua atuação em nível disciplinar ao determinar o confinamento, quanto em nível biopolítico ao transformar os problemas do âmbito privado em problemas públicos ou atinentes a toda sociedade”. BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...pp.104/105.

panóptica normalizadora como uma grande instituição de seqüestro que cerca a todos, agora com medidas de gestão da vida que investem sobre a sua potencialidade vital e seus fenômenos²¹⁹.

Para além, portanto, das técnicas de controle de corpos e gestos para obter-se o adestramento produtivo, pelos biopoderes o Estado logra pôr em mira a duração, extensão, forma, intensidade, enfim, a estatística dos índices de natalidade, fecundidade e mortalidade (suas causas, efeitos e tendências – as *curvas de normalidade*), doenças endêmicas e epidêmicas, higiene pública, estatísticas de acidentes de trabalho, taxa de ocupação, desemprego e urbanização, dentre outros, produzindo novos e mais burilados saberes com aparência de “verdade científica” de modo a atuar, intervir e controlar contingentes populacionais consideráveis como a polícia administrativa²²⁰, a seguridade social, regulamentação da ocupação urbanística e dos limites de construções e edificações, a desritualização da morte²²¹ e a captação de poupanças e sua securitização²²².

A *biopolítica* instaura uma *arte de governar* (ou *governamentalidade*²²³) que não impõe propriamente a exclusão ou a disciplina, mas estabelece um

²¹⁹BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...pp.98 e 107. Também: FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...p.200.

²²⁰“Daí que, concretamente, a polícia vai se ocupar do número dos indivíduos (a força de um Estado depende do número de seus habitantes), das necessidades da vida (não basta ao Estado ser habitado, é preciso assegurar a sobrevivência de seus habitantes), dos problemas ligados à saúde (o ar, a organização do espaço urbano, a água, as doenças), dos problemas ligados à pobreza (os tipos de atividades, a assistência aos inválidos, etc.), por fim, da circulação (o comércio das mercadorias, as estradas, a navegabilidade dos rios, os movimentos dos homens no interior do Estado).” FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...p.223.

²²¹“Sabe-se que desde o século XVIII o mundo ocidental assiste à progressiva desritualização da morte, que deixou de ser objeto de cerimônias brilhantes e freqüentadas por toda a sociedade e passou a ser ocultada e celebrada por rituais privados, simplórios e breves. Assiste-se, então, a um paulatino desinteresse do poder sobre a morte e um deixar morrer e uma preocupação exacerbada com a vida ou com o fazer viver” BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...p.104.

²²²BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...pp.92 e 102/103.

²²³“Par gouvernementalité, j’entends l’ensemble constitué par les institutions, les procédures, analyses et réflexions, les calculs et les lactiques qui permettet d’exercer cette forme bien spécifique, bien que complexe, de pouvoir, qui a pour cible principale la population, pour forme majeure de savoir, l’économie politique, pour instrument technique essentiel les dispositifs de sécurité. Deuxièmement, par

governo sobre grupos de indivíduos que componham uma população, bem como estipula *mecanismos de segurança* que atuam na regularidade de seus *processos biológicos e fisiológicos*²²⁴.

Aqueles mencionados *mecanismos de segurança*, que trabalham com estatísticas da previsibilidade de riscos²²⁵, ilustram a guerra interna – não aquela descrita pelos teóricos da guerra como Maquiavel ou Hobbes – em “*defesa da sociedade*” contra os perigos que surjam do seu próprio corpo, de corpos estranhos que representam risco à ordem constituída, isto é, que se distanciam da norma desta sociedade e, por isso, devam ser (re)conduzidos à ela²²⁶. O biopoder poderia ser cotejado com o *poder pastoral*, o qual intervém na condução cotidiana das vidas, gestiona a sua normalidade, dirige e regulamenta, para levar os homens a um estado último de salvação, coletiva ou individual. Contudo, embora a origem comum, ele não se preocupa mais com a transcendentalidade, mas com a sua prática ditada pela razão governamental²²⁷.

O biopoder não pretere a imbricação do poder-saber: por exemplo, o que se entende por sexualidade nada mais é do que o resultado de uma vontade de saber sobre o sexo, a partir de uma pretensa necessidade científica²²⁸. Se as civilizações antigas trataram do erotismo como uma arte ou como prazer²²⁹, a religiosidade medieval a proscreeu como pecado, a sociedade atual a trata como

‘gouvernementalité’, j’entends la tendance, la ligne de force que, dans tout l’Occident, n’a pas cessé de conduire, et depuis fort longtemps, vers la prééminence de ce type de pouvoir qu’on peut appeler le ‘gouvernement’ sur tous les autres: souveraineté, discipline; ce qui a amené, d’une part, le développement de toute une série d’appareils spécifiques de gouvernement et, d’autre part, le développement de toute une série de savoirs. Enfin, par gouvernementalité, je crois qu’il faudrait entendre le processus ou, plutôt, le résultat du processus par lequel l’État de justice du Moyen Âge, devenu aux XV^e et XVI^e siècles État administratif, s’est trouvé petit à petit ‘gouvernementalisé’”. FOUCAULT, Michel. La “Gouvernementalité”. IN: **Dits et Écrits**...v.III.p.655.

²²⁴FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...p.193.

²²⁵Verificar Quarto Capítulo, Item III, sobre a criminologia atuarial, que atua uma biopolítica.

²²⁶FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...pp.206/207 e 217.

²²⁷FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...pp.220/222.

²²⁸FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...p.198.

²²⁹FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...p.199.

gestão de vidas²³⁰. A maneira como as pessoas lidam com a própria sexualidade influencia nas *curvas de normalidade* que se espera a respeito do número de nascimentos, da morbidez fetal, quer dizer, o sexo representou uma das primeiras preocupações da biopolítica – de teóricos estatais eugenistas, racistas e social-darwinistas²³¹, e a família, constituída precipuamente pela sexualidade, adquire, a partir daquele momento, fundamental importância²³².

Uma síntese diagramática da cadeia do poder disciplinar seria “*corpo – organismo - disciplina – instituições*”, ao passo que o biopoder configurar-se-ia da seguinte forma “*população – processos biológicos – mecanismos regularizadores ou regulamentadores – Estado*”²³³.

²³⁰ “Gérer la population ne veut pas dire gérer simplement la masse collective des phénomènes ou les gérer simplement au niveau de leurs résultats globaux; gérer la population, ça veut dire la gérer également en profondeur, en finesse et dans le détail.” FOUCAULT, Michel. La “Gouvernementalité”. IN: **Dits et Écrits**...v.III..p.654.

²³¹ FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...pp.201/202.

²³² “En revanche, ce qui va apparaître à ce moment-là, c’est la famille comme élément à l’intérieur de la population et comme relais fondamental de son gouvernement. Autrement dit, l’art de gouverner, jusqu’à la problématique de la population, ne pouvait se penser qu’à partir du modèle de la famille, à partir de l’économie entendue comme gestion de la famille. À partir du moment, au contraire, où la population va apparaître comme étant absolument irréductible à la famille, du coup cette dernière passe au second plan par rapport à la population; elle apparaît comme élément à l’intérieur de la population. Elle n’est donc plus un modèle; elle est un segment, segment simplement privilégié parce que, lorsqu’on voudra obtenir quelque chose de la population quant au comportement sexuel, quant à la démographie, au nombre des enfants, quant à la consommation, c’est bien par la famille qu’il faudra passer.” FOUCAULT, Michel. La “Gouvernementalité”. IN: **Dits et Écrits**...v.III.pp.651/652.

²³³ FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...p.211.

TERCEIRO CAPÍTULO

SUBSTITUTIVOS PENAIIS: HISTÓRIA, ESPÉCIES NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA E BRASILEIRA

I. SUBSTITUTIVOS PENAIIS: PERSPECTIVA HISTÓRICA E FORMAÇÃO DOS GRANDES SISTEMAS CONTEMPORÂNEOS

Enrico Ferri (1856-1929), um dos nomes mais conhecidos da Escola Positivista²³⁴, foi quem cunhou o termo *substitutivo penal* (*sostituto penale*)²³⁵ para ser empregado pela sociologia criminal positivista de vertente *defensionista*²³⁶, contrapondo-o ao chamado sub-rogado penal da Escola Clássica²³⁷.

Para a Escola Clássica, que acreditava na irrefragabilidade/irrenunciabilidade da sanção criminal como consequência lógico-jurídica do delito (ato de livre vontade), hipóteses diversificadoras da política criminal, caso aceitas, aplicar-se-iam a despeito da pena – tais como o *perdão judicial*, *graça*, *indulto* etc. -, representando verdadeira renúncia ao *ius puniendi* estatal, vez que não haveria punição (retribuição). Por outro lado, para os positivistas, inclinados a aceitar o determinismo biológico²³⁸ e/ou sociológico²³⁹ na formação da *ontologia* criminal, os *substitutivos penais*, ao retirarem a função expiatória da pena, introduziriam uma nova forma de sanção mais adequada à

²³⁴Outros são Cesare Lombroso (1835-1909) e Rafael Garofalo (1851-1934), seus antecessores.

²³⁵FERRI, Ferri. Sociologia Criminale. Vol II, nº 68, 5ª Ed. Torino: UTET, 1930, pp. 262 e ss.

²³⁶Como meio de defesa da sociedade no combate ao crime buscava-se a eficiência das técnicas de controle e alternativas viáveis.

²³⁷Representada, na esteira da filosofia jusnaturalista *kantiana* e *hegeliana*, dentre outros, por Cesare de Beccaria (1738-1794), Gaetano Filangieri (1752-1788), Gian Domenico Romagnosi (1761-1835), Giovanni Carmignani (1768-1847), Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1804-1872) e Francesco Carrara (1805-1888).

²³⁸Defeitos de caracteres físicos, fisiológicos ou psicológicos determinariam a prática delitiva.

²³⁹O meio social provocaria inevitavelmente o crime, incorrendo esta teoria no erro de relacionar, iterativamente, pobreza com criminalidade.

segurança social e à prevenção do crime, quando o prognose de periculosidade do agente fosse favorável e as demais condições empíricas do cometimento do reato aconselhassem a substituição pretendida²⁴⁰.

Contudo, mesmo com o rechaço dos pressupostos da teoria original de Ferri, o termo **substitutivo penal** restou consagrado na literatura penal contemporânea, utilizado por penalistas como Cuello Calón²⁴¹ e, mais recentemente no Brasil, por Cirino dos Santos²⁴², embora parte da doutrina rejeite esta denominação, sem, contudo, diferir significativamente em suas características genéricas, identificando-os como hipóteses diversas de *direito público subjetivo do réu*²⁴³.

Independentemente da nomenclatura que pareça mais apropriada, diz-se que a origem dos institutos englobados no **gênero substitutivo penal** remonta ao direito romano e medieval. Em tempos da experiência jurídica quiritária, ao pretor era conferida a possibilidade de substituir a pena de fustigação (corporal) pela *severa interlocutio* (admoestação judicial), porém somente nos crimes de incêndio negligente²⁴⁴, nos termos prescritos pelo jurisconsulto Paulus: “*aut fustibus castigat eos qui negligentius ignem habuerunt, aut severa interlocutione comminatus fustum castigationem remittit*”²⁴⁵.

²⁴⁰LYRA, Roberto. Comentário ao Código Penal. Vol. II (arts. 28 a 74). 2ª Ed. - Rio de Janeiro: Forense. pp. 474/475.

²⁴¹CUELLO CALÓN, Eugenio. La moderna penología. Vol. 1. – Barcelona: Bosch, 1958. p. 628.

²⁴²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal... p. 255.

²⁴³O reconhecimento da natureza jurídica de direito público subjetivo do acusado impede posições repressivas que vinculam o recurso aos substitutivos penais ao âmbito de discricionariedade do juiz (suspensão condicional da pena), do administrador penitenciário na avaliação do bom comportamento (livramento condicional) ou do Ministério Público (na proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo). [Por todos: BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, volume 1. 9ª Ed. – São Paulo, Saraiva, 2004. pp. 678/679]. Assim, se presentes os pressupostos ou requisitos objetivos e subjetivos, deve ser o substitutivo concedido. Na prática, porém, mesmo em se admitindo essa posição mais democrática e condizente com as garantias constitucionais, a teoria crítica verifica que existe ainda discricionariedade na avaliação daqueles requisitos. Vide Quarto Capítulo, itens I e II, adiante.

²⁴⁴SALES, José Luis. Da Suspensão Condicional da Pena. - Rio de Janeiro: Forense, 1945. p.36.

²⁴⁵AULER, Hugo. Suspensão Condicional da Execução da Pena. – Rio de Janeiro: Forense, 1957. pp.5/6.

A censura praticada pelos pretores foi acolhida no Direito Canônico sob o nome de *monitio canonica*²⁴⁶, por meio da qual os juízes eclesiásticos, albergados pela condição de legados do Santo Pontífice, podiam suspender todas as penas impostas, fossem temporais ou espirituais, aos condenados que lhes implorassem perdão, sob a condição de não reincidirem nos mesmos crimes (*absolutionem ad reincidentiam sub conditionem*)²⁴⁷. O fundamento desse poder derivava também do direito consuetudinário dos povos germânicos que haviam se cristianizado, como a *caução de boa conduta*, prática franco-carolíngia do século XIII²⁴⁸.

Há quem diga, inclusive, que o gérmen dos ***substitutivos penais*** encontra-se no Evangelho de São Mateus, em palavras ditas por Jesus Cristo aos apóstolos²⁴⁹. Entretanto, em que pese possuírem algumas características que lembrem os atuais ***substitutivos penais*** (e.g. suspensão condicional da pena ou o livramento condicional), os seus fundamentos ideológicos e políticos, à época, destoavam completamente, uma vez que somente com a Revolução Industrial, do último quartel do século XVIII, surgiu a pena de prisão²⁵⁰ - de confinamento individual. Anteriormente a prisão não se destinava ao efetivo cumprimento das penas, servia apenas para a *custódia* dos processados ou condenados²⁵¹, em aguardo do julgamento inquisitorial ou da execução das respectivas penas corporais²⁵².

²⁴⁶ Cãnone nº 2.288 do Cod. Juris Canonici: “*Exceptis poenis degradationis, depositionis, privationis officii aut beneficii, et nisi urgeat necessitas reparandi scandalum prudente indicis remittitur, si querit, poenae ordinarie per sententiam condemnatoriam in fictae executionem suspendere, ea tomem conditione ut, si reus intra proximum triennium aliud delictum eiusdem vel alterius generis commiserit, poenam utrique delicto debitam luat.*”

²⁴⁷ AULER, Hugo. Suspensão Condicional da Execução da Pena... p.6.

²⁴⁸ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena. – Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 203.

²⁴⁹ MENDES, Cândido. As Novas Reformas Penais. – Rio de Janeiro, 1931. p.16.

²⁵⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.489 e ss.

²⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão – causas e alternativas. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. pp. 11 e ss.

²⁵² Exemplo clássico do espetáculo público a que eram submetidos os corpos supliciados foi o de Robert-François Damiens, parricida condenado à morte por desmembramento em 02 de março de 1757. FOUCAULT, Michel. Surveiller et punir... pp. 9 e ss.

Dessa forma, a origem moderna dos *substitutivos penais* pode ser identificada nas práticas operadas nas *Reformations and Industrial Schools* do Estado norte-americano de Massachusetts, a partir de 1869²⁵³, para onde eram recolhidos os jovens infratores não-reincidentes oriundos de lares desorganizados, de modo a regenerá-los pela vigilância constante da administração pública educacional e evitar que trilhassem o caminho irreversível e promíscuo das prisões, com seus efeitos deletérios²⁵⁴.

Em 1878 esta prática estendeu-se também a adultos considerados não perigosos, com a instituição do *Probation Office For Adults*, tornando-se obrigatório em todos os condados de Massachusetts em 1891, e paulatinamente, em todos os Estados Unidos²⁵⁵. Aproximadamente na mesma época, na Inglaterra, desde o ano de 1847, existia o *Juvenile Offenders Act*, facultando aos juízes omitir a condenação para declarar sumariamente a culpa, substituindo as penas corporais por simples admoestação ou pena de multa aos menores primários²⁵⁶.

Aquela legislação original foi aperfeiçoada pelo *Summary Jurisdiction Act* (1879) - que determinou o ônus de o infrator suportar as custas processuais e ter a condenação suspensa, caso sua personalidade sugerisse que não voltaria a delinquir -, pelo *Probation of First Offenders Act* (1886) - o qual estendeu o benefício legal a todos os delitos cuja pena máxima não passasse de dois anos de prisão – e, finalmente, pelo *Probation of Offenders Act* (1907), que uniformizou a disciplina em todo o Reino Unido²⁵⁷.

Ao final, portanto, foram delimitados os contornos do *probation system*, próprio da *Common Law*, no qual o processo é suspenso após a formação judicial da culpa; todavia, sem condenação nem fixação de pena, pode o processo ser novamente retomado ou definitivamente extinto, condicionado que está à boa

²⁵³ AULER, Hugo. Suspensão Condicional da Execução da Pena... p.7.

²⁵⁴ AULER, Hugo. Suspensão Condicional da Execução da Pena... p.7. Também: SALES, José Luis. Da Suspensão Condicional da Pena... p.37/38.

²⁵⁵ AULER, Hugo. Suspensão Condicional da Execução da Pena... p.7.

²⁵⁶ AULER, Hugo. Suspensão Condicional da Execução da Pena... p.8.

²⁵⁷ AULER, Hugo. Suspensão Condicional da Execução da Pena... p.8.

conduta do infrator, vigiada de perto por agentes estatais oficiais (*probation officers*) durante todo o período de prova²⁵⁸.

Ao lado do sistema anglo-saxão de *condenação condicional*, formou-se o sistema franco-belga de suspensão condicional da pena (*sursis*). O *sursis* nasceu em 1884 com o projeto-de-lei do senador francês Béranger, cujo esboço foi adotado primeiramente na Bélgica por ordem do primeiro-ministro Jules Le Jeune, em 1888, e, em seguida, pela *Loi Béranger* de 1891 na França²⁵⁹. Os franceses previram, ainda, a hipótese de renúncia à persecução penal, isto é, a suspensão do próprio processo (*sursis à la poursuite*), que permaneceu no ostracismo, sem muitos efeitos práticos²⁶⁰.

Não demorou a que outros países europeus importassem a astuciosa idéia contra aquilo que os franceses reputavam seu maior mérito – combater o flagelo da reincidência (*le fléau de la récidive*): Portugal (1893), Noruega (1894), Itália e Bulgária (1904), Dinamarca e Holanda (1905), Suécia (1906), Espanha (1908), Grécia (1911), Finlândia (1918) e Áustria (1920)²⁶¹. Semelhantes dispositivos foram também consagrados ao redor do mundo: Rússia e Argentina (1906), Japão (1905), China (1912), Brasil (1924), Chile (1926) e Cuba (1938)²⁶².

As linhas gerais do sistema franco-belga, que o distinguem do seu correlato anglo-saxão, consistem em que, se o indivíduo sem antecedentes comete delito de natureza leve e resta demonstrada sua baixa culpabilidade, ele é condenado, contudo a execução da pena é fundamentadamente suspensa na própria sentença, prevendo um período de prova (*sursis avec mise à l'épreuve*), ao final do qual, se cumpridas todas as condições legais e judiciais, resulta extinto o

²⁵⁸PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 5ª Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.p.691

²⁵⁹AULER, Hugo. Suspensão Condicional da Execução da Pena...pp.8/9.

²⁶⁰Porém a idéia foi utilizada no Brasil como base para a suspensão condicional do processo (art. 89, e parágrafos, da Lei nº 9.099/95).

²⁶¹BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral... p. 675.

²⁶²AULER, Hugo. Suspensão Condicional da Execução da Pena... pp.13/15.

direito estatal de executar a pena. Se revogado o benefício, o sentenciado terá de cumprir a pena²⁶³.

Igualmente existiu por um tempo um sistema híbrido na Alemanha da *graça condicional - bedingte Begnadigung* – surgido na Saxônia em 1895 para servir de substitutivo para penas privativas de liberdade de curta duração - *Ersatz kurzzeiteger Freiheitstrafen* -, o qual, por um lado, aproximava-se do sistema da *probation* quanto ao afastamento da condenação, porém exibia caracteres próprios do sistema do *sursis* ao apurar definitivamente a responsabilidade em sentença e suspender a execução da pena; em qualquer caso, havia o interstício de um período de prova como nos demais. Distinto dos outros dois, contudo, o sistema da *graça condicional* exigia que o magistrado fixasse de antemão, mesmo preterindo o decreto condenatório, o *quantum* da sanção penal e sujeitava a fiscalização do período de prova à palavra do Chefe de Estado, que poderia ampliar a *graça*, se houvesse atestado de boa conduta²⁶⁴.

Gradativamente a *bedingte Begnadigung* foi sendo modificada, avizinhandose do sistema franco-belga, com a inclusão no Código Penal do III Reich da *Strafaussetzung zur Bewährung* (suspensão da pena com submissão à vigilância) ao lado da *Warnung mit Strafvorbehalt* (admoestação judicial com reserva de pena)²⁶⁵.

²⁶³SALES, José Luis. Da Suspensão Condicional da Pena... p.44/45.

²⁶⁴LYRA, Roberto. Comentário ao Código Penal. Vol. II... pp. 472/473. Também: AULER, Hugo. Suspensão Condicional da Execução da Pena... p.91.

²⁶⁵AULER, Hugo. Suspensão Condicional da Execução da Pena... pp.11/12.

II. SUBSTITUTIVOS PENAIIS: DIREITO COMPARADO

Estabelecidos os delineamentos básicos e os institutos predecessores de cada um dos grandes sistemas contemporâneos de *substitutivos penais*, passa-se ao estudo comparativo das principais variações mundiais, sem pretensão de exaustão do conteúdo. A análise histórica e comparada possibilita a realização da *arqueologia* do conhecimento acerca do tema.

II.1 Portugal

O Direito Penal luso combina elementos dos dois principais sistemas, inclinando-se mais, todavia, ao sistema franco-belga. Em primeiro lugar, a doutrina portuguesa faz diferenciação entre a pena de multa (pena alternativa por natureza, ainda inserida no elenco das “penas principais”) e as demais “penas de substituição”²⁶⁶: em sentido próprio, detentivas e o regime de prova²⁶⁷.

Entre as penas de substituição em sentido próprio encontra-se a pena de suspensão de execução da prisão, amplamente considerada a mais importante e com o maior âmbito de aplicação pelos tribunais portugueses²⁶⁸. Ela alia o típico modelo do *sursis* tradicional com a supervisão levada a cabo pelos agentes sociais encarregados da socialização da medida (inserindo um elemento específico da *probation*: a presença dos *probation officers*)²⁶⁹.

Possui como principais pressupostos a pena de prisão não superior a três anos conjuntamente com a prognose favorável com relação ao comportamento futuro do autor (artigos 48 e 49 do CP português). Sua aplicação pode vir acompanhada ou não de imposição de deveres (pagar indenização devida ou

²⁶⁶ Ao utilizar-se da nomenclatura “penas de substituição” já se percebe que a literatura jurídico-penal portuguesa considera expressamente que os substitutivos penais conservam o caráter de pena sancionatória.

²⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Português: Parte Geral II... pp. 334/337.

²⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Português: Parte Geral II... pp. 337/338.

²⁶⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Português: Parte Geral II... pp. 339/341.

satisfação moral ao lesado). O período de suspensão varia de um a cinco anos, o qual pode ser prorrogado pelo descumprimento das condições impostas ou terminantemente extinto, quando cumpridas satisfatoriamente²⁷⁰.

Ainda entre as penas de substituição em sentido próprio foi prevista a pena de admoestação (semelhante à *Warnung mit Strafvorbehalt* alemã), consistente em uma censura oral feita em audiência pelo magistrado, condicionada à prévia reparação do dano e a uma pena não superior a três meses (ou pena de multa não superior a 180 dias-multa, conforme o artigo 59 do Código Penal português)²⁷¹. No tocante às penas de substituição detentivas, muito se questiona sua verdadeira natureza de substituição, haja vista que instituem simplesmente um regime semidetentivo de prisão descontínua ou prisão por dias livres²⁷².

Por fim, o regime de prova muito se assemelha à *probation* anglo-saxã, suspendendo-se condicionalmente a condenação – e, conseqüentemente, o processo - após a declaração de culpabilidade, em penas não superiores a três anos e em caráter subsidiário à suspensão de execução da prisão, à qual atribui-se a preferência legal²⁷³.

II.II Espanha

Na Espanha adota-se quase que exclusivamente o sistema franco-belga, com previsão de três espécies de ***substitutivos penais*** - *alternativas a la privación de libertad*: a suspensão da execução (*suspensión de la ejecución*), também

²⁷⁰DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Português: Parte Geral II... pp. 341/358.

²⁷¹DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Português: Parte Geral II... pp. 384/388.

²⁷²DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Português: Parte Geral II... pp. 390/397.

²⁷³DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Português: Parte Geral II... pp. 397/407.

chamada de *condena condicional*²⁷⁴, a substituição da prisão (*sustitución de la pena impuesta*) e a liberdade condicional (*libertad condicional*)²⁷⁵.

A suspensão da execução, regulada pelo art. 80 e seguintes do Código Penal espanhol, aplica-se aos condenados a penas não superiores a dois anos, suspendendo-se a execução durante um prazo de dois a cinco anos – três meses a um ano para penas leves²⁷⁶, prazo esse que pode ser dispensado se o réu estiver acometido de grave doença. Considera-se que a decisão é uma faculdade discricionária do juiz, principalmente em se tratando de réus reincidentes. A principal condição é não voltar a delinquir, podendo ser acrescidas outras, como a proibição de freqüentar determinados lugares, comparecer em juízo e participar de programas formativos²⁷⁷.

Especificamente quanto aos toxicômanos, se o delito for cometido sob efeito de estupefacientes, permite-se a suspensão de penas de até três anos, mediante o comparecimento a centros de reabilitação para dependência química. De qualquer modo, aqueles se sujeitam aos mesmos requisitos de revogação, caso descumpridas as obrigações impostas, ou remissão, quando ao cabo do período de suspensão se quedarem adimplidas todas as imposições assumidas²⁷⁸.

A suspensão da pena imposta inferior a um ano substitui-se por arrestos de final de semana ou, alternativamente, por multa ou trabalho em benefício da comunidade. Excluem-se deste benefício os delinquentes habituais. Na hipótese de descumprimento da multa, processa-se o agente pelo delito de quebraimento da condenação. Ainda, em se tratando de estrangeiros, a pena privativa de liberdade

²⁷⁴ Em nada relacionada com a *probation system*, vez que impõe a condenação anteriormente, embora o nome possa levar ao equívoco.

²⁷⁵ CONDE. Francisco Muñoz. ARÁN, Mercedes García. Derecho Penal: Parte General. 3ªEd. - Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998. pp. 617/620.

²⁷⁶ CONDE. Francisco Muñoz. ARÁN, Mercedes García. Derecho Penal: Parte General... pp. 620/621.

²⁷⁷ CONDE. Francisco Muñoz. ARÁN, Mercedes García. Derecho Penal: Parte General... pp. 622/623.

²⁷⁸ CONDE. Francisco Muñoz. ARÁN, Mercedes García. Derecho Penal: Parte General... pp. 624/625.

não superior a seis anos pode ser substituída pela expulsão do autor, como maneira de evitar o inchaço da população carcerária espanhola²⁷⁹.

Há previsão, de todo modo, da liberdade condicional, a qual não evita o ingresso no cárcere, mas constitui a última etapa do cumprimento, em liberdade, da pena inicialmente imposta, quando três quartos já tiveram sido efetivamente executados, ou dois terços se houver merecimento por desenvolvimento de atividades culturais, laborativas ou ocupacionais, além de razões preventivo-especiais, voltadas à tentativa político-criminal de ressocialização e reinserção do condenado, apontarem para as vantagens de sua liberação²⁸⁰.

II.III Itália

No Direito Penal peninsular, que se aproxima do sistema franco-belga quase que por completo, os *substitutivos penais* vêm classificados, ao lado do perdão judicial (*perdono giudiziale*), da remissão penal (*remissione di querela*) e da oblação (*oblazione*) – pagamento em pecúnia para o ressarcimento do dano material causado por crimes leves - como “causas de clemência” (*cause di clemenza*) e, uma vez concedidos pela autoridade judiciária e cumpridos seus condicionantes, extinguem a punibilidade. Entre suas espécies estão a suspensão concional da pena (*sospensione condizionale della pena*) e a liberação condicional (*liberazione condizionale*), além de um interessante dispositivo de não menção da condenação (*non menzione della condanna*)²⁸¹.

A suspensão condicional, também podendo ser chamada equivocadamente de condenação condicional, suspende a execução da sanção criminal imposta na condenação e, dessa forma, constitui uma derrogação do

²⁷⁹CONDE. Francisco Muñoz. ARÁN, Mercedes García. Derecho Penal: Parte General... pp. 625/629.

²⁸⁰CONDE. Francisco Muñoz. ARÁN, Mercedes García. Derecho Penal: Parte General... pp. 629/630.

²⁸¹MANTOVANI, Ferrando. Diritto Penale: Parte Generale. Quinta Edizione. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2007.pp.806/807.

princípio da inderrogabilidade da pena (*principio della inderogabilità della pena*), por motivos de prevenção especial, quando há presunção de que o culpado abster-se-á de cometer novos crimes (*presume che il colpevole si asterrà dal commettere nuovi reati*)²⁸². A suspensão condicional italiana se distancia do sistema funcional anglo-saxão da *probation*, assim como também do *sursis* com submissão à regime de prova (*con la messa in prova - avec mise à l'épreuve*) do direito francês, vez que o sujeito não ficará à mercê da vigilância periódica dos agentes estatais, simplesmente deve não reincidir, o que também não impede que sejam impostas obrigações (*obblighi*) de restituição de objetos furtados ou pagamento indenizatório, por exemplo²⁸³.

Como condições gerais reúnem-se a (1) condenação à pena detentiva não superior a dois anos ou à pena pecuniária, cumulativa ou não; (2) a primariedade, ainda que operada a reabilitação; (3) o não usufruto de suspensão por delito cometido no passado, como consequência lógica da condição exposta anteriormente; (4) que não se trate de crime da competência do juiz de paz. Se, depois de concedida a suspensão, algum dos requisitos seja infringido, ela deverá ser revogada²⁸⁴.

Quanto à liberação condicional, ela se volta à suspensão, por um tempo legal, da execução da pena em curso de expiação. Ao final do período suspensivo extingue-se a punibilidade, se não for o benefício revogado, o qual exige (1) que o condenado tenha preservado um comportamento tal que possa ser deduzida seguramente a sua auto-emenda (*ritenere sicuro il suo ravvedimento*); (2) que tenha permanecido em regime detentivo ao menos trinta meses ou metade da pena inflingida, passando a razão para três quartos em caso de reincidência agravada; (3) que o remanescente da pena a ser cumprida não seja superior a cinco anos; (4),

²⁸²MANTOVANI, Ferrando. Diritto Penale: Parte Generale...pp.807/808.

²⁸³MANTOVANI, Ferrando. Diritto Penale: Parte Generale...pp.808/809.

²⁸⁴MANTOVANI, Ferrando. Diritto Penale: Parte Generale...pp.807/809.

por fim, que tenham sido cumpridas as obrigações civis derivadas do crime, salvo impossibilidade de fazê-lo²⁸⁵.

No caso de condenados à pena de prisão perpétua (*ergastolo*), eles podem obter a liberação após cumpridos, pelo menos, vinte e seis anos de pena²⁸⁶. Ainda, seus efeitos não se restringem apenas à pena, mas abarcam as medidas de segurança e impõem a liberdade vigiada assistida (*libertà vigilata assistita*), isto é, um regime probatório²⁸⁷.

Importante medida, de efeito acoplado geralmente aos *substitutivos penais* em tela, é a não menção da condenação, que evita o acesso de particulares ao conteúdo da decisão (que, a princípio, seria pública) nos arquivos judiciais (*casellario giudiziale*), facilita a reinserção do indivíduo no mercado de trabalho e induz reabilitação, somente excepcionam à regra a obtenção de certificados para fins eleitorais²⁸⁸.

II.IV França

Berço do sistema franco-belga de *substitutivos penais*, por óbvio que a figura de maior destaque no ordenamento jurídico-penal francês é o regime de suspensão das penas impostas aos já condenados (*suspension des peines*), ao lado das causas de extinção da pena com desaparecimento da condenação (*extinction de la peine avec effacement de la condamnation*) – anistia e a reabilitação, na forma judicial ou legal – e das causas de extinção da pena sem desaparecimento da condenação (*extinction de la peine sans effacement de la condamnation*) – o relevamento de penas correcionais e de polícia²⁸⁹, a graça e a prescrição²⁹⁰.

²⁸⁵ MANTOVANI, Ferrando. Diritto Penale: Parte Generale...pp.812/813.

²⁸⁶ MANTOVANI, Ferrando. Diritto Penale: Parte Generale...p.813.

²⁸⁷ MANTOVANI, Ferrando. Diritto Penale: Parte Generale...p.814.

²⁸⁸ MANTOVANI, Ferrando. Diritto Penale: Parte Generale...p.819.

²⁸⁹ Penas impostas a contravenções penais por tribunais especializados, de caráter predominantemente antes administrativo que sancionatório.

²⁹⁰ LARGUIER, Jean. Droit Pénal Général. 13ªEd. Grenoble: Editions Dalloz, 1991.pp. 128/140.

Portanto, se não for o caso de dispensa total e imediata das penas correcionais ou de polícia (*relèvement*), a execução da pena pode ser impedida pela superveniência da morte, da demência ou das formas de *sursis*²⁹¹. De todo modo, para a doutrina francesa, a suspensão das penas nunca é considerada como direito subjetivo do condenado, porém simples medidas de favor legal²⁹².

Existem cinco formas de suspensão previstas na legislação francesa, que possuem a finalidade de diminuir a reincidência: o *sursis* simples, o *sursis* com submissão ao regime de prova (*avec mise à l'épreuve*) ou com obrigação de realizar um trabalho de interesse geral (*avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général*), o fracionamento da pena (*fractionnement de la peine*), a semi-liberdade judicial (*semi-liberté prononcée par jugement*) e a liberação condicional (*libération conditionnelle*).

O *sursis* simples aplica-se aos não reincidentes (ou seja, aqueles que não praticaram qualquer ato delituoso nos cinco anos anteriores à concessão) condenados à penas de emprisonamento não superior a dois meses, tendo como única consequência a suspensão da execução durante cinco anos, desde que o indivíduo não seja condenado por outro crime (processado antes ou depois da outorga legal). Não impedem o gozo do benefício os crimes políticos ou aqueles para os quais somente foi cominada pena de multa²⁹³.

Por outro lado, no que toca ao *sursis* com imposição do regime de prova ou realização de trabalho de interesse geral, todos os condenados a crimes ou delitos de direito comum podem dele usufruir, não importando a medida da pena, ainda que reincidentes. O prazo de suspensão medeia dos dezoito meses a três anos- reduzido para somente um ano para os menores de dezesseis a dezoito anos -, compreendendo obrigações tais como estabelecer residência em local determinado, exercer atividade profissional, indenizar a vítima, pagar as custas

²⁹¹ Etimologicamente *sursis* é o particípio passado do verbo francês *surseoir* (suspender).

²⁹² LARGUIER, Jean. Droit Pénal Général...pp. 117.

²⁹³ LARGUIER, Jean. Droit Pénal Général...pp. 119/120.

processuais, não portar armas e não dirigir automóveis, e cujo cumprimento conta com o auxílio dos *agents de probation* e seus assessores (*adjoints*). Expirado o prazo (*délai*) sem nenhum contratempo, perime o direito de executar a pena²⁹⁴.

O fracionamento das penas, por motivos de ordem médica, familiar, profissional ou social, reveste-se geralmente da forma de “*week-end prison*” (prisão de final de semana) e volta-se exclusivamente às penas correcionais e de polícia não privativas de liberdade, tampouco não dispensadas. A semi-liberdade tem como *pressuposto objetivo* aquelas penas que não passem de seis meses e cuja suspensão seja justificável pelo comparecimento do preso para exercício de atividade profissional ou cursos de formação profissional (ou mesmo estágio ou trabalho temporário)²⁹⁵.

A última espécie, liberação condicional, igualmente considerada um mero favor legal, tem por fito evitar o prolongamento da privação de liberdade aos encarcerados com boa conduta que cumpriram, em média, a metade das suas penas - dois terços da pena se reincidentes e quinze anos se condenados à prisão perpétua -, consistindo no último estágio de progressão do regime. Os egressos devem ser assistidos pelo comitê do regime de prova²⁹⁶.

II.V Alemanha

Originalmente a medida diversificadora por excelência do Direito Penal tedesco era a graça condicional (*bedingte Begnadigung*), uma forma *sui generis* que mesclava características do *sursis* – suspensão da quantidade de pena efetivamente aplicada em sentença - e da *probation* – pela formação da culpa preliminarmente, só que sem condenação – e permitia um maior controle da

²⁹⁴LARGUIER, Jean. Droit Pénal Général...pp. 121/124.

²⁹⁵LARGUIER, Jean. Droit Pénal Général...p. 124.

²⁹⁶LARGUIER, Jean. Droit Pénal Général...pp. 125/127.

discrecionariedade político-administrativa no manejo dos seus pressupostos, até para ofertar a graça diretamente.²⁹⁷²⁹⁸

Modernamente o sistema alemão orientou-se por uma progressiva aproximação com o modelo franco-belga, ao prever a suspensão (ou remissão) condicional da pena com submissão a período de prova (*Strafaussetzung zur Bewährung*), a liberdade condicional (*bedingte Entlassung*) e, por fim, a advertência com reserva de pena (*Verwarnung mit Strafvorbehalt*)²⁹⁹.

A suspensão condicional cuida de evitar os danos que o cumprimento da pena privativa de liberdade proporcionaria e conta com a ajuda dos agentes oficiais e assistência do patronato social (*Bewährungshelfer*) para garantir o bom comportamento do beneficiado no período de concessão³⁰⁰. A regra geral estipula a suspensão obrigatória de penas de seis meses a um ano, salvo imperiosos (e duvidosos) motivos de defesa da ordem jurídica. Para as penas de um a dois anos, a suspensão está adstrita ao prognóstico favorável sobre o comportamento futuro e às condições pessoais (principalmente a personalidade) e ambientais³⁰¹. De todo modo, não se admite a suspensão parcial da pena privativa de liberdade³⁰².

O período de prova é de dois a cinco anos, podendo o tribunal impor ao réu outras tarefas não especificadas na legislação, conforme a condição pessoal, especialmente a reparação civil do dano e prestações civis no interesse de uma instituição de utilidade comum ou do próprio Estado³⁰³. Enfim, a não revogação implica a remissão definitiva da pena³⁰⁴.

²⁹⁷Vide item I acima.

²⁹⁸MAURACH, Reinhart. Direito Penal – Parte General. Vol. 2 – Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho. - Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Deplama, 1995.pp.821/822.

²⁹⁹JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. - Granada: Comares Editorial, 1993.pp.757/758

³⁰⁰JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General...pp.759 e 767.

³⁰¹JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General...pp.761/762.

³⁰²JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General...p.764.

³⁰³JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General...pp.764/766.

³⁰⁴JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General...p.769.

A liberdade condicional consegue individualizar a execução, adaptando a duração do tempo de detenção à evolução comportamental experimentada pelo réu no interior do centro penitenciário, tanto quanto fornece estímulos para esforços individuais positivos de recuperação³⁰⁵.

Desta forma, co-existem duas espécies de *suspensão do resto* da pena: (1) a **obrigatória**: cumpridos dois terços da pena e alcançados, ao menos, dois meses de reclusão, embora alguns autores admitam um risco prudencial, a fim de que se exija além do *quantum* da pena um prognóstico favorável e o consentimento do réu; (2) a **facultativa**, caso cumprida na íntegra a primeira metade da sanção e passados, ao menos, seis meses de enclausuramento, sem contar a valoração judicial das sobreditas circunstâncias pessoais (subjetivas)³⁰⁶.

Por fim, há previsão da pena reservada, uma medida de caráter quase-penal regida pelo *princípio do merecimento*, a qual se tornou a mais suave das imposições sancionatórias do Direito Penal alemão³⁰⁷. Sua forma se distancia das demais para invocar características da genuína *probation*³⁰⁸, pelo pronunciamento da culpabilidade com relação ao delito, mas sem condenação em uma quantidade calculada, pois que a pena adequada ao injusto entende-se ser aquela da advertência em si³⁰⁹. Seu âmbito de incidência limita-se às penas de multa de até cento e oitenta (180) dias-multa e só deve ser concedida se razões de defesa da ordem jurídica ou um prognóstico desfavorável não desaconselharem³¹⁰.

³⁰⁵JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General...pp.769/770.

³⁰⁶JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General...p.770.

³⁰⁷JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General...p.771.

³⁰⁸JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General...p.757.

³⁰⁹JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General...p.753.

³¹⁰JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General...pp.774/775.

II.VI Sistema anglo-saxão: Estados Unidos e Inglaterra

Os Estados Unidos e a Inglaterra representam o nascedouro do sistema anglo-saxão de **substituição penal**: sistema da *probation*, cujas características gerais, em contraposição ao sistema do *sursis*, foram anteriormente explicitadas³¹¹.

Por óbvio, este sistema confunde-se com a própria *Common Law*, experiência jurídica insular fundada na discussão do caso concreto (*casuística e ativismo judiciais*), na vinculação de precedentes jurisprudenciais (*lead case rules*) e na liberdade para apreciação de condições extrajurídicas (*equity*).

O termo *probation* pode ser traduzido como “regime de prova” e, com isso, percebe-se que a variação do *sursis simple* em *sursis avec mis à l'épreuve*, prevista na legislação francesa³¹², demonstra que a influência do sistema anglo-saxão excede as fronteiras dos países nos quais originalmente desenvolveu-se para tornar o sistema franco-belga, na verdade, um pouco híbrido.

Define-se por *probation* o procedimento pelo qual um acusado, após sua condenação (*conviction* - ou melhor, depois da formação da culpa, porém sem sentença vinculando-o a uma sanção precisa, concretamente calculada) ou *plea of guilty* (acordo judicial), pode ser solto sob a supervisão de um treinado *probation officer* acerca do seu bom comportamento, o qual, se não verificado, pode significar a volta à custódia judicial ou à punição³¹³. Esta medida é aplicada mais comumente em casos de *misdemeanours* (crimes leves), o que não impede sua incidência também em *felonies* (crimes graves), a critério judicial; surgiu como uma forma mais elaborada do antigo instituto da *suspended sentence* (sentença suspensa), a qual se baseava geralmente em investigação inadequada e não era seguida de vigilância estatal³¹⁴.

³¹¹Ver item I, acima.

³¹²Ver item II.IV.

³¹³ORFIELD, Lester Bernhardt. *Criminal Procedure From Arrest to Appeal*.- New Yor/London: New York/Oxford University Press, 1947.p.584.

³¹⁴ORFIELD, Lester Bernhardt. *Criminal Procedure From Arrest to Appeal*...p.584.

Há uma considerável controvérsia acerca do período de suspensão, que não possui termo legal, e em alguns estados norte-americanos pode ter duração indeterminada, situação muito criticada por teóricos liberais por implicar, muitas vezes, segregação para a vida³¹⁵. Por isso, nestes casos, é permitido ao acusado concordar ou não com a indeterminação temporal e, em caso de abuso judicial, apelar ou mesmo requerer o reconhecimento da nulidade da sentença de concessão ou revogação da *probation*³¹⁶.

Interessante notar que, em geral, entende-se não poder haver *probation* em casos de crimes de competência de tribunais federais, na hipótese de já ter sido iniciada a execução da sentença, mesmo que o acusado apenas tenha cumprido um único dia da penalidade³¹⁷. De todo modo, as mudanças restritivas das condições impingidas ao beneficiado só podem ocorrer em uma audiência prévia em regime de *due process of law* e, em sendo o caso de revogação ou anulação da sentença concessiva, a eventual decisão posterior não poderá agravar a situação anteriormente gozada³¹⁸; devido a essa situação, alguns juízes têm pré-fixado as penas a serem suspensas³¹⁹, para evitar questionamentos posteriores sobre sua regularidade e constitucionalidade, o que de certa forma macula a pureza do sistema da *probation*, que não previa originalmente o *quantum* preciso da sanção criminal.

Ao lado da *probation* coloca-se outra figura interessante, formando um sistema particularmente independente: a *parol system* – a “liberação sob palavra”³²⁰. A parole foi originalmente utilizada em 1876 nos Estados Unidos³²¹

³¹⁵ORFIELD, Lester Bernhardt. Criminal Procedure From Arrest to Appeal...pp.581/583.

³¹⁶ORFIELD, Lester Bernhardt. Criminal Procedure From Arrest to Appeal...p.582.

³¹⁷ORFIELD, Lester Bernhardt. Criminal Procedure From Arrest to Appeal...p.585.

³¹⁸ORFIELD, Lester Bernhardt. Criminal Procedure From Arrest to Appeal...pp.586/588.

³¹⁹ORFIELD, Lester Bernhardt. Criminal Procedure From Arrest to Appeal...pp.588/589.

³²⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral....p.697.

³²¹Embora alguns historiadores tenham apontado a origem no *ticket for leave system*, vigente desde 1840, pelo qual condenados na metrópole (Inglaterra) eram degradados às colônias, especialmente a Austrália. Lá, poderiam viver em aparente liberdade vigiada sob palavra. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral...p.697).

para intervir durante o curso da execução da pena, algo próximo da liberação ou livramento condicional dos países da Europa Ocidental³²² e submete o concedido a um regime de prova geralmente mais rigoroso que aquele da *probation*, já que outorgado àquelas pessoas que, em princípio, cometeram ofensas mais graves à ordem jurídica³²³.

Não existem regras específicas de exatamente em que momento durante a execução ela pode realmente incidir; via de regra, contudo, a “*Parole Act*” determina que haja o cumprimento de, ao menos, um terço da pena³²⁴.

III. SUBSTITUTIVOS PENAIIS: ESPÉCIES PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA³²⁵

A legislação brasileira, filiada predominantemente ao sistema continental franco-belga, adota quatro espécies de *substitutivos penais*, os quais possuem incidência antes, durante ou depois do rito processual penal:

- i) transação penal: proposta antes mesmo de iniciado o processo penal³²⁶;
- ii) suspensão condicional do processo: proposta ao longo do processo penal, geralmente após a admissão da denúncia ministerial, suspendendo-o;
- iii) suspensão condicional da pena: proposta na sentença penal condenatória (ou mesmo após, em sede recursal), suspendendo *ab initio* a execução penal;

³²²LYRA, Roberto. Comentário ao Código Penal. Vol. II...p.498.

³²³PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1...p.705.

³²⁴ORFIELD, Lester Bernhardt. Criminal Procedure From Arrest to Appeal...p.586.

³²⁵Para os artigos da legislação acerca dos substitutivos penais citados no desenvolvimento do tema, remete-se aos anexos A a D, ao final deste trabalho.

³²⁶O que não exclui a propositura extemporânea, após formada a relação processual triangularizada entre autor – réu – Estado-juiz (*teoria de Bülow*).

iv) livramento condicional: incidente próprio da execução penal, constituindo última fase do regime progressivo (regime fechado → regime semi-aberto → regime aberto → livramento condicional).

Os dois primeiros foram regulados por legislação recente (Lei nº 9.099/95), que instituiu os Juizados Especiais Criminais e, desde então, provocam intensa polêmica doutrinária. Os dois últimos referem-se às espécies tradicionalmente previstas no ordenamento nacional e, por isso, serão tratados em primeiro lugar.

De qualquer modo, se propostos antes, enquanto ainda não formada a relação processual, ou mesmo depois de extinta, não pairam dúvidas sobre a natureza eminentemente penal destas medidas. Mesmo quanto à suspensão condicional do processo, que possui consequências processuais óbvias, ela conserva a natureza retributiva de pena, nas suas condições legais e judiciais, tanto quanto no período probatório. Enfim, as *medidas substitutivas* realmente estão se expandindo para cobrir momentos os mais variados, antes, durante e depois do processo.

III.1. SUBSTITUTIVOS PENAS TRADICIONAIS

Sem maiores controvérsias, a suspensão condicional da (execução) pena tem origem no formato original do *sursis simple* e do *sursis avec mis à l'épreuve* do sistema franco-belga e foi introduzido no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto nº 16.588, de 06 de setembro de 1924³²⁷.

O livramento condicional, por sua vez, regulado pela primeira vez no Brasil no Código Criminal de 1890, mas com aplicação efetiva apenas com o Decreto nº 16.665, de 06 de novembro de 1924³²⁸, tem origem mais provável na

³²⁷BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral...p.675.

³²⁸LYRA, Roberto. Comentário ao Código Penal. Vol. II...pp.498/499.

libération provisoire pour les jeunes détenus (liberação provisória para jovens detidos) vigente na França a partir do ano de 1832, no *ticket of leave system* do direito inglês colonial e na *parole* da Casa de Refúgio de Nova York³²⁹.

Até a Reforma Penal de 1987, realizada pela Lei nº 6.416, que estabeleceu condições legais, no art. 767 do Código de Processo Penal, a serem cumpridas durante o regime de prova, imperava a crítica de que os dois *substitutivos penais* propiciavam a impunidade³³⁰.

a) Suspensão Condicional da Pena

A *suspensão condicional (da execução) da pena*, ou simplesmente chamada de *sursis*, consubstancia a modalidade de substitutivo penal mais característico do sistema franco-belga, modelado para impedir a execução institucionalizada de pena privativa de liberdade aplicada em sentença condenatória, ao instituir um período de prova, ao cabo do qual se extingue a pena não executada.³³¹

De um lado, o *sursis* não prescinde da força simbólica da condenação, mas renuncia ao objeto a fim de evitar os malsinados efeitos deletérios da prisionalização e diminuir, deste modo, a reincidência. Por outro lado, é considerada medida mais gravosa que penas restritivas de direito ou pena de multa, que possuem preferência legal e cuja execução não pode restar suspensa (art. 80, CP)³³². Logo, o pressuposto geral da suspensão condicional da pena representa a impossibilidade de utilização das chamadas *penas substitutivas* (art.77, III – modalidades) e sua concessão ou negação, por óbvio, deverá ser

³²⁹BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral...p.697.

³³⁰FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena...p.206.

³³¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 604.

³³²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 604.

precedida de motivação, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CR e art. 157 da LEP).³³³

Encontram-se disciplinadas no Código Penal (arts. 77 e 78) quatro espécies de suspensão condicional da pena, cada um com *requisitos objetivos* e *requisitos subjetivos*, além de condições de execução, diferenciados:

(i) *sursis* comum - Hipótese mais corriqueira do presente *substitutivo penal*, que exige pena aplicada igual ou inferior a dois anos de privação de liberdade (*requisito objetivo*), a primariedade do agente em crimes dolosos e as circunstâncias pessoais (*culpabilidade, antecedentes condutas social, personalidade e motivos*) e do fato favoráveis, indicando a conveniência e a suficiência da suspensão da execução (*requisitos subjetivos*).³³⁴

A *prognose favorável*, aferida pelo manejo daquelas *circunstâncias* pessoais e fáticas, corresponde, na verdade, às circunstâncias judiciais previstas no *caput* do artigo 59 do Código Penal, utilizadas para determinação da *pena-base* (primeira etapa do sistema trifásico de dosimetria penal) aplicada ao delito. A dúvida ou a incerteza acerca do comportamento futuro do beneficiário não impedem a concessão do *substitutivo penal*, resolvendo-se pelo princípio do *in dubio pro reo*, porquanto os malefícios dessocializadores do cárcere representam uma certeza. Ainda, o prazo de suspensão da execução da pena privativa de liberdade oscila entre dois a quatro anos, em correspondência com a quantidade de pena efetivamente aplicada na sentença.³³⁵

Durante o primeiro ano da execução do *sursis* comum, alternativamente, deve o beneficiário prestar serviços à comunidade ou sujeitar-se à limitação de fim de semana (art. 78, §1º CP e art. 158, §1º da LEP)³³⁶. Nos demais anos do período de prova, as condições legais de execução simplificam-se àquelas previstas para o *sursis* especial, tratado abaixo.

³³³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 610.

³³⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 605.

³³⁵CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 605.

³³⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 611.

Assim, o **sursis** comum prevê o cumprimento *cumulativo* de *pena restritiva de direitos* que, de *pena substitutiva*, passa a ser mera condição legal de execução. Independentemente das *condições legais*, podem ser previstas *condições judiciais* não taxativas, para essa e para as demais espécies de *sursis*, desde que adequadas à natureza do fato e à situação pessoal do condenado (art. 79, CP)³³⁷.

(ii) **sursis** especial – Essa modalidade diferencia-se do *sursis* comum, pois prevê, além do **requisito objetivo** de pena aplicada inferior ou igual a dois anos, um outro, a reparação do dano, salvo impossibilidade material de fazê-lo (art. 78, §2º, CP). Quanto aos **requisitos subjetivos**, também há necessidade de primariedade do condenado em crime doloso, contudo, os indicadores pessoais devem ser-lhe *inteiramente favoráveis*³³⁸³³⁹. Neste caso, as *condições legais* da execução restringem-se à proibição de freqüentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca de residência sem autorização judicial; e comparecimento periódico e mensal em juízo para informar e justificar as atividades.³⁴⁰³⁴¹

(iii) **sursis** etário – Sua particularidade reside na estipulação de pressupostos específicos para a *suspensão condicional* aos condenados idosos, isto é, maiores de sessenta anos de idade³⁴². Seu **requisito objetivo** refere-se à pena privativa de liberdade aplicada de até quatro anos. Desta forma, a suspensão do

³³⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp. 605 e 612..

³³⁸ “Orientado no sentido de assegurar a individualização da pena, o Projeto prevê a modalidade de suspensão especial, na qual o condenado não fica sujeito à prestação de serviços à comunidade ou à limitação de final de semana. Neste caso o condenado, além de não reincidente em crime doloso, há de ter reparado o dano, se podia fazê-lo; ainda assim, o benefício somente será concedido se as circunstâncias do art. 59 lhe forem *inteiramente favoráveis*, isto é, se *mínima a culpabilidade, irretocáveis os antecedentes e de boa índole a personalidade*, bem como *relevantes os motivos e favoráveis as circunstâncias*”. (grifo nosso) (Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do CP, n. 66)

³³⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp. 606/607.

³⁴⁰ De maneira idêntica às condições legais da *suspensão condicional do processo*. Ver item III.II, b.

³⁴¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 607.

³⁴² O art. 1º, da Lei nº 10.741/03 (*Estatuto do Idoso*), definiu que idoso é a pessoa com mais de 60 anos de idade. Logo, a redação do art. 77, §2º, CP, que prevê idade de 70 anos, deverá ser compatibilizada com essa nova ordem legal. (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral...pp.608)

prazo de execução institucionalizada variará de quatro a seis anos.³⁴³ Como **requisitos subjetivos** reúnem-se a primariedade em crime doloso, a prognose favorável das circunstâncias judiciais e, evidentemente, a faixa etária do beneficiário.³⁴⁴ Por fim, as condições legais correspondem àquelas do **sursis** comum ou, alternativamente, àquelas do **sursis** especial, de acordo com os pressupostos, isto é, se houver reparação do dano e os requisitos subjetivos forem inteiramente favoráveis, a execução será a menos gravosa³⁴⁵.

(iv) **sursis** humanitário – A espécie justifica-se por razões de saúde do condenado – bem-estar físico, psíquico e social – de acordo com definição da Organização Mundial da Saúde.³⁴⁶ Os **requisitos objetivos** e **requisitos subjetivos** são os mesmos do **sursis** etário, com exceção da idade, substituída aqui por qualquer perturbação da saúde física, psíquica ou social. Assim, não se restringe, segundo melhor interpretação, apenas a sérios problemas de saúde ou à doença terminal, basta constatação de diminuição do bem-estar físico ou a existência de perturbações mentais, não sendo necessária, igualmente, detalhada perícia médica³⁴⁷. As condições sociais adversas, que reduzem, porém não excluem a dirigibilidade normativa e, logo, não promovem exculpação, devem ser consideradas para formação do conceito de bem-estar e saúde social³⁴⁸. O prazo de suspensão e as condições legais de execução são idênticos aos do **sursis** etário³⁴⁹.

Para qualquer espécie de **sursis**, deve o beneficiado, assistido por seu advogado, aceitar as condições legais e judiciais em audiência admonitória. De todo modo, as condições de execução podem ser alteradas a critério do juízo

³⁴³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 607.

³⁴⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp. 607/608.

³⁴⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 611.

³⁴⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 609.

³⁴⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 609.

³⁴⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 610.

³⁴⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 611.

executório, do Ministério Público ou do Conselho Penitenciário (art. 158, §2º. LEP).³⁵⁰

No transcurso do período de prova o *sursis* será *obrigatoriamente* revogado se sobrevier condenação irrecorrível por crime doloso³⁵¹, se não reparado o dano por beneficiário solvente³⁵² e se descumpridas as obrigações alternativas de prestar serviços à comunidade ou sujeitar-se à limitação de final de semana (art. 81, do CP)³⁵³. A revogação será *facultativa* se houver descumprimento de qualquer outra *condição legal e judicial* ou a condenação superveniente for por crime imprudente ou contravenção (art. 81, §1º, CP)³⁵⁴. Preferível que, nestas hipóteses, ao invés de revogar, o juiz prorrogue o prazo suspensivo até o limite legal máximo, igualmente havendo prorrogação se pendente processo criminal por outro crime ou contravenção (art. 81, §§2º e 3º, CP)³⁵⁵.

Ao término do prazo, não havendo revogação, considera-se extinta a punibilidade (art. 82, CP)³⁵⁶.

b) Livramento Condicional

A execução das penas privativas de liberdade organiza-se por regimes de *progressividade* (a regra) ou *regressividade* (a exceção), pautados pelo mérito do comportamento do condenado, bem como pelo tempo já cumprido³⁵⁷. Nesta toada,

³⁵⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp. 612/613.

³⁵¹A melhor doutrina restringe apenas à condenação irrecorrível à pena privativa de liberdade por crime doloso, excluindo-se, portanto, a pena de multa, já que por analogia ela sequer impede a concessão, quanto mais a revogação. (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.614)

³⁵²O não pagamento da pena de multa não propicia a revogação, vez que dívida de valor rege-se pelas normas de execução pela Fazenda Pública. (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.614)

³⁵³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp. 613/614.

³⁵⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 615.

³⁵⁵CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 615.

³⁵⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 616.

³⁵⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp. 512/513.

o *livramento condicional* representa a derradeira fase do regime progressivo de cumprimento da pena de prisão, que medeia o regime fechado em penitenciária, passando pelo regime semi-aberto em colônia penal e evolui, ao final, pelo aberto em casa de albergado; logo, esta fase marcada pela *desinstitucionalização* configura verdadeiro ***substitutivo penal***³⁵⁸.

O *livramento condicional* objetiva reduzir os efeitos do encarceramento, propiciando, ao final do cumprimento da pena, a reinserção do condenado, acompanhada pelo Serviço Social Penitenciário e pelos Patronatos ou Conselhos da Comunidade (art. 139, LEP)³⁵⁹. Pode ser concedido de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes, sempre de maneira fundamentada e acompanhada de manifestação tanto do Ministério Público quanto da defesa, além de constituir *direito subjetivo público* do condenado (art. 81, CP e art. 112, §1º, LEP).³⁶⁰

Os ***requisitos objetivos gerais*** para a concessão desta modalidade de ***substitutivo penal*** referem-se à extensão da pena privativa de liberdade originalmente aplicada - igual ou superior a dois anos³⁶¹ -, além da reparação do dano oriundo da prática do crime, salvo se o condenado for insolvente, situação presente na maioria dos casos, em se tratando de pessoas extraídas de classes sociais humildes (art. 83, caput, e IV, do CP)³⁶². Os ***requisitos subjetivos gerais*** incluem (i) comportamento satisfatório durante a execução institucionalizada da pena; (ii) bom desempenho no trabalho designado dentro do estabelecimento prisional; (iii) capacidade de manutenção e subsistência pelos produtos do próprio trabalho, em ocupação lícita fora do cárcere (art. 83, III, CP).

Ao lado desses, existem ***requisitos objetivos*** e ***requisitos subjetivos específicos***, dependendo da espécie em questão:

³⁵⁸CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 616.

³⁵⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 622.

³⁶⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp. 616 e 621.

³⁶¹Se inferior a dois anos, aplica-se a suspensão condicional da pena.

³⁶²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 618.

(i) *livramento condicional especial*: o cumprimento de, pelo menos, um terço da pena aplicada (***requisito objetivo***) e a não reincidência em crime doloso (***requisito subjetivo***) (art. 83, I, CP);

(ii) *livramento condicional ordinário*: o cumprimento de mais da metade da pena aplicada (***requisito objetivo***), se reincidente o condenado (***requisito subjetivo***);

(iii) *livramento condicional extraordinário*: o cumprimento de, ao menos, dois terços da pena aplicada (***requisito objetivo***), em casos de prática de crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo (***requisito objetivo***), desde que não haja reincidência específica em crimes da mesma natureza (***requisito subjetivo***) (art. 83, V, CP).³⁶³

Se ficar comprovado, ao longo do processo, e reconhecido em sentença que a prática do crime doloso importou em violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão ficará subordinada à constatação das condições pessoais de que o liberado não tornará a delinquir (***requisito subjetivo***). Essa *prognose favorável* não precisa incutir alta probabilidade de não reincidência, pois a dúvida resolve-se, com fulcro no princípio do *in dubio pro reo*, pela concessão do livramento, diante da certeza dos efeitos predatórios da manutenção do emprisonamento. Tampouco é necessário exame criminológico³⁶⁴.

Para o caso de serem aplicadas mais de uma pena, por crimes diversos, elas somam-se para efeito do *livramento condicional* (art. 84, CP). A sua concessão segue formalidades legais, após aceitação formal do beneficiário, em sessão solene no estabelecimento onde este se encontrar, na qual ele receberá sua caderneta de liberado condicional, seus pertences pessoais e o saldo do pecúlio constituído no tempo em que permaneceu recolhido à prisão, além dos trechos da

³⁶³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp. 619/620.

³⁶⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp. 618/619.

legislação pertinente ao ***substitutivo penal***, seus direitos e deveres (arts. 136 a 138, LEP)³⁶⁵.

A execução do *livramento condicional* admite condições obrigatórias e facultativas, as quais podem modificadas pelo juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou do Conselho Penitenciário, sempre ouvido o liberado (art. 144, LEP). Entre as condições obrigatórias estão (i) a obtenção, em prazo razoável, de ocupação lícita; (ii) a comunicação ao juízo, periodicamente, acerca da ocupação; (iii) não se mudar do território da comarca da execução sem autorização judicial. Entre as condições facultativas, por outro lado, encontram-se (i) não mudar de residência no território da comarca de execução sem comunicação ao juízo ou à autoridade responsável pela fiscalização; (ii) recolhimento à habitação em horário pré-fixado; (iii) abstenção de frequentar determinados lugares (art. 132, §2º, LEP)³⁶⁶.

No caso da superveniência de condenação irrecorrível à pena privativa de liberdade, revoga-se *obrigatoriamente* o livramento condicional (art. 87, I e II, CP). Se o crime houver sido praticado *anteriormente* à outorga do ***substitutivo penal***, existe possibilidade de, computando o período de prova efetivo (antes da revogação) como cumprimento da pena, nova concessão ser permitida; enquanto que a prática de crime *durante* o período de prova não gera o cômputo do tempo do livramento como cumprimento de pena e, assim, impede a concessão de benefício pela mesma pena. Neste caso, a execução desta será *integralmente* institucionalizada.³⁶⁷

Há previsão de revogação *facultativa* quando não forem cumpridas as condições da decisão concessiva do livramento ou por condenação irrecorrível à pena não privativa de liberdade (art. 87, CP). Em vez de revogar, preferível é o juiz advertir o beneficiado ou mesmo agravar as condições a que este está sujeito.

³⁶⁵CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 622.

³⁶⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp. 621/622.

³⁶⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp. 622/623.

Do mesmo modo, enquanto não transitar em julgado a sentença no processo criminal pendente, por crime cometido durante o período de prova, admite-se a suspensão do benefício até a definitividade do pronunciamento judicial (art. 89, CP).³⁶⁸

Sem revogação, expirado o prazo, impõe-se a decretação de extinção da punibilidade (art. 90, CP, e art. 146, LEP)³⁶⁹.

III.II. SUBSTITUTIVOS PENAIIS RECENTES

Além de introduzir os dois novos *substitutivos penais* - *transação penal* e a *suspensão condicional do processo* – a Lei nº 9.099/95 instituiu o acordo civil realizado entre autor e vítima (art. 74), nos casos em que esta dispõe do conteúdo do processo penal (ação penal privada ou ação penal pública condicionada à representação), uma verdadeira conciliação homologada judicialmente com eficácia de título judicial executável na esfera cível, com a correlata renúncia ao direito de queixa ou de representação. Neste caso, não há propriamente *substituto penal*, mas causa de *extinção da punibilidade* ou *subrogado penal*.³⁷⁰³⁷¹

Até certo ponto os *substitutivos penais* regulamentados pela lei instituidora dos Juizados Especiais Criminais podem ser considerados bastante generosos, pois realizam parcialmente o ideal da minimalização penal pela desprocessualização dos litígios humanos de que padecem especialmente as populações humildes, as quais estão interessadas mais em ressarcimento pelo

³⁶⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp. 623/624.

³⁶⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp. 624/625.

³⁷⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 625.

³⁷¹ “*Também não se pode negar que a homologação do acordo civil extintivo da punibilidade pelo juiz, embora gere formalmente efeitos de ordem pecuniária, materialmente não deixa de produzir a conhecida classificação inerente à atuação jurisdicional no âmbito do processo penal, a qual separa os indivíduos em duas categorias, a dos delinquentes e não delinquentes, dos normais e anormais*” (BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...pp.136/137)

dano, ou acordos os mais variados obtidos pela técnica do consenso, do que em punições³⁷².

Entretanto, uma análise mais detida permite ver que as bases aparentemente acusatórias do sistema consensual norte-americano (*plea bargaining*) não alteraram as bases inquisitórias da prática judicial brasileira³⁷³. Aliás, o nosso contexto cultural é completamente distinto da experiência jurídica anglo-saxã e admitir os ***substitutivos penais*** instituídos pela Lei nº 9.099/95 significa infringir uma série de princípios e garantias processuais, como o do “*nolo contendere*” (não-autoincriminação), imposição de pena sem culpa, de pena sem processo, de pena sem definitividade do julgamento, da obrigatoriedade da ação penal, da inafastabilidade do exercício jurisdicional, da inércia jurisdicional etc.³⁷⁴

a) Transação Penal

A *transação penal* realiza-se mediante acordo entre o Ministério Público e o autor da infração, em casos de ação penal pública³⁷⁵ – se condicionada, na hipótese de restar malogrado o acordo civil; se incondicionada, quando não for, obviamente, caso de arquivamento –, pelo qual impõe-se-lhe a imediata aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, ambas de natureza substitutiva à pena privativa de liberdade abstratamente cominada em até dois anos, conforme o

³⁷²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.632.

³⁷³“Sabe-se que a Lei nº 9.099/95 imprimiu visíveis mudanças no sistema processual penal brasileiro, mas é preciso reconhecer que não são elas tão profundas quanto anunciam os seus mentores. Isto porque apesar de ser responsável pela implementação da referida justiça consensual no Brasil, com a criação dos chamados Juizados Especiais Criminais, tal legislação não deixou de conservar a base inquisitória do sistema.” (BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...pp.131/132)

³⁷⁴Por todos: PRADO, Geraldo. Transação penal: alguns aspectos controvertidos. Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais. - Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. pp.97 e ss.

³⁷⁵Jurisprudência tem admitido a proposta de transação penal inclusive nos crimes de ação penal privada, conforme Acórdão do Superior Tribunal de Justiça proferido no HC nº 8.123-AP (PRADO, Geraldo; CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. Lei dos Juizados Especiais Criminais: comentada e anotada. 4ªEd. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2006.p.98).

patamar legal delimitador da competência material dos Juizados Especiais Criminais (art. 61 da Lei nº 9.099/95)³⁷⁶³⁷⁷. A aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, pela dicção legal, não gera reincidência criminal.

Esse substitutivo penal exige, além do *requisito objetivo* geral de aplicar-se exclusivamente às infrações penais de menor potencial ofensivo, a confluência de *requisitos subjetivos* relativos ao agente: (i) que ele não tenha sido condenado definitivamente (não sendo possível atacar a decisão através de recurso) à pena privativa de liberdade (excluídas penas restritivas de direito ou pena de multa) por prática de crime (excluída a contravenção)³⁷⁸; (ii) não ter gozado, nos cinco anos anteriores, de proposta de transação penal; (iii) os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, assim como os motivos e as circunstâncias não contra-indicaram a necessidade e suficiência da medida.³⁷⁹

Pela redação do art. 76, §2º, da Lei nº 9.099/95 – “não se admitirá a proposta” – os requisitos subjetivos, neste caso, configuram verdadeiros *requisitos negativos*,³⁸⁰ vez que sua presença exclui a possibilidade de concessão legal³⁸¹. Ao contrário do *sursis* que necessita de uma *prognose favorável* tal que indique a necessidade e suficiência, por si só, da medida, no caso da disciplina legal da transação penal somente uma *prognose desfavorável* (contra-indicação) daqueles elementos subjetivos impediria a aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa³⁸².

³⁷⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 626.

³⁷⁷Esse patamar é elevado para quatro anos em se tratando dos crimes previstos na Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), de acordo com o seu art. 94.

³⁷⁸ Após decorridos 5 anos da sentença, a condenação anterior não pode impedir a concessão de transação penal, pela prescrição dos efeitos da reincidência (art. 64, I, CP).

³⁷⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp. 627/628.

³⁸⁰ Neste caso, o *requisito objetivo geral* (a extensão da pena) seria verdadeiramente um *requisito positivo*, pois somente nesse caso é permitida a utilização da transação penal.

³⁸¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp. 626/627.

³⁸²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp. 628/629.

No caso de dúvida sobre aqueles elementos subjetivos (conduta, personalidade, maus antecedentes³⁸³ etc.), resolve-se pelo princípio do *in dubio pro reo* e a transação penal deve ser concedida³⁸⁴, até porque somente com base no sucinto *termo circunstanciado de infração penal* não é possível ter uma apreensão exata de todos eles³⁸⁵.

Constitui ato jurídico processual³⁸⁶ de negociação entre a acusação e o autor da infração penal de menor potencial ofensivo; logo, a proposta deve ser aceita por este, com a participação de defensor habilitado para garantir a lisura da transação³⁸⁷. Se não aceita a proposta, a denúncia será ofertada pelo órgão do *Parquet* (promotor natural oficiante naquela jurisdição).

Cumprida com sucesso a *penalidade de restrição de direitos* ou mesmo adimplida a *pena de multa* (que correspondem, na verdade, a *penas alternativas*³⁸⁸), extingue-se a punibilidade do fato punível para qualquer fim. Se

³⁸³ Pela posição mais crítica, o conceito de maus antecedentes não incluiria qualquer situação desfavorável ao agente, mas somente condenações criminais anteriores, definitivas, que não configuram reincidência. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.561.

³⁸⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 629.

³⁸⁵ “Primeiramente, tal ocorre porque qualquer um pode comparecer nas delegacias de polícia e sem qualquer burocracia dar início ao procedimento que culminará nos referidos acordos, sabe-se que para a elaboração de um termo circunstanciado ou do documento policial que impulsiona o procedimento dos Juizados Especiais Criminais são necessários apenas os dados da suposta vítima, do suposto ofensor e uma breve narrativa sobre a prática de uma infração de menor potencial ofensivo, dispensadas quaisquer outras provas que atestem ao menos a materialidade da infração noticiada. Observa-se que esta facilidade de acesso às instâncias de resolução dos casos penais abre espaço para que falsas notícias de infração sejam dadas e utilizadas como instrumento de pressão para auferimento de vantagens pecuniárias, o que provoca certo distanciamento dos cidadãos que se vêem amedrontados pela possibilidade de um de seus convivas fazê-lo alvo dessa estrutura.” (BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...pp.135/136).

³⁸⁶ Embora ocorra com mais frequência antes mesmo de iniciado o processo. Talvez a melhor denominação fosse ato jurídico com intervenção judicial e eficácia penal e processual penal. O ato consensual sujeita-se aos pressupostos de validade dos atos jurídicos em geral (objeto, capacidade, forma etc.), além de não estar viciado por erro, dolo, coação, fraude ou simulação. (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 629).

³⁸⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 629.

³⁸⁸ “Além disso, as penas impostas ao suposto ofensor se traduzem de regra em penas alternativas, de cunho altamente correccional e moralizante, isto porque prescrevem restrições aos hábitos do apenado, como a não freqüentação de determinados lugares, serviços à comunidade e doações às pessoas carentes, que têm quase sempre um caráter educativo.” (BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...p.138).

descumpridas, revoga-se o benefício legal e o processo poderá ter início mediante oferecimento de denúncia (posição dominante). Contudo, há vozes que defendem a conversão imediata em pena privativa de liberdade, posicionamento completamente inconstitucional que põe por terra os princípios processuais do *due process of law*, do *contraditório* e da *ampla defesa*, mesmo porque não existe parâmetro anterior do *quantum* de privação de liberdade a ser convertido. No caso do falta de pagamento da pena de multa, esta será inscrita em dívida ativa (art. 51, CP)³⁸⁹.

b) Suspensão Condicional do Processo

A *suspensão condicional do processo*, também chamada de *sursis* processual, reveste-se da forma de ato jurídico processual, através do qual o Ministério Público propõe a suspensão *condicional* do processo instituindo um período de prova de dois a quatro anos, em casos do processamento de crimes cuja pena mínima não exceda a um ano, caso não tenham sido bem sucedidas as tentativas de acordo civil extintivo da punibilidade ou de transação penal³⁹⁰.

Pela literalidade da lei, o momento de sua propositura coincide com o oferecimento da denúncia, após sua admissão e formada a relação processual (senão não haverá processo a ser suspenso), porém, na prática, admite-se o *sursis* processual a qualquer tempo, até a publicação da sentença³⁹¹. O presente ***substitutivo penal*** reúne um ***requisito objetivo*** geral – a pena mínima cominada a crimes abrangidos ou não pela definição de infração penal de menor potencial ofensivo, ser igual ou inferior a um ano – e ***requisitos subjetivos*** – (i) ausência de condenação anterior definitiva por crime³⁹² ou de processo criminal em curso

³⁸⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 630.

³⁹⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp. 630/631.

³⁹¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 630.

³⁹² Mesmas considerações feitas com relação à transação penal. Ver item III.II, a.

contra o acusado; (ii) presença dos demais requisitos autorizadores da suspensão condicional da pena³⁹³.

Assim, tomando em consideração o **requisito objetivo**, o *sursis* processual possui aplicação dentro ou fora da competência dos Juizados Especiais Criminais, abrangendo fatos puníveis das mais aquilatadas diferenças cuja pena preenche o patamar legal³⁹⁴. Ademais, aplica-se a outros diversos delitos com pena mínima superior a um ano, se não houver consumação, pois a tentativa permite a redução de até dois terços na pena cominada³⁹⁵.

Analizando o primeiro dos **requisitos subjetivos**, ele mostra-se francamente inconstitucional, por ferir a presunção da inocência, excluir a incidência do **substitutivo penal** quando pendente processo criminal contra o beneficiado³⁹⁶. Se a utilização da reincidência a fim de obstar ou dificultar o gozo de inúmeros direitos subjetivos (como a outorga dos **substitutivos penais**, a progressão do regime, a decretação de prisão preventiva etc.) encontra forte resistência da doutrina mais esclarecida, com muito maior razão, a simples existência de processo, em hipótese alguma, permite concluir pela presunção de culpabilidade, pela periculosidade ou mesmo pelo demérito do acusado, por não ter substrato científico³⁹⁷.

No que toca ao segundo dos **requisitos subjetivos**, também há um despropósito legislativo, haja vista não haver similitude entre os requisitos da *suspensão condicional da pena* e aqueles atribuídos à *suspensão condicional do processo*³⁹⁸, talvez apenas quanto àqueles previstos no art. 77, II, CP

³⁹³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 631.

³⁹⁴ Exemplos: Lesões corporais graves, omissão de socorro, furto simples, estelionato, falsidades, homicídio culposo (exceto na direção de veículo automotor), apropriação indébita etc. (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 631).

³⁹⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 631.

³⁹⁶ Em posição contrária, Cirino dos Santos, para quem não violaria o indigitado princípio. (vide: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 632).

³⁹⁷ Vide Quarto Capítulo, item II – crítica aos requisitos subjetivos.

³⁹⁸ “A natureza, pressupostos e conseqüências desautorizam qualquer comparação entre transação penal e suspensão do processo ou entre qualquer destes e o *sursis*.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral...p.656).

(*culpabilidade, antecedentes, personalidade, conduta social, motivos e circunstâncias do fato*), os quais devem indicar uma **prognose favorável** de suficiência e necessidade da medida.³⁹⁹

De mesma forma como a transação penal, deve a *suspensão condicional do processo* ser aceita pelo acusado assistido por seu defensor, na presença do juiz. Não havendo anuência, prossegue-se o processo penal iniciado nos seus ulteriores termos; em havendo aceitação, a execução da medida vincula-se à imposição de *condições legais e judiciais*⁴⁰⁰.

As *condições legais*, como a nomenclatura sugere, encontram-se previstas taxativamente no art. 89, §1º, da Lei nº 9.099/95, quais sejam: (i) a reparação do dano ocasionado pela prática do crime, exceto quando impossibilitado o réu de provê-lo; (ii) a proibição de freqüentar determinados lugares; (iii) proibição de ausentar-se da comarca de residência sem autorização judicial; (iv) comparecimento pessoal e obrigatório ao juízo de execução, mensalmente, para informação e justificação de suas atividades.

As *condições judiciais* (art. 89, §2º Lei nº 9.099/95), ao contrário, estão sujeitas ao âmbito de discricionariedade do juiz, que as institui se as considerar adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado⁴⁰¹.

Transcorrido sem percalços o período de prova, o juiz deverá declarar extinta a punibilidade (art. 89, §5º da Lei nº 9.099/95). Se descumpridas quaisquer das condições legais indigitadas dos itens (ii) a (iv), bem como as condições judiciais, é facultado ao juiz revogar o substitutivo penal ou prorrogar o período de prazo até o prazo máximo (quatro anos), após audiência admonitória (de censura). Idêntica situação ocorre se o réu for processado por contravenção no curso do período de prova⁴⁰². Contudo, a revogação é obrigatória se o acusado for

³⁹⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp. 633/634.

⁴⁰⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 634.

⁴⁰¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 635.

⁴⁰²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 636.

processado por crime durante o prazo de suspensão⁴⁰³ ou não promover, injustificadamente, a reparação do dano resultante do crime (art. 89, §3º, da Lei nº 9.099/95)⁴⁰⁴.

⁴⁰³ Acreditamos ser inconstitucional este dispositivo, pelos mesmos fundamentos do *requisito subjetivo* que impede a concessão do *sursis* processual se o acusado estiver respondendo a outro processo criminal.

⁴⁰⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 635.

QUARTO CAPÍTULO

QUESTÕES ESPECIAIS RELATIVAS AOS SUBSTITUTIVOS PENAIS

Os programas de política criminal *diversificadora* e *substitutiva* reúnem inconsistências teóricas e práticas. Muitas das propaladas verdades absolutas, aceitas pelos membros eleitos do poder legislativo, pelos operadores do direito, pela imprensa e pelos outros órgãos ideológicos (*aparelhos privados de hegemonia*)⁴⁰⁵ da sociedade dividida em classes não questionam as contradições ou, ao menos, agem como se os **substitutivos penais** introduzissem uma nova forma ideal de controle social: mais humana, ágil, barata e eficiente.

Entretanto, pululam dúvidas das quais uma análise (criminológica) crítica dos *substitutivos penais* não pode prescindir:

- (i) *Por que existe uma sistemática limitação para outorga e gozo das hipóteses substitutivas a patamares tão baixos de pena, a bagatelas? Existe realmente uma correspondência entre a quantidade de pena e a gravidade do delito?*
- (ii) *Por que apenas indivíduos menos vulneráveis socialmente, considerados não perigosos e não reincidentes, têm efetivo acesso aos mecanismos de diversificação? Que tipo de seletividade é essa?*

⁴⁰⁵ “Criam-se, assim, enquanto portadores materiais dessas visões de mundo em disputa, em luta pela hegemonia, o que Gramsci chama de ‘aparelhos privados de hegemonia: e não se criam apenas novos ‘aparelhos hegemônicos’ gerados pela luta das massas (como os sindicatos, os partidos, os jornais de opinião etc.); também os velhos ‘aparelhos ideológicos de Estado’, herdados pelo capitalismo, tornam-se algo ‘privado’, passando a fazer parte da sociedade civil em seu sentido moderno.” (COUTINHO, Carlos Nelson. Gramsci: Um Estudo Sobre Seu Pensamento Político. 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. pp.133/134).

- (iii) *Há uma interdependência entre as formas desinstitucionalizadas de controle penal e o mercado de trabalho?*
- (iv) *Até onde irá essa desinstitucionalização penal? O que o atual estado de repressão penal tem a nos dizer sobre as futuras tecnologias de controle?*

As respostas para essas questões aplicam-se para a análise não apenas dos ***substitutivos penais***, mas também para a das *penas alternativas*⁴⁰⁶, contudo, é naqueles que as contradições adquirem maior intensidade, pois a nova tendência internacional de *desinstitucionalização penal* carrega em si uma mentira: os teóricos do Direito Penal descuram o seu caráter punitivo para centrar-se apenas em termos utilitaristas e preventivos; os operadores pensam não estarem aplicando uma verdadeira sanção criminal e, dessa forma, violam sem qualquer resistência as garantias constitucionais do processo e da liberdade, sem mencionar a malferida dignidade da pessoa humana; para a sociedade apenas é transmitido o discurso da novidade e das aparentes vantagens na *diversão*.

Enfim, os ***substitutivos penais*** constituem formas viciosas de sanção criminal, de nítido caráter retributivo, travestidas sob roupagens de não-sanção criminal, congregando, destarte, problemas de legitimidade mais sérios que os das formas tradicionais de pena⁴⁰⁷ e, pior, problemas invisíveis: não estudados, não pensados e não discutidos.

⁴⁰⁶Vide: BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização... pp. 175/178.

⁴⁰⁷Art 5º, XLVI (Constituição Federal)- a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

I. CRÍTICA AOS REQUISITOS OBJETIVOS DOS SUBSTITUTIVOS PENAIS

Todas as modalidades de *substitutivos penais*⁴⁰⁸, não só no Brasil, impõem estritos patamares autorizadores de sua concessão, ligados seja à quantidade de pena privativa de liberdade abstratamente cominada ao delito em tela, seja àquela concretamente aplicada pelo juiz, ou seja, ainda, ao pelo tempo restante a ser cumprido em estabelecimento prisional, também conhecidos simplesmente por *requisitos objetivos*⁴⁰⁹.

A quantidade de pena induz à aferição da importância do bem jurídico tutelado pela norma penal bem como à extensão do dano provocado ou à probabilidade de lesão de bem jurídico exposto a perigo, em outras palavras, o *quantum* de privação de liberdade expressa, supostamente, a *gravidade* do crime. Entretanto, essa apressada correlação leva a equívocos.

Em primeiro lugar, não há propriamente tutela exercida pela legislação criadora de tipos penais. Existe, através da lei, apenas uma pretensão tutelar,

⁴⁰⁸ *Suspensão Condicional da Pena* - Art. 77 (Código Penal) - A execução da *pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos*, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (...).

Livramento Condicional - Art. 83 (Código Penal)- O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a *pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos*, desde que: I - *cumprida mais de um terço da pena* se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; II - *cumprida mais da metade* se o condenado for reincidente em crime doloso; III - (...); IV - (...); V - *cumprido mais de dois terços da pena*, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Transação Penal - Art. 61 (Lei nº 9.099/95). Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine *pena máxima não superior a 2 (dois) anos*, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006) c/c Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Suspensão Condicional do Processo - Art. 89 (Lei nº 9.099/95). Nos crimes em que a *pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano*, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

⁴⁰⁹ Em contraposição aos *requisitos subjetivos*, que referem a características identificáveis ao nível pessoal e individual. Para a crítica a estes, ver item II abaixo.

porém é na vida concreta que se verifica a contrapartida real do controle nefasto, especialmente na visão fantasiosa da *agência política criminalizante*⁴¹⁰⁴¹¹.

De fato, ao invés de proteger bens jurídicos, o Direito Penal tem servido historicamente como manto violador de sistemáticas violações àqueles interesses reputados dignos da tutela penal e acreditar na solução penal é ainda acreditar em utopias irrealizáveis. Portanto, além de não haver qualquer demonstração material de que a formulação típica proteja qualquer bem jurídico – sendo o fundamento tutelar *referência formal*, e não *material* –, admitir que o tipo pressupõe o bem jurídico tutelado reveste-se de escolha político criminal sistêmica, não de garantia individual, mas de manutenção e (re)produção de ordem social.⁴¹²

Ademais, a concepção de bem jurídico tutelado, pela qual todo bem jurídico demanda e pressupõe uma tutela penal, se levada à risca, leva à criminalização desmedida e sem lacunas. Com isso, o verdadeiro balizador – se é que realmente exista – da criminalização, que é a *ofensividade* (o *efeito limitador da idéia de bem jurídico lesionado ou exposto a perigo*) acaba sendo neutralizado e digerido pela falsa concepção de tutela penal, o que enfraquece a própria idéia de bem jurídico ao conferir-lhe importância relativa, culminando por substituí-la por conceitos funcionais – de origem *hegeliana* e *luhmanniana* – como da *estabilização das expectativas normativas* ou da *vontade de poder* (na posição de Günther Jakobs), ou a definição de delito como simples *infração do dever de agir*, que se transmuda no único bem jurídico existente ou aceito teoricamente – o Estado⁴¹³.

⁴¹⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. Vol I... p. 227.

⁴¹¹O autor dá o exemplo do homicídio: obviamente que a pena imposta não tutela a vida (bem jurídico) da vítima, logo, a tese tutelar somente poderia admitir a tutela da vida em abstrato, o que também apresenta equivocidades. Cirino dos Santos, ao contrário, possui uma posição diferente, admitindo que bem jurídico é objeto da proteção penal. (vide: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp 15/16).

⁴¹²TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. 3ª ed. - Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 180.

⁴¹³ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. Vol I... pp. 227/228. No mesmo sentido: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p. 16.

O *Terceiro Reich* alemão, com espreque na teoria de Schaffstein, preteriu completamente o conceito de bem jurídico e, no seu lugar, instituiu o ***Direito Penal da vontade***, fundamentando o crime na violação do dever geral de obediência ao Estado Nazista.⁴¹⁴

Sem operar com o mencionado critério (ofensividade), o operador ver-se-á enganado pelo discurso da eficácia preventiva da pena para solução dos mais ou menos aquilatados problemas, racionalizando a repressão de riscos improváveis e distantes, de perigos abstratos e remotos, de intervenções desproporcionais à lesão ou levando à criminalização de bens jurídicos hipotéticos e espiritualizados⁴¹⁵, característicos de complexos funcionais do sistema capitalista, e não da pessoa de carne e osso, ou seja, de bens jurídicos individuais definíveis como direitos humanos fundamentais⁴¹⁶.

Deste modo, por um lado, o conceito de *bem jurídico* continua a ser necessário ao estabelecer um *referente material* de definição do fato punível, a expressão de alguma forma de condutas imbuídas de *negatividade social* capazes de merecer a criminalização legal⁴¹⁷. O sistema anglo-saxão busca a corporificação do bem jurídico no princípio do dano (*harm principle*), constatado empiricamente no intuito de identificar as hipóteses de reconhecimento da necessidade interventiva penal⁴¹⁸.

⁴¹⁴AMELUNG, Knut; El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. IN: La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? (HEFENDEHL, Roland – Org.) - Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007. pp. 233/234. No mesmo sentido: BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 9ª Ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 95.

⁴¹⁵Como a higidez o sistema financeiro, a eficácia da administração tributária, a segurança nacional etc.

⁴¹⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. Vol I... p. 227. No mesmo sentido: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp. 16 e 702.

⁴¹⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral. – Curitiba: ICPC: Lumen Júris, 2006. pp. 14/15.

⁴¹⁸SEELMANN, Kurt. El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena. IN: La teoría del bien jurídico... pp. 373/374.

Baratta propugnava para vinculação do referente material de *negatividade social* com as *necessidades reais* (*bisogni reali*) relacionadas com a maior ou menor *violência estrutural* (*violenza strutturale*) e a *comunicação livre pelo poder* (*comunicazione libera dal potere*):

“Os instrumentos teóricos dos quais me sirvo nessa pesquisa sobre o ‘referente’ material das definições de criminalidade são os conceitos de ‘violência estrutural’, de ‘necessidades reais’ e de ‘comunicação livre do poder’. Por ‘violência estrutural’ entendo a situação na qual as necessidades reais são reprimidas; por necessidades reais, as potencialidades de existência das pessoas e dos grupos que correspondem ao estado de desenvolvimento da capacidade de produção material e cultural atingido por uma determinada sociedade e são identificáveis em um processo de comunicação livre pelo poder.

*(...) deste ponto de vista, ‘violência estrutural’ é uma situação de discrepância entre as condições efetivas de existência dos homens que fazem parte de um sistema econômico-social e a situação potencial. (...)”*⁴¹⁹

Continua a mestre italiano que existem duas formas de satisfação das necessidades reais, a humana e a inumana, a depender do processo histórico no qual se planifica a violência estrutural:

“Eles (Marx e Engels na sua “Ideologia Alemã”) distinguem entre uma maneira ‘humana’ e uma maneira ‘desumana’ da satisfação das necessidades que, a seu turno, dependem do modo de ser das relações sociais de produção. A maneira ‘humana’ corresponde àquela que seria permitida pela capacidade social de produção. A maneira ‘desumana’, ao contrário, é aquela imposta pelas injustas relações de propriedade e de poder. A maneira ‘humana’ pressupõe relações sociais nas quais os produtores são senhores no processo produtivo e possam guiá-lo na direção da satisfação das necessidades reais. A crítica da economia política não era, para Marx, senão a análise do antagonismo entre as classes na sociedade capitalista devido à situação que, a partir de agora, parece-me seja transformada mais na sua

⁴¹⁹[Trad. Livre] **Original:** “Gli strumenti teorici di cui mi servo in questa ricerca sul ‘referente’ materiale delle definizioni di criminalità sono i concetti di ‘violenza strutturale’, di ‘bisogni reali’ e di ‘comunicazione libera del potere’. Con ‘violenza strutturale’ intendo la situazione in cui i bisogni reali sono repressi; con ‘bisogni reali’ le potenzialità di esistenza delle persone e dei gruppi, che corrispondono allo stadio di sviluppo della capacità di produzione materiale e culturale raggiunto da una determinata società e sono identificabili in un processo di comunicazione libera dal potere.

(...) da questo punto di vista, ‘violenza strutturale’ è una situazione di discrepanza fra le condizioni effettive di esistenza degli uomini che fanno parte di un sistema economico sociale e la situazione potenziale.(...)”
BARATTA, Alessandro. Che cosa è la Criminologia Critica? In: **Dei Delitti e Delle Pene**, 1991, n. 1. p. 68

forma que na sua substância: aquela na qual a satisfação das necessidades de um ocorre às expensas dos outros.”⁴²⁰

Outro exemplo de como uma categoria dogmática – como o crime - pode ter por conteúdo referenciais concretos importantes, repousa na tentativa da Criminologia Crítica em construir um **conceito proletário de crime**. A Criminologia Tradicional-Positivista produziu a *definição legal* (positivismo jurídico), *definição naturalista* (positivismo sociológico) e a *definição ética* (positivismo jurídico-sociológico), que representam o **conceito burguês de crime** sem levar em conta o aspecto subordinado da contradição histórica (*separação trabalhador/meios de produção*). Por outro lado, a aplicação do método criminológico-crítico levaria a um **conceito socialista de crime**⁴²¹.

Percebe-se que a burguesia e a classe trabalhadora são forças históricas que definem os pólos dialéticos das lutas sociais de classe e da controvérsia teórica sobre o conceito de crime, pois da hegemonia do capital depende a *definição legal/conceito burguês de crime* (ações contrárias ao *status* das relações sociais em que a burguesia assenta seu poder de classe)⁴²². Pelo compromisso pela transformação para o socialismo da Criminologia Radical, seria útil redefinir um **conceito proletário de crime**, vez que a classe trabalhadora, por ora não dispõe do poder político para definir, com força legal, um **conceito socialista de crime**⁴²³.

⁴²⁰[Trad. Livre] **Original:** “Essi (Marx ed Engel nella “Ideologia Tedesca”) distinguono tra una maniera ‘umana’ ed una maniera ‘inumana’ del soddisfacimento dei bisogni, che a loro volta dipendono dal modo d’essere delle relazioni sociali di produzione. La maniera ‘umana’ corrisponde a quella che sarebbe permessa dalla capacità sociale di produzione. La maniera ‘disumana’, invece, è quella imposta da ingiuste relazioni di proprietà e di potere. La maniera umana presuppone relazioni sociali in cui i produttori sono signori nel processo produttivo e possono guidarlo nella direzione del soddisfacimento dei bisogni reali. La critica dell’economia politica non era per Marx altro che l’analisi dell’antagonismo tra le classi nella società capitalista dovuto alla situazione che da allora mi sembra sia cambiata più nella forma che nella sostanza: quella in cui ‘il soddisfacimento dei bisogni reali degli uni avviene a spese dei bisogni degli altri’” BARATTA, Alessandro. Che cosa è la Criminologia Crítica?... pp. 68/69.

⁴²¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.49/50.

⁴²²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radica... p.49.

⁴²³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... p.50.

O *conceito proletário de crime* deve ser fundado na concepção socialista de direitos humanos (segurança pessoal e igualdade real), ou seja, a violação desses direitos por indivíduos, empresas, instituições, relações sociais capitalistas e imperialistas constitui crime por negar direito à vida, saúde, liberdade e dignidade de seres humanos, porque os explora em seu trabalho, porque os submete pela sua posição de classe⁴²⁴.

Se o *conceito burguês de crime* exclui de antemão a criminalidade estrutural absoluta das classes dominantes (*crimes sistêmicos*) para se centrar na criminalidade individual, violenta e fraudulenta dos despossuídos, essa sem o mesmo impacto social negativo, causando cegueira ideológica dos juristas tradicionais que não questionam o conteúdo da incriminação, a Criminologia Radical vincula o “fenômeno criminoso” à estrutura perversa (conjunta) das relações sociais (criminógenas), por (re)produzirem, pelas estruturas econômicas e instituições jurídicas, as condições necessárias e suficientes para a existência do comportamento criminoso⁴²⁵. Mesmo que possa conter ambigüidades e indeterminações históricas (como assentar-se, de certo modo, na teoria jusnaturalista de direitos humanos), o *conceito proletário de crime* constitui a alternativa radical ao *conceito burguês de crime*, enquanto não puder adquirir formalização jurídica e política (no socialismo)⁴²⁶.

O *conceito socialista de crime*, na posição de classe do proletariado (pólo dialético subordinado da contradição estrutural) explica a *criminalidade individual* como resposta necessária e inevitável das camadas sociais subalternas, uma resposta pessoal às condições sociais adversas, desorganizadas politicamente e com ausência de consciência de classe; e a *criminalidade estrutural* pela articulação funcional entre a esfera individual de produção e os sistemas jurídicos de reprodução social como situações garantidoras da impunidade, imunização

⁴²⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... p.50.

⁴²⁵CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... p.51.

⁴²⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.52/53.

penal e estímulo lucrativo a práticas anti-sociais predatórias da classe dominante. Ainda, o *conceito proletário de crime* incorpora, critica e supera o *conceito burguês de crime* (como o *socialismo* supera as conquistas democráticas do *capitalismo* e amplia os limites de liberdade real do povo)⁴²⁷.

Enfim, admitindo a importância de existir alguma definição que seja sobre *bem jurídico*, este corporifica o *princípio da lesividade*, por meio do qual se delimita a atuação estatal repressiva às situações conflituais marcada pela lesão ou perigo efetivo de lesão de direitos alheios, ou seja, na esfera da *alteridade*, excluindo, portanto, lesões irrisórias (insignificantes) – que não chegam a violar a alteridade –, assim como perigos improváveis e remotos⁴²⁸.

O *princípio da lesividade*, em que pese ser uma garantia liberal burguesa, representa um grande avanço, pois proíbe a incriminação: (1) de atitudes internas (convicções, desejos, sentimentos, a simples cogitação desacompanhada de ação exterior – *cogitationis poenam nemo patitur*); (2) de condutas que não excedam o âmbito do próprio autor (autolesão, atos preparatórios, o simples conluio entre duas ou mais pessoas para o cometimento de um ato delituoso sem início de sua execução); (3) de simples estados ou condições existenciais (direito penal de fato – o que se fez⁴²⁹ –, ao invés de direito penal de autor – o que se é); (4) de condutas consideradas desviadas pela moralidade dominante, mas que não afetam qualquer bem jurídico (todas as práticas religiosas, políticas, sexuais, estéticas etc. de adultos conscientes que compõem o núcleo do “*direito à diferença*”, nas palavras de Lyra Filho).⁴³⁰

⁴²⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.58/60.

⁴²⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. Vol I... pp. 225/228.

⁴²⁹Cirino dos Santos detalha a *culpabilidade* (seu *conceito normativo*) como o “juízo de reprovação *sobre o sujeito* (quem é reprovado), que tem por *objeto* a realização do tipo de injusto (o que é reprovado) e por *fundamento* (a) a capacidade geral de *saber o que faz*, (b) o conhecimento concreto que permite ao sujeito *saber realmente o que faz* e (c) a normalidade das circunstâncias do fato que confere ao sujeito o *poder de não fazer o que faz* (porque é reprovado)”. (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.274).

⁴³⁰BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro... pp. 92/94.

A origem conceitual do que vem a ser bem jurídico, esse sinal de *lesividade* (alteridade ou exterioridade) posto na fronteira entre política criminal e Direito Penal, remonta a Birnbaum, quem na primeira metade do século XIX contestou a concepção iluminista tradicional do crime como ofensa a um direito subjetivo da vítima⁴³¹, para vinculá-lo à ofensa a bens de interesse geral⁴³². Das várias teorias que o sucederam⁴³³ muitas retornaram aos direitos subjetivos ou obrigações jurídicas, ou mesmo a um direito público subjetivo do Estado – o próprio direito objetivo⁴³⁴. Prevaleceu a opinião conjugada de Von Lizst e Binding de *interesse da vida*, ou nos termos cunhados por Welzel, a *situação social desejável*, cuja normatização e positivação era realidade que se impunha⁴³⁵. Porém o próprio conceito de bem jurídico depende dos rumos adotados pelo poder punitivo consecutórios das mudanças estruturais na sociedade e no Estado⁴³⁶.

Bem jurídico refere-se ao conteúdo do tipo de injusto⁴³⁷ (*ação típica e antijurídica concreta*), sendo a norma jurídica que as institui uma *norma de conduta* – material – e não *norma de reconhecimento* – processual – nos termos propostos por Hart.⁴³⁸ No atual desenvolvimento teórico, o bem jurídico exerce

⁴³¹Essa explicação foi defendida por Feuerbach, para quem o delito era representado pela violação ao contrato social, na qual haveria lesão ao direito individual – subjetivo – do ofendido em exercer sua própria liberdade. (TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal... p. 183).

⁴³²BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro... p. 94. Também: TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal... pp. 182/183.

⁴³³Podem-se precisar cinco vertentes dogmáticas principais de teorização do bem jurídico – *positivista* (bens jurídicos com origem na lei ou nos costumes, no espírito do povo, ratio geral), *neokantiana* (bens jurídicos como corolários de hipotéticos mandamentos valorativo-culturais, imperativos categóricos), *ontológica* (mescla do neokantismo com a filosofia dos valores, em busca de um referente concreto) e *funcionalista* (diversos submodelos, desde a finalidade preventiva a concepções ortodoxas como de Jakobs que trabalha com o binômio de conflitos – *inputs* – e intervenção para estabilização normativa pura – *outputs*). (TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal... pp. 186/197. Para aprofundamento, cf. TAVARES, Juarez. Bien Jurídico y función en Derecho Penal...).

⁴³⁴BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 9ª Ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2004. pp. 94/95.

⁴³⁵BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro... p. 95.

⁴³⁶TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal... pp. 197/198.

⁴³⁷Não seu pressuposto, conforme fora demonstrado, pois não há proteção penal efetiva exercida pela criação de hipóteses de criminalização.

⁴³⁸TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal... pp. 179/180.

cinco funções básicas: *axiológica* (os valores escolhidos pelo legislador na criminalização), *sistemático-classificatória* (para o agrupamento científico de crimes que lesionam o mesmo bem jurídico, o que não necessariamente implica uma hierarquia entre eles), *exegética* (elemento central na hermenêutica penal), *dogmática* (técnica para estruturação da teoria do fato punível, seu eixo principal) e, *last but not least*, *crítica* (desvelar as funções e orientações político-criminais ao permitir o questionamento criminológico).⁴³⁹ Essa última orienta este trabalho.

Hassemer parte de uma teoria constitucional do bem jurídico tendo como substrato a pessoa – não bens jurídicos vagos e generalizados-, admitindo-o como critério de criminalização desde que inserido nos patamares da proibição de excesso (*Übermaßverbot*) e a proibição de defecção (*Untermaßverbot*)⁴⁴⁰. Aquele primeiro barra a sanha repressora do legislador para além da proporcionalidade aceitável, embora deixe uma perigosa margem de manobra para a discricionariedade legislativa -, ao passo que a esse repudia a situação de lesões irresponsáveis de bens jurídicos individuais, invocando a necessidade de, por vezes, impor um mandato cominatório de penas e sanções.⁴⁴¹ Assim sendo, ele propõe três critérios para satisfazer o conceito dogmático de bem jurídico:

“1º) A noção de bem jurídico deveria adequar-se à realidade: quando falamos de bem jurídico, falamos da relação correta entre Direito e vida, de uma ponte firme em direção aos ‘verdadeiros’ bens das pessoas hoje em dia; isso exige uma integração inteligente no sistema de bens jurídicos das condições de vida da moderna socialização, isto é, sobretudo interesses universais.

2º) O conceito de bem jurídico deveria ser seletivo e nítido: trata-se dos limites à intervenção na liberdade de atuação humana, é dizer, de um conceito protetor da liberdade, o qual exige diferenciações precisas dos objetos e denominações próximas aos fatos.

3º) Por último, o conceito de bem jurídico deveria ser geralmente compreensível: deve facilitar o controle democrático do legislador, uma vez que é o

⁴³⁹BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro... pp. 96/97.

⁴⁴⁰HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? IN: La teoría del bien jurídico...pp.95/98.

⁴⁴¹HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?...pp.98/103.

primeiro que tem que fazer possível: isso proíbe generalizações nebulosas que impedem a todos ter uma idéia do seu significado.”⁴⁴²

Optar pelo catálogo de bens jurídicos passíveis de servir como critério de criminalização e suas escalas de importância é inevitavelmente optar por uma determinada moral. No momento em que pretende impor uma única moral, o Estado paternalista torna-se imoral exatamente por não respeitar o campo de liberdade individual, por não oferecer outra opção⁴⁴³. Assim, se for admitir o encontro das esferas do Direito e da Moral, será moralmente aceito o Direito que admite a possibilidade da imoralidade, aquele que não viola a esfera ética do indivíduo, ou mesmo não pune as ações que não transcendam o bem jurídico próprio, mas somente na medida em que implica esferas jurídicas alheias. Nisto reside a *personalização* do Direito, nada mais que a consagração do *alterum non laedere* aristotélico⁴⁴⁴.

Só pode o Direito visar à ordem pacífica externa da sociedade, adotada esta como limite de sua atuação, vez que não deve se destinar à educação moral dos cidadãos⁴⁴⁵. Bem verdade, não há correspondência entre imoralidade e criminalidade, porquanto não existem fatos morais, apenas interpretações morais de fatos, que podem decorrer de exegese equivocada, na esteira do pensamento *nietzscheano* que evocava a *transvaloração dos valores*. Deste modo, a opção por

⁴⁴²[Trad. livre] **Original:** “1º) La noción de bien jurídico debería adecuarse a la realidad: cuando hablamos de bien jurídico, hablamos de la relación correcta entre Derecho y vida, de un puente firme hacia los ‘verdaderos’ bienes de las personas hoy en día; esto exige una integración inteligente en el sistema de bienes jurídicos de las condiciones de vida de la moderna socialización, esto es, sobre todo de intereses universales.

2º) El concepto de bien jurídico debería ser selectivo y nítido: se trata de los límites a la intervención en la libertad de actuación humana, es decir, de un concepto protector de la libertad, por lo que exige diferenciaciones precisas de los objetos y denominaciones cercanas a los hechos.

3º) Por último, el concepto de bien jurídico debería ser generalmente comprensible: debe facilitar el control democrático del legislador, puesto que es lo primero que tiene que hacer posible; esto prohíbe generalizaciones nebulosas, que impiden a todos hacerse una idea.”HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?...p. 104.

⁴⁴³ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. Vol I... p. 225.

⁴⁴⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. Vol I... pp. 225/229.

⁴⁴⁵BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro... p. 91.

valores será sempre uma opção, dentre outras, pois o *homem é humano, demasiadamente humano*.⁴⁴⁶

Já dizia Durkheim que a moral, como todo e qualquer outro fato social, também se submete a um processo evolutivo de acordo com a consciência coletiva que aos poucos a altera e a depura de impurezas, não havendo constância, na medida em que atos considerados criminosos em sociedades primitivas perderam essa qualidade. Assim, os criminosos hoje podem ser aqueles que acusam a involução ou pretendem – mesmo que inconscientemente – demonstrar o atraso nas transformações da vida social⁴⁴⁷. Em suma, não existem critérios constantes para a categorização da estreita fronteira da moralidade e da imoralidade.

No mesmo diapasão, na teoria *weberiana*, a ação social orienta-se pela perspectiva dos outros – pode-se antever aqui o núcleo da teoria interacionista do *labeling approach* -, de qualquer modo, ela pode ser determinada *de modo racional referente a fins* (pela expectativa do comportamento de outras pessoas ou de objetos no mundo exterior), *de modo racional referente a valores* (a crença pessoal no valor seja ético, estético, religioso etc., dependente da interpretação), *de modo afetivo* (influenciado por estados emocionais constantemente destituídos de explicação racional) ou *de modo tradicional* (por costume inveterado). Mais especificamente quanto às ações sociais referente a valores, predominante nas escolhas legislativas pelos bens jurídicos prioritários, mesmo que a crença seja na aderência e inerência daquele suporte axiológico em determinado contexto histórico – seu caráter presumivelmente absoluto -, sabe-se que existem inúmeros outros conjuntos valorativos, um verdadeiro *pluralismo de valores*⁴⁴⁸.

A apropriação dessas conclusões pela Criminologia Crítica ocorreu há algum tempo, quando Lola Aniyar de Castro já defendia a inexistência de delitos

⁴⁴⁶CARVALHO, Salo de. Antimanual de Criminologia. - Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008. pp. 176/177.

⁴⁴⁷DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico.- São Paulo: Ed Martin Claret, 2003. pp. 60/61.

⁴⁴⁸WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. 3ª ed.- Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1994. pp. 13/16.

naturais ou a vinculação imediata de imoralidade (e pecado) com crime, bem como deste com desvio de personalidade⁴⁴⁹. Inclusive, a criminóloga venezuelana considerava ser a *relatividade do delito* um dos fantasmas que assombravam a criminologia tradicional⁴⁵⁰, pois o espectro aparecia de tempos em tempos para avisar que não há *ontologia do crime*, mas apenas *construção social* dele numa *sociedade criminógena* marcada pelo individualismo, a qual cria as condições para os *processos de criminalização*⁴⁵¹.

Assim sendo, não há uma hierarquia aferível entre bens jurídicos que reflita na quantidade de pena cominada aos delitos que os atinjam, mormente no ordenamento jurídico brasileiro em que crimes contra o patrimônio são sancionados com maior severidade que os crimes contra a vida⁴⁵². O poder legislativo descarta qualquer proporcionalidade sob o argumento de necessidade preventiva da criminalidade, que esconde concepções classistas de controle social, estipulando penas de modo completamente arbitrário.⁴⁵³

Ademais, em se admitindo o bem jurídico como *critério de criminalização*, a grande questão está em identificar qual o substrato material que congrega os *interesses universais* orientadores das hipóteses criminalizantes, em uma sociedade desigual e dividida, na qual não há identidade de interesses⁴⁵⁴. A corrente da criminologia crítica de viés marcadamente marxista, indissociada do ideário socialista, identificou na contradição essencial *capital/trabalho assalariado* essa base histórico-concreta, imputando ao trabalho assalariado a marca de portador dos interesses comuns universalizáveis: sua emancipação conduziria à libertação de toda a humanidade - *Weltanschauung*⁴⁵⁵. Nas palavras de Alessandro Baratta:

⁴⁴⁹CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia da Reação Social... pp. 63/65.

⁴⁵⁰Os outros “fantasmas” seriam cifra negra e a cifra dourada.

⁴⁵¹CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia da Reação Social...pp.19/30.

⁴⁵²ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. Vol I... pp. 230/231.

⁴⁵³ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. Vol I... pp. 231.

⁴⁵⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.9/14.

⁴⁵⁵CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.14.

“O problema que permanece insolúvel, e que nem ao menos é possível colocar em uma perspectiva como esta, é aquela da construção de um ponto de vista normativo para a ação prática ao interno dos conflitos, ou seja, uma tomada de posição a favor de uma das partes. A teoria dos conflitos de classe elaborada por Marx enfrentou este problema. Traduzindo em chave materialística um fundamental princípio da filosofia prática, Marx não apenas descrevia o conflito social que tinha de frente aos seus olhos, mas se perguntava qual dos interesses antagônicos era ‘universalizável’; qual das classes em conflito era, no momento em que escrevia, portadora de interesses comuns a todos os homens. Essa classe era, segundo Marx, a ‘classe trabalhadora’, e portanto a sua emancipação parecia ligada à emancipação geral da sociedade.”⁴⁵⁶

Devido a isso, não há imutabilidade de quais as relações sociais complexas cuja preservação e reprodução interessam em todos os períodos históricos, podendo ou não converter-se em bens jurídicos conjuntamente com o ato de criação política do crime (*criminalização primária*). Assim, os bens jurídicos apenas se revelam como tais no momento em que se institui a criminalização – cria-se o crime e impõe-se o rótulo de comportamento criminoso a certos atos selecionados de acordo com os objetivos do legislador⁴⁵⁷. Nas palavras de Nilo Batista:

“Numa sociedade de classes, os bens jurídicos não de expressar, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os interesses da classe dominante, e o sentido geral de sua seleção será o de garantir a reprodução das relações de dominação vigentes, muito especialmente das relações econômicas estruturais”⁴⁵⁸

⁴⁵⁶[Trad. Livre] **Original:** *“Il problema che rimane insoluto, e che nemmeno è possibile porre in una prospettiva come questa, è quello della costruzione di un punto di vista **normativo** per l’azione pratica all’interno dei conflitti, ossia della presa di posizione a favore di una delle parti. La teoria dei conflitti di classe elaborata da Marx ha affrontato questo problema. Traducendo in chiave materialistica un fondamentale principio della filosofia pratica, Marx non solo descriveva il conflitto sociale che aveva dinanzi agli occhi, ma si chiedeva quale degli interessi antagonisti ‘fosse universalizzabile’; quale delle classi in conflitto fosse, nel momento in cui egli scriveva, portatrice di interessi comuni a tutti gli uomini. Questa classe era, secondo Marx, la ‘classe lavoratrice’, e pertanto la sua emancipazione sembrava legata alla emancipazione generale della società”* BARATTA, Alessandro. Che cosa è la Criminologia Critica?... pp. 66/67.

⁴⁵⁷BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro... p. 96.

⁴⁵⁸BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro... p. 96.

Com a distinção entre *objetivos ideológicos* e *objetivos reais* do sistema punitivo, redefine-se a ideologia penal de ***proteção da sociedade*** para a ***proteção da sociedade de produtores de mercadorias***, na qual o domínio de classe exerce-se por meio da repressão legitimada – *uma gestão diferenciada* - pela aparência de uma ***correção pessoal***⁴⁵⁹.

A escolha do tempo (*bem jurídico comum* – único de que todos podem dispor, ao contrário da riqueza, que é bem jurídico restrito) do valor da mercadoria liga-se ao ***tempo médio*** de trabalho social necessário para sua produção. A troca ***igual*** exclui a vingança de sangue do talião, na tentativa de transição histórica do ***sujeito zoológico***. Desta forma, a pena criminal – que aponta pela supressão do tempo de liberdade, exatamente aquele valor compartilhado por todos - representa o ***equivalente geral*** de troca do crime (assim como o dinheiro pela mercadoria), correspondente à transição pela forma estatal capitalista⁴⁶⁰.

Ao restringir a concessão dos ***substitutivos penais*** a patamares de quantidade de pena tão tímidos⁴⁶¹ – de um a três anos-, dificultando a própria utilização das hipóteses diversificadores previstas na legislação, os ***requisitos objetivos*** realizam a ***criminalização primária***, isto é, a escolha legal seletiva de bens jurídicos titularizados pelas elites do poder econômico e político da formação social capitalista, sempre favorecendo a manutenção da distribuição desigual das utilidades e da propriedade, uma das faces da moeda nos *processos de criminalização*.⁴⁶²

Pena que o legislador não adota posturas mais democráticas de alargar esses limites estreitos dos prazos arbitrários para intensificar as propostas de

⁴⁵⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical...p.87.

⁴⁶⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical...pp.87/88.

⁴⁶¹Com exceção, por óbvio, do *livramento condicional*, que simplesmente estipula uma maior razão de cumprimento efetivo de pena institucionalizada se maior a gravidade do crime ou o agente seja reincidente. Só haveria a impossibilidade de concessão do *substitutivo* em tela em duas hipóteses: por revogação do benefício durante o regime de prova, não poderá ser novamente concedido; por reincidência específica em crimes que envolvam grave violência ou ameaça contra a pessoa.

⁴⁶²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.699.

despenalização e excarceração, enfim, para ao menos assegurar um pouco mais de dignidade dentro de um sistema indigno⁴⁶³.

Ainda, quanto aos crimes punidos com detenção, de ação penal privada, ação penal pública condicionada à representação, crimes de perigo abstrato, contravenções penais e crimes de menor potencial ofensivo, os quais preenchem os **requisitos objetivos** de outorga dos **substitutivos penais**, o mais aconselhável seria optar por ser imediata *descriminalização*, pois além de violar a *lesividade* – ou o *critério limitador do bem jurídico lesionado ou exposto à grave e iminente perigo* -, admite a punição de bagatelas e inverte a lógica da *subsidiariedade* do Direito Penal, que deveria ser utilizado na condição de *ultima ratio* – não de *prima ratio*⁴⁶⁴.

II. CRÍTICA AOS REQUISITOS SUBJETIVOS DOS SUBSTITUTIVOS PENAIIS

Ao lado dos **requisitos objetivos**⁴⁶⁵, que se focam em circunstâncias alheias ao indivíduo processado criminalmente ou condenado à pena privativa de liberdade sem substituição por restritiva de direitos, em geral à extensão/quantidade da pena abstratamente cominada aos delitos numa fictícia hierarquia de bens jurídicos e lesões, existem os **requisitos subjetivos**⁴⁶⁶,

⁴⁶³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.702/704.

⁴⁶⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.701/702.

⁴⁶⁵Para sua análise crítica, ver item I acima.

⁴⁶⁶ *Suspensão Condicional da Pena*: Art. 77 (Código Penal)- A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensão, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - *o condenado não seja reincidente em crime doloso*; II - *a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício*.

Livramento Condicional: Art. 83 (Código Penal) - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: I - *cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes*; II - *cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso*; III - *comprovado*

instrumentalizados para atinar acerca das condições pessoais da prática delitiva, além de esboçar os contornos de uma *prognose favorável* de que o beneficiado não voltará a reincidir, isto é, que a medida substitutiva será suficiente e conveniente para cumprir com as *funções declaradas* de *prevenir* e *reprovar* o delito.

A *subjetivação* dos pressupostos de concessão e gozo dos *substitutivos penais* encerra uma fonte de arbítrio sem precedentes, revigora um *Direito Penal de Autor* baseado na *periculosidade*, fortalece a força jurídica da inconstitucional reincidência e conforma um discurso retórico de dominação e manipulação de imagens e símbolos da criminalidade.

As palavras produzem símbolos e representam uma poderosa arma de dominação política. A teoria da linguagem, fonte do *labeling approach* (interacionismo), uma das bases constituintes da Criminologia Crítica, ensina que *situações definidas como reais produzem efeitos reais* (célebre *Teorema de Thomas*).⁴⁶⁷ Deste modo, não apenas da realidade material surgem efeitos reais,

comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; IV (...); V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

Transação Penal: Art. 76 (Lei nº 9.099/95). Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 1º (...) § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - *ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva*; II - *ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa*, nos termos deste artigo; III - *não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.*

Suspensão Condicional do Processo: Art. 89 (Lei nº 9.099/95). Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que *o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena* (art. 77 do Código Penal).

⁴⁶⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.696/697.

mas também da realidade simbólica – definida como real pelo imaginário coletivo (imagem da criminalidade).⁴⁶⁸

Como as percepções emocionais, mesmo que equivocadas, produzem atitudes concretas e alarme social, é desnecessário agir sobre a realidade para (re)produzir realidade, vez que o medo basta para difundir nos meios de comunicação em massa, bem como nas sentenças, a representação de um inimigo em comum a ser combatido, independentemente de classes sociais, uma verdadeira luta contra o crime.⁴⁶⁹ Assim ensinava Alessandro Baratta:

*“Isso significa que, se se afirma uma determinada imagem da realidade, esta age efetivamente sobre a estrutura ideológica e material da sociedade. Em uma sociedade como a nossa, nas quais os processos comunicativos são massificados a tal ponto que se a classifica ‘sociedade das comunicações de massa’, esta influência é particularmente evidente. Para obter determinados efeitos políticos, para legimitar ou deslegitimar, por exemplo, um sistema política ou um governo, não é necessário influir sobre a realidade, é suficiente agir sobre sua imagem”.*⁴⁷⁰

A cultura do medo transnatura os valores dos diversos grupos, seja para aumentar, seja para diminuir a coesão dos indivíduos, principalmente no caso do medo associado à violência criminal. O seu principal efeito real é dificultar a percepção e o senso críticos, facilitando a manipulação destas idiosincrasias e emoções, tornando-se um bom negócio para plataformas eleitorais populistas, empresários da segurança privada, veículos da imprensa falada e escrita dominados pelo capital industrial etc.⁴⁷¹. No sentido atribuído por Marilena Chauí, o medo alimenta-se de paixões tristes, não isoladas, podendo ser intensificado por

⁴⁶⁸CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.697.

⁴⁶⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.697.

⁴⁷⁰[Trad. livre] **Original:** “Ciò significa che, se si afferma una determinata immagine della realtà, questa agisce effettivamente sulla struttura ideologica e materiale della società. In una società come la nostra, nella quale i processi comunicativi sono massificati a tal punto che si la definisce ‘società delle comunicazione di massa’, questa influenza è particolarmente evidente. Per ottenere determinati effetti politici, per legittimare o delegittimare, ad esempio, un sistema politico o un governo, non è necessario influire sulla realtà, è sufficiente agire sulla sua immagine”. BARATTA, Alessandro. Che cosa è la Criminologia Critica?... p. 63.

⁴⁷¹PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. – São Paulo: Editora Método, 2003.pp.15/16 e 37.

paixões ainda mais tristes ou diminuído, porém nunca suprimido. O medo articula-se com outras paixões e sentimentos, “*formando um verdadeiro sistema do medo, determinando a maneira de sentir, viver e pensar dos que a ele estão submetidos (...) Ainda que o conhecimento do medo não o suprima e que a ignorância não o cause, é nela e dela que ele vive e prospera*” (Chauí, 1999, pp.56/57)⁴⁷².

Aplicando o **teorema de Thomas**, o lugar comum da violência e sua banalização simbólica alteram o sentido das percepções e produzem violência real, naturalmente, e as pessoas tendem a viver isoladas – ainda que dispostas a derrotar o inimigo comum, esse é abstrato, um mito - em um ambiente mais inconseqüente e desnaturado. Exemplo dessa tendência se reflete na paranóia das classes média alta e alta, cada vez mais trancadas atrás de muros e grades, situação que torna o ambiente urbano ainda mais desorganizado, excludente e conflituoso⁴⁷³.

A dominação retórica engendrada pela violência simbólica é tão ou mais violenta do que a realidade da qual se tem medo, vez que os a ela sujeitos (dominados) não se prostram passivamente ao jugo discursivo. Ao contrário, eles interiorizam-no e reconduzem-se à própria dominação, sendo co-artífices dela, segundo o pensamento de Pierre Bourdieu⁴⁷⁴⁴⁷⁵.

Os condicionamentos entre a utilização do alarme social pela mídia de massa e pelos políticos, com vista a intensificar o medo da criminalidade e a insegurança dos cidadãos (*l'insicurezza cittadina*), funciona como rede de

⁴⁷² CHAUI, Marilena. *Apud*. PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo...pp.15/16.

⁴⁷³ PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo...pp.18 e 36.

⁴⁷⁴ PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo...p. 28.

⁴⁷⁵ “*As ideologias, por oposição ao mito, produto colectivo e colectivamente apropriado, servem interesses particulares que tendem a representar como interesses universais, comuns ao conjunto do grupo. A cultura dominante contribui para a integração real da classe dominante (assegurando comunicação imediata entre todos os seus membros e distinguindo-os das outras classes); para a integração fictícia da sociedade no seu conjunto, portanto, à desmobilização (falsa consciência) das classes dominadas; para a legitimação da ordem estabelecida por meio do estabelecimento das distinções (hierarquias) e para a legitimação dessas distinções. Este efeito ideológico, produ-lo a cultura dominante dissimulando a função de divisão na função de comunicação: a cultura que une (intermediário de comunicação) é também a cultura que separa (instrumento de distinção) e que legitima as distinções compelindo todas as culturas (designadas como subculturas) a definirem-se pela sua distância em relação à classe dominante*”. (BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. 6ª Ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.pp.10/11).

legitimação das relações de poder existentes⁴⁷⁶. A opinião pública, voltada à percepção de algumas situações como problemáticas, dramatizadas pelos *empreendedores morais*, direciona-se à demarcação existente entre a população garantida e aquela não garantida – cujos membros potencial ou efetivamente integram à *população criminal*-, intensificando-se, portanto, as tensões de classes sociais.⁴⁷⁷

Pode-se dizer que a cultura do medo e seu superdimensionamento representam mais um dos *americanismos* exportados, porquanto a fórmula de dominação lá sempre explorou a ansiedade e as fobias contra indígenas nativos violentos, os mafiosos italianos, os comunistas, os traficantes de drogas e, mais atualmente, os terroristas⁴⁷⁸.

Da mesma forma que a imagem da criminalidade não representa a realidade dos fatos e as percepções dos riscos e perigos são superiores aos riscos e perigos efetivos⁴⁷⁹, as tendências de recrudescimento ou arrefecimento da criminalização nenhuma correspondência guardam com o efetivo aumento da prática de delitos, pela pretensa gravidade deles ou mesmo pela extensão social do dano⁴⁸⁰. Viu-se que a única variável realmente independente nos processos de criminalização é a *posição social do autor* - preenchida por esteriótipos, preconceitos e outros componentes ideológicos -, atribuindo-lhe o rótulo de criminoso como um *bem social negativo* distribuído seletivamente, ao passo que as demais características como ocupação ou escolarização constituem meras *variáveis intervenientes*, mas não determinantes.⁴⁸¹⁴⁸²

⁴⁷⁶BARATTA, Alessandro. Che cosa è la Criminologia Critica?... p. 63.

⁴⁷⁷BARATTA, Alessandro. Che cosa è la Criminologia Critica?... p. 65.

⁴⁷⁸PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo...p. 27.

⁴⁷⁹PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo...p. 46.

⁴⁸⁰BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal.... pp. 161/162. Também: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.13.

⁴⁸¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical....pp.46/47. Também: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.12/13.

⁴⁸²Cf. primeiro capítulo

É de se esperar que nas áreas em que, a princípio, as estatísticas oficiais de criminalidade apontam como de maior risco, também sejam as áreas em que as *agências políticas criminalizantes* atuam com maior rigor, isto é, onde o controle social se concentra. Esta é a lógica da *construção social da criminalidade*: a ação oficial gera o crime, na medida em que o *processo de criminalização* se perfectibiliza, achando seus bodes expiatórios, ao selecionar os indivíduos mais vulneráveis socialmente.⁴⁸³

Por outro lado, infunde-se nas classes subalternas – as mais sujeitas ao perigo da vulnerabilidade concreta e à seleção penalizante - um repúdio agressivo contra aqueles marginalizados do mercado de trabalho que aceitaram os riscos da criminalização, como se neles houvesse um problema pessoal, ao invés de potencialidades criminosas estruturais⁴⁸⁴⁴⁸⁵.

Aliás, a imagem simbólica da criminalidade, disseminada pela opinião pública, insufla a cultura bélica ao mostrar *inimigos mortos* (as execuções sumárias de suspeitos sem qualquer processo) ou os *soldados caídos* (policiais mortos pelo mesmo sistema de seleção vitimizante). A guerra contra o crime alça-se ao patamar de prioridade na ideologia de segurança nacional, com a absolutização do valor segurança pública, a debilitação dos *vínculos horizontais* entre as pessoas (*de solidariedade, simpatia e humanidade*) e reforço dos *vínculos verticais* (*autoridade, disciplina e militarização*)⁴⁸⁶. Permitir a valorização arbitrária dos **requisitos subjetivos** dos substitutivos penais, contaminados com a ideologia da defesa social, corresponde a abrir as portas para a restauração do Estado de Polícia e de sua principal consequência – a *prisionalização*⁴⁸⁷, além de

⁴⁸³CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia da Reação Social...pp.123 e ss.

⁴⁸⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.697.

⁴⁸⁵“*Vers 1840 apparaît le héros criminel, héros parce que criminel, qui n'est ni aristocrate ni populaire. La bourgeoisie se donne alors ses propres héros criminels. C'est au même moment que l'on constitue cette coupure entre les criminels et les classes populaires: le criminel ne doit pas être un héros populaire, mais un ennemi des classes pauvres.*”. FOUCAULT, Michel. Entretien sur la prison: le livre et la méthode. IN: **Dits et Écrits...**v.II..p.747.

⁴⁸⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. Vol I... pp. 58/59.

⁴⁸⁷ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. Vol I... p.59.

concretizar, assim como a seletividade na estipulação dos *requisitos objetivos*, uma *gestão diferencial da criminalidade*⁴⁸⁸.

A *seleção penalizante*, engendrada pelo Estado, planifica-se em dois níveis principais ou *processos de criminalização*: a *criminalização primária* com a promulgação de leis penais que incriminam certas condutas consideradas nocivas (aos interesses dominantes), que no *programa substitutivo* se concretiza com a estipulação dos *requisitos objetivos*⁴⁸⁹, e a *criminalização secundária*, a ação punitiva exercida pelas agências políticas concretas (ou corporações,

⁴⁸⁸ “Retornando à discussão sobre o movimento da reforma humanista, tal como aparece em *Vigiar e Punir*, pode-se dizer que para Foucault, o verdadeiro sentido da Reforma não pode ser encontrado no domínio constituído por uma nova sensibilidade social, que teria trazido a necessidade do estabelecimento de formas mais ‘humanas’, mas sim no âmbito de uma transformação no regime dos ilegalismos presentes nas sociedades que foram palco da reforma, ou seja, o verdadeiro sentido desta deve ser buscado no âmbito de uma nova política em relação à gestão das ilegalidades.

Deste modo, o autor discute como no Antigo Regime os diferentes grupos sociais possuíam uma margem de ilegalismos tolerados. Tal tolerância podia se referir à não-aplicação de uma regra específica ou de um conjunto de regras, ou à inobservância a Ordenações ou Editos, de tal forma que, por este ato mesmo de inobservância a regras vigentes, garantia-se o funcionamento político e econômico da sociedade a que aquele grupo pertencia. Isto significa que uma certa margem de ilegalismos era necessária à vida de cada camada social, garantindo-se a dinâmica da sociedade como um todo.

De forma geral, tais ilegalismos podem ser considerados como uma ‘margem de tolerância’ às regras formalmente dotadas de obrigatoriedade. Concretamente, podiam assumir formas diversas. Muitas vezes revestiam-se de uma forma a que se poderia chamar de estatutária, na medida em que representavam uma espécie de isenção regular no cumprimento de determinadas regras; por outras vezes, tinham a forma de uma inobservância maciça e geral, que fazia com que Ordenações deixassem de ser respeitadas por longos períodos; por outras vezes ainda, tratava-se de desusos progressivos que davam lugar a reativações súbitas; e por vezes também, tinham a forma de um consentimento tácito do poder, ou de uma negligência ou impossibilidade que este tinha em impor a lei e punir os infratores. (...)

Na gestão dos ilegalismos trata-se de impedir a ocorrência de algumas ilegalidades e de deixar que outras sejam realizadas. A penalidade será, então, calculada: o que e quanto se quer evitar e o que e quanto pode ocorrer. Toda a ‘pedagogia’ da punição deve obedecer a este critério maior da gestão diferencial dos ilegalismos. A tal critérios estão referidas as regras essenciais inerentes a essa nova organização do poder de punir representada pelas penas proporcionais aos crimes da reforma humanista: ‘regra da quantidade mínima’ (pela qual a desvantagem da pena deve sempre superar a vantagem do crime), a ‘regra da idealidade suficiente’ (segundo a qual a pena está referida à representação da desvantagem que expressa em contrapartida da vantagem inerente ao crime), a ‘regra dos efeitos laterais’ (pela qual os efeitos da pena devem ser sentidos antes naqueles que não cometeram o crime do que no infrator), a ‘regra da certeza perfeita’ (em que a perfeita correspondência entre os crimes e as penas seja clara), a ‘regra de verdade comum’ (pela qual os critérios de verificação da verdade dos crimes obedecem aos mesmos critérios de verificação de qualquer verdade) e, por fim, a ‘regra da especificação ideal’ (segundo a qual será tanto mais eficiente um regime de punição quanto mais especificadas e qualificadas forem todas as infrações)”. FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...pp.133/137.

⁴⁸⁹ Ver item I, acima.

instituições e burocracias), direcionada às pessoas que, supostamente, tenham praticado um ato sancionado com pena criminal, privando-a de sua liberdade e submetendo-a a um processo judicial e às demais estigmatizações⁴⁹⁰.

Como o programa da *criminalização primária* é imenso e limitado pela capacidade operacional das agências políticas, torna-se uma utopia negativa, na medida em que realiza apenas uma parcela ínfima do catálogo primário de criminalização abstrata. O rótulo concreto da *criminalização secundária* é atribuído a poucos indivíduos vulneráveis, de maneira inevitavelmente seletiva por decisão dos órgãos oficiais⁴⁹¹, ao passo que o restante das condutas típicas passa despercebida – a *cifra oculta*.⁴⁹²

De todos os órgãos especiais do sistema penal, os que adquirem maior poder seletivo são as *agências policiais*⁴⁹³ que, ou devem optar pela seleção dos indivíduos, ou pela sua inatividade funcional – e seu conseqüente desaparecimento do quadro de órgãos oficiais⁴⁹⁴. A polícia possui a maior projeção exatamente porque se depara com os primeiros momentos da investigação e repressão criminais, condicionando-se também, ainda que inconscientemente, pelas metas-regras (*basic rules* ou *second code*)⁴⁹⁵ e outros estereótipos que guiam a seletividade. Os juízes vinculam seu trabalho estritamente aos fatos antes investigados pela polícia, e somente aqueles que excitam, igualmente, a propositura da acusação por parte do Ministério Público. Em outras palavras,

⁴⁹⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. Vol I... p.43.

⁴⁹¹Importante notar que a seletividade não apenas volta-se à decisão de quem serão os criminalizados, mas também as vítimas potencialmente protegidas e aquelas vítimas sem poder – geralmente os mesmos grupos estereotipados pela criminalização secundária, em sua faceta da seleção vitimizante (ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. Vol I... p.44 e 53/56).

⁴⁹²ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. Vol I... p.44.

⁴⁹³As formas de recrutamento e treinamento dos policiais organizam-se por processos de assimilação cultural do papel de violadores de direitos humanos - a seleção policizante - sendo tão seletivo quanto a criminalização ou a vitimização. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. Vol I... pp.56/57).

⁴⁹⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. Vol I... p.45.

⁴⁹⁵Conjunto de regras não escritas, de natureza emocional e idiossincrática, que atuam ao lado do código oficial, orientando o sentido da criminalização. (BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal...p.88).

percebe-se que ao contrário do que se pensa, o campo de atuação criminalizante do judiciário é muito mais restrita que o da polícia, embora não menos importante, eis que somente os juízes se pronunciam definitivamente sobre quem é ou não é criminoso⁴⁹⁶.

Assim sendo, a atuação seletiva das agências policiais voltam-se, quase sempre, à opção por fatos grosseiros (crimes violentos – a obra tosca da criminalidade), que causem maior repercussão midiática, e por pessoas que causem menos problemas – por sua incapacidade de acesso ao poder político e econômico. Essas se referem às pessoas divulgadas na comunicação social como únicos delinquentes e, aqueles atos, como os únicos delitos, agravando ainda mais o *estereótipo negativo da imagem da criminalidade*, orientado por critérios de raça, etários, estéticos, de gênero e classe social⁴⁹⁷.

O resultado da *criminalização secundária* propicia a conclusão de que a delinquência restringe-se às camadas desprovidas de poder na sociedade, vez que são elas que povoam os ambientes carcerários e comungam das características próprias do estereótipo padrão⁴⁹⁸. Segundo essa concepção fantasiosa e insuflada pelo discurso punitivo, garantir direitos, inclusive facilitar o acesso às hipóteses legais de *substitutivos penais*, em massa, equivaleria a assegurar impunidade para os autores de “delitos naturais”.

Logo, a pressão da atribuição concreta dos rótulos criminais exclui os indivíduos mais vulneráveis, isto é, mais próximos do padrão da *imagem de delinquente*, através da uma aferição negativa dos *requisitos subjetivos*. No que toca aos *substitutivos penais*, ocorre uma verdadeira *seletividade às avessas*: os beneficiados pelas *medidas diversificadoras e desintitucionalizadas* seriam selecionados não por serem os mais vulneráveis, ao contrário do que sói na *criminalização secundária* propriamente dita. Na verdade, continuam estes a ser

⁴⁹⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. Vol I... p.51.

⁴⁹⁷ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. Vol I... pp.46/47.

⁴⁹⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. Vol I... p.48.

vulneráveis, *os menos dentre os mais*, porém ainda assim uma possível clientela para o sistema penal, que descarta completamente os atos nocivos dos indivíduos de alto poder econômico⁴⁹⁹.

Claro que não se pode recair na falsa concepção conspiratória de que alguma classe ou grupo hegemônico controle, de maneira harmônica e exclusiva, todas as agências políticas do controle penal⁵⁰⁰. Isto personaliza, da mesma forma como a *criminalização secundária*, um inimigo comum – desta vez as elites econômicas - que, se despojado do seu poder, culminaria com uma transformação total ou até supressão do sistema penal⁵⁰¹.

A conclusão apressada mostra-se absolutamente falsa, pois o sistema penal, funcionando como uma espécie de emaranhado de filtros com agentes burocratizados e profissionalizados⁵⁰², atua de maneira compartimentalizada e setorial, e cada órgão tem seus interesses corporativos, seus métodos de recrutamento, treinamento e seus discursos legitimantes internos. Há muito mais um equilíbrio inconstante e precário, marcado por antagonismos, do que relações cooperativas entre os órgãos que realizam a *criminalização secundária*⁵⁰³.

Ademais, a imagem fantasiosa da criminalidade igualmente legitima uma *legislação penal de emergência*, por meio da qual as *garantias processuais* como *contraditório, ampla defesa, privacidade, inércia da jurisdição, juiz natural, excepcionalidade da prisão e das interceptações telefônicas* são relativizadas e reduzidas a mero *interesse individual*, sob o argumento do *interesse público superior*⁵⁰⁴. A epidemia penalizadora reflete-se nos ***substitutivos penais*** para

⁴⁹⁹ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. Vol I... p.47.

⁵⁰⁰Foucault já se pronuncia sobre isso dizendo que “*il n’y a pas quelqu’un ou un groupe qui soit titulaire de cette stratégie (de dominação), mais à partir d’effets différents des fins premières, et de l’utilisabilité de ces effets, se bâtissent un certain nombre de stratégies.*”. FOUCAULT, Michel. Qu’appelle-t-on punir?. IN: **Dits et Écrits...** v. IV.p.640.

⁵⁰¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. Vol I... p.48.

⁵⁰²HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão. 1ª ed. Trad. Maria Lúcia Karam. – Rio de Janeiro: Luam Editora Ltda. 1993. pp. 80/81.

⁵⁰³ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. Vol I... p.49.

⁵⁰⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.697.

diminuir seu âmbito de incidência, dificultando sua concessão e atribuindo aos juízes e às demais autoridades intervenientes da execução penal uma fonte de arbítrio incontrolável na análise dos *requisitos subjetivos*⁵⁰⁵.

Exemplo da natureza idiossincrática na análise dos *requisitos gerais subjetivos* de *comportamento satisfatório* e de *bom desempenho no trabalho* para concessão do *livramento condicional* é que eles encerram dupla subjetividade: (1) a do sujeito que precisa adequar-se ao padrão de satisfatoriedade comportamental e do bom desempenho, sejam quais sejam, (2) e a da autoridade prisional, isto é, o sujeito que avalia o preenchimento daqueles pressupostos gerais, sem qualquer controle, antes mesmo do magistrado, que se limitará a ratificar aquela avaliação sem qualquer base científica⁵⁰⁶. A situação narrada fortalece a posição dos *ortopedistas morais*, de saberes correlatos, sobre a própria instância judiciária.⁵⁰⁷

Na mesma toada, se na avaliação dos *requisitos subjetivos*, que não passam das *circunstâncias judiciais* do artigo 59 do Código Penal aferida duas vezes – no momento de fixação da pena base e na análise da conveniência e suficiência de qualquer *modalidade substitutiva* -, não se pode prever o comportamento futuro e, no caso de dúvida deve-se autorizar a concessão do benefício legal diante da certeza da alternativa pior que seria a prisão⁵⁰⁸, então sempre a opção deve ser pela melhor alternativa que não o encarceramento, pois a

⁵⁰⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.618.

⁵⁰⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.618 e 704.

⁵⁰⁷ “Seulement voilà: il va y avoir maintenant un tribunal, de trois juges, je crois, qui va décider si oui ou non la liberté conditionnelle peut être accordée à un détenu; et cette décision sera prise en tenant en compte d’éléments dans lesquels il y aura d’abord l’infraction première, qui sera réactualisée en quelque sorte, puisque la partie civile et les représentants de la victime seront présents et pourront intervenir. Et puis on va intégrer à cela les éléments de conduite de l’individu dans sa prison, tels qu’ils auront été observés, appréciés, interprétés, jugés, par les gardiens, par des administrateurs, des psychologues, des médecins. C’est ce magna d’éléments hétérogènes les uns aux autres qui va donner prise à une décision de type judiciaire. Même si c’est juridiquement acceptable, il faut savoir quelles conséquences de fait cela pourra entraîner. Et, en même temps, quel modèle dangereux cela risque de présenter pour la justice pénale dans son usage courant, si effectivement, on prend l’habitude de former une décision pénale, en fonction d’une conduite bonne ou mauvaise”. FOUCAULT, Michel. Qu’appelle-t-on punir?. IN: **Dits et Écrits**...v. IV..p.645.

⁵⁰⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.605, 618/619, 628/629 e 633.

prognose favorável é um conceito vago, um mito, que na verdade encerra a cadeia dos mecanismos de poder de classes, inseridos na teia das técnicas disciplinares – aqui, a audiência de julgamento⁵⁰⁹. Mesmo que ele, juiz, não queira avaliar, ele é obrigado, transpassado que é por essa necessidade de disciplinar, de impor a dor:

*“Pessoas com poder estão habilitadas a instituir a ‘dor’. Poder significa a habilidade de fazer com que outras pessoas façam o que você quer que elas façam, independentemente das suas vontades próprias. O juiz criminal encontra-se acima do réu. Ele é protegido pelos símbolos de ostentação no Tribunal, o lugar elevado, a toga, em alguns casos também a peruca, o prestígio do edifício, a atmosfera, o seu treinamento, afiliações, classe especial, e goza da vantagem de que suas decisões são em realidade feitas em algum outro lugar; o juiz apenas está carregando uma difícil tarefa. O seu coração sangrando, mas ele é obrigado a agir, a punir”*⁵¹⁰

Não se mostra debalde que a Constituição Federal tenha alçado à categoria de **direito fundamental** a *presunção de inocência*, no art. 5º, LVII, dogma do Direito Penal do Fato: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*. Portanto, pode-se afirmar não *recepicionado* pela nova ordem constitucional vigente o *caput* do artigo 59 do Código Penal⁵¹¹, por evidente pecha de inconstitucionalidade, e utilizado por analogia para cotejo dos **requisitos subjetivos**, exatamente ao permitir a majoração

⁵⁰⁹ “Sur ce point, je crois qu’il faut être à la fois modeste et radical, radicalement modeste, et se rappeler ce que Nietzsche disait il y a maintenant plus d’un siècle, à savoir que dans nos sociétés contemporaines on ne sait plus exactement ce qu’on fait quand on punit et ce qui peut, au fond, au principe, justifier la punition; tout se passe comme si nous pratiquions une punition en laissant valoir, sédimentées un peu les unes sur les autres, un certain nombre d’idées hétérogènes, qui relèvent d’histoires différentes, de moments distincts, de rationalités divergentes.” FOUCAULT, Michel. Qu’appelle-t-on punir?. IN: **Dits et Écrits...** v. IV.p.641.

⁵¹⁰[Trad. livre] **Original:** “People with power can deliver pain. Power means the ability to get other people to do what you want them to do, independently of their own wishes. The penal judge is above the defendant. He is protected by the symbols of the courtroom, the elevated bench, the robe, in some systems also the wig, the prestige of the building, the atmosphere, his training, affiliations, special class, and enjoys the advantage that the decisions are in reality made somewhere else; the judge is only carrying out a heavy task. His heart is bleeding, but he is obliged to act, to punish”. CHRISTIE, Nils. Limits To Pain. Oslo, 1981. (eBook) Chapter 10: Some conditions for a low level of pain infliction. 10.2 Power.

⁵¹¹ **Fixação da pena**

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

de penas e formação de uma idiossincrática *prognose desfavorável* fundada em *Direito Penal de Autor*, através da análise de *circunstâncias judiciais* não aferíveis tão-somente com os elementos coligidos aos autos de um processo penal, muito menos por concepções pessoais do magistrado.

O *Direito Penal do Fato* constitui conquista democrática da era das codificações humanistas, baseado principalmente na *culpabilidade* (o *juízo de reprovabilidade* atribuído ao autor, porém pela realização não justificada de um tipo de injusto). Dirigia-se contra a tendência em sobrevalorizar não o fato antijurídico concreto, mas o autor que o realizara, o chamado *Direito Penal de Autor*, fundado especialmente na *periculosidade* pessoal e social do agente, aferida pela sua conduta anterior, que nenhuma relação guarda com o fato atualmente em apuração, ou mesmo por uma inatéstável “*personalidade voltada para o crime*”; situações esquizofrênicas, então, que autorizariam, sem qualquer fundamento científico ou proporcional, a aplicação de uma sanção neutralizadora que segregasse definitivamente o indivíduo considerado perigoso⁵¹².

O *Direito Penal de Autor* vigora como uma das bandeiras da irracionalidade global, que mantém o capitalismo excludente e concentrador de riqueza, agravador da injustiça social⁵¹³. Mais, vive-se um tempo de cidadania escassa e incompleta, em que existem além dos cidadãos, os subcidadãos e párias marginalizados⁵¹⁴. Com isso, paradoxalmente, a mesma sociedade que exige menos Estado na ordem econômica e social, exige mais Estado para refregar o suposto e imaginário aumento da violência criminal⁵¹⁵.

A punição pelo “*ser*” e não pelo “*fazer*”, isto é, pela exteriorização da vontade consciente, ensejou as maiores arbitrariedades históricas, assim como as perseguições políticas, religiosas e étnicas mais nefastas já vistas. Pode-se dizer,

⁵¹²ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral, 5ª Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. pp.114/116.

⁵¹³PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo...p. 33.

⁵¹⁴PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo...p. 38.

⁵¹⁵PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo...p. 46.

infelizmente, que tal ideologia permanece intacta, revigorada por conceitos atávicos da *criminologia etiológica-individual*, de matriz *positivista*, que se limita a buscar as *causas* do comportamento delinqüente, ao invés de centrar-se nos *processos de criminalização (primário e secundário)*, iniciados primordialmente no Estado (que *elabora leis* – cria o crime - e *julga* – define quem é o criminoso), complementados pela ampla *reação social* (interacionismo) em cadeia, permitindo a *seleção* de indivíduos mais fragilizados, por *defeitos de socialização*, e sua *estigmatização*⁵¹⁶.

Zaffaroni já disse que em um *Estado de Direito*, que tenta controlar as forças restauradoras de um *Estado de Polícia* “(...) nunca pode pretender sancionar seus habitantes pelo que são, sob pena de autodestruir-se, de assumir formas teocráticas ou de incentivar a psicotização onipotente de seus juízes”.⁵¹⁷

As atuais tendências repressivas de “Lei e Ordem” (*Law and Order*)⁵¹⁸, da “Teoria das Janelas Quebradas” (*Broken Windows Theory*)⁵¹⁹ ou do “Direito

⁵¹⁶BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal...pp.85 e ss.

⁵¹⁷ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, ano 9, número 14. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.p.37.

⁵¹⁸Esse movimento, *Law and Order*, surgiu nos Estados Unidos a partir dos anos 70 como reação ao crescimento da violência. Prega o Direito Penal Máximo, fazendo com que a sociedade acredite que o Direito penal é a solução para acabar com a criminalidade. Utilizando a ideologia desse movimento, em 1976 alguns Estados Norte-Americanos restabeleceram a pena de morte; foram criadas leis severas de combate ao crime e, como consequência, os Estados Unidos passaram a ter a quarta parte da população carcerária do mundo, **sem contar aqueles beneficiados com o livramento condicional e liberdade vigiada**. Um dos mais significativos exemplos da *Law and Order* é a política “Tolerância Zero”, desenvolvida em Nova Iorque a partir do ano de 1993. Essa doutrina confere aos agentes policiais competência para, entre outras, perseguir sem limites os pequenos delinqüentes, pichadores, prostitutas, ou seja, permite um controle direto sobre aqueles que freqüentam o espaço público. O prefeito, Rudolph Giuliani, tornou-se o símbolo dessa política, que serve como modelo de exportação do chamado ‘eficientismo penal’” (**grifo nosso**). MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Violência Urbana: Uma Reflexão sob a ótica do Direito Penal. IN: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 8 - Junho de 2006. pp.447/448.

⁵¹⁹“(...) formulada em 1982 por James Q. Wilson (papa da criminologia conservadora nos Estados Unidos) e George Kelling em artigo publicado pela revista *Atlantic Monthly*: adaptação do ditado popular ‘quem rouba um ovo, rouba um boi’, essa pretensa teoria sustenta que é lutando passo a passo contra os pequenos distúrbios cotidianos que se faz recuar as grandes patologias criminais.” WACQUANT, Loïc. Prisões da Miséria. Trad. André Telles. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.p.25. **Também:** “O argumento principal dessa “teoria” é o de que uma pequena infração, quando tolerada, pode levar a um clima de anomia que gerará as condições propícias para que crimes mais graves vicejem. A metáfora das janelas quebradas funcionaria assim: se as janelas quebradas em um edifício não são consertadas, as

Penal do Inimigo” (*Feindstrafrecht*)⁵²⁰⁵²¹, presentes nas políticas criminais de (*rectius*, políticas penais) de guerra contra o crime e no senso comum das nações

peessoas que gostam de quebrar janelas assumirão que ninguém se importa com seus atos de incivilidade e continuarão a quebrar mais janelas. O resultado seria um sentimento geral de decadência e desamparo em que a desordem social encontraria o terreno fértil para enraizar-se e gerar seus frutos maléficos. Ou seja, a violência urbana e os crimes graves seriam o último elo de uma cadeia causal em que pequenas infrações levam às formas mais graves de delinquência. As pequenas desordens do cotidiano das grandes cidades seriam o embrião de patologias mais graves, as quais resultariam da leniência ou condescendência dos órgãos de segurança do Estado. Esses últimos, preocupados em resolver os crimes violentos,

sobretudo homicídios, roubos e estupros, perderiam de vista a dimensão preventiva da luta contra as ofensas que afetam a ‘qualidade de vida’. BELLI, Benoni. Polícia, “Tolerância Zero” e Exclusão. IN: Revista Novos Estudos. Ed. 58, outubro de 2000. (versão eletrônica).

⁵²⁰ **“Quem são os inimigos?:** criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas (*Derecho penal del enemigo*, Jakobs, Günter e Cancio Meliá, Manuel, Madrid: Civitas, 2003.p. 39). Em poucas palavras, é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma. O autor cita o fatídico 11 de setembro de 2001 como manifestação inequívoca de um ato típico de inimigo.

Como devem ser tratados os inimigos?: o indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. O inimigo, por conseguinte, não é um sujeito processual, logo, não pode contar com direitos processuais, como por exemplo o de se comunicar com seu advogado constituído. Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos, “ainda que de modo juridicamente ordenado – p. 45”. Contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim, um procedimento de guerra. Quem não oferece segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não deve esperar ser tratado como pessoa, senão que o Estado não deve tratá-lo como pessoa (pois do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas).

Fundamentos (filosóficos) do Direito Penal do inimigo: (a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o “estado comunitário-legal”, deve ser tratado como inimigo (Kant).

Características do Direito Penal do inimigo: (a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.” GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal). Revista Jurídica da UNICOC. ANO II - Nº. 2 – 2005. pp.01/02. (versão eletrônica)

neoliberais, nada mais são do que manifestações extremas daquele viciado e corrupto *Direito Penal de Autor*, autorizativas da supressão das garantias individuais em nome de uma pretensa e esvaziada *defesa social*⁵²², quando não se percebe que a verdadeira defesa da sociedade apenas acontecerá com respeito e diligência frente a essas liberdades constitucionais e legais.

Alessandro Baratta atribui à ideologia da defesa social, imbuída de uma perspectiva abstrata e aistórica da sociedade, o atraso científico apresentado pela Ciência do Direito Penal (*Strafrechtswissenschaft*), porquanto seus pressupostos metodológicos e princípios⁵²³ continuam a impregnar a mente dos operadores do

⁵²¹ “Ora, a concepção do criminoso como inimigo social é muito mais homogênea aos princípios do sistema das penas proporcionais aos crimes, inerentes às propostas dos reformadores, do que à prática do aprisionamento. Se o crime é uma espécie de atentado à ordem e ao interesse, em que deve consistir a punição? Deve consistir em algo diferente do mero castigo ou penitência. Ela deve proteger a sociedade. E isto significa que cada sociedade, segundo suas necessidades, deverá modular a escala de suas penas, realizar uma gradação fina dos contra-ataques que estas representam aos ataques à sociedade constituídos pelos crimes. Se a pena tem o papel de proteger a sociedade, ela deve impedir que novos inimigos surjam em seu interior e, para tanto, deve ser exemplar, proporcional ao crime.

Com isso percebe-se que a forma-prisão não seria a mais adequada para o combate ao crime, dado que a concepção de criminoso remetia à idéia de inimigo social. Mesmo assim, tal sistema ‘penitenciário’ (prisão) se afirma no início do século XIX, quase como à revelia da teoria e do sistema penais, ainda dominados pela noção de crime como perigo público. Forma-se aquilo a que Foucault chama, nesse momento, de a ‘sociedade punitiva’, um tipo de sociedade na qual o aparelho de Estado desempenha as funções corretivas, paralelamente a outras, ditas ‘penitenciárias’, representadas pelas práticas de aprisionamento.” FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...pp.132/133.

⁵²² A ideologia da defesa social foi originalmente proposta por Giandomenico Romagnosi (1761-1835), da escola clássica, tomando por fundamento a proposta de que a sociedade constituiria uma *realidade diferencial* marcada pela *competição* e o Estado deveria instituir um contra-estímulo (*contro-spinta*) ao estímulo criminal (*spinta criminale*), sob pena de perecer. Esta teoria aproxima-se muito da coação psicológica (*psychologischer Zwang*) de Feuerbach. Percebe-se que é lógica desta teoria tangência o positivismo, o qual marcou-se muito pela metodologia das ciências naturais – *lei da ação e da reação*. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. Vol I... pp. 525/527. Também: BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal...pp.34/35).

⁵²³ Existem cinco princípios básicos da defesa social: a) **princípio da legitimidade** – o Estado detém legitimidade para reprimir delitos; b) **princípio do bem e do mal** – o desvio criminal constitui um mal para a sociedade, elemento negativo e disfuncional que deve ser suprimido a todo custo, ao contrário, a sociedade constituída e seus valores correspondem ao bem; c) **princípio da culpabilidade** – o delito representa um ato de livre arbítrio, de vontade contrária ao direito e, por isso, reprovável; d) **princípio da finalidade e prevenção** – a pena não busca tão-somente a repressão, orienta-se para buscar a prevenção, a melhoria do delinqüente e sua ressocialização; e) **princípio da igualdade** – o comportamento criminoso representa a minoria na sociedade e a lei penal aplica-se de modo igual a todos; f) **princípio do interesse social e do delito natural** – as leis penais protegem interesses comuns e universalizáveis de todos os

direito com falsas concepções sobre o comportamento criminoso causal e o *uomo delinquente*⁵²⁴. É principalmente contra ela que a Criminologia Crítica evoca seus questionamentos⁵²⁵.

Pois bem, as ventiladas *circunstâncias judiciais* dividem-se em três categorias: elementos pertencentes ao autor (*culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos*), ao fato (*circunstâncias e conseqüências do crime*) e à vítima (*comportamento da vítima*), esta última não foi ventilada nos artigos que tratam dos *substitutivos penais*⁵²⁶.

Consoante foi verificado, a primeira categoria - elementos do autor - deve ser completamente desconsiderada na análise dos *requisitos subjetivos*, haja vista recorrer aos conceitos esdrúxulos do *Direito Penal de Autor*, com a exceção da *culpabilidade*. Contudo, esta, a despeito de ser elemento determinador da proporcionalidade da pena e de sua possibilidade de *substituição* em face da reprovabilidade do ato, certamente não se encerra no limitativo conceito de mera *circunstância judicial*, por impropriedade metodológica e técnica do legislador, vez que representa *elemento do crime*.⁵²⁷

A vulnerabilidade de segmentos da população marginalizada, mencionada anteriormente, influencia sobremaneira, inclusive, a formatação moderna do conceito de culpabilidade. Esta categoria dogmática, componente da definição analítico-operacional do fato punível, ao lado do *tipo de injusto*⁵²⁸, encontra-se ainda envolto em controvérsia doutrinária, após evoluir do *conceito psicológico*⁵²⁹ ao *conceito normativo*⁵³⁰, não há consenso sobre seu fundamento material⁵³¹, bem como sua legitimidade⁵³².

cidadãos, ou seja, todas as nações civilizadas devem criminalizar condutas que firam aqueles bens fundamentais. (BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal...pp.42/43).

⁵²⁴BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal...pp.41 e ss.

⁵²⁵BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal...pp.47/48.

⁵²⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.557/558.

⁵²⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.557/561.

⁵²⁸CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.72/73.

⁵²⁹Culpabilidade psicológica referia-se ao liame subjetivo que ligava o autor ao fato, sob a forma de dolo ou culpa. (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral...pp.275/276).

Todavia, pode-se dizer que os meandros conformadores da justificação retórica da responsabilidade criminal traduzem o atual estado de distribuição desigual de bens jurídicos na sociedade capitalista monopolista, por meio da *conexão punitiva*⁵³³, preenchida, na verdade, por elementos tão heterogêneos como periculosidade ou conduta de vida (*Lebensführungsschuld*), incompatíveis com o conceito de culpabilidade⁵³⁴.

Mesmo uma culpabilidade puramente de ato (e não de autor), que estabelece um limite máximo para a intervenção estatal, não é suficiente diante da constatação da seletividade criminal, assim como o conceito de co-culpabilidade social pode recair no equívoco de relacionar a pobreza como causa do delito e estruturar um direito penal ainda mais classista⁵³⁵. Devido a isso, Zaffaroni propõe a *culpabilidade por vulnerabilidade*, o reverso dialético da culpabilidade de ato tradicional, para servir de freio dogmático frente à sanha punitiva, surgindo da síntese entre ambas a culpabilidade penal a ser considerada pelos juízes⁵³⁶.

Ora, se é certo que os tipos penais prevêm condutas objetivas, a *criminalização secundária* abre espaço para a seleção das pessoas vulneráveis⁵³⁷. Contudo, ainda em se considerando sociedades nas quais as condições de vida das classes mais pobres franqueiem a total miserabilização, como na América Latina, não é apenas a vulnerabilidade abstrata que introduz o perigo de *criminalização*

⁵³⁰Culpabilidade normativa congrega as subcategorias da imputabilidade (capacidade pessoal de culpabilidade), consciência da antijuridicidade (que substituiu o antigo *dolos malus*) e a exigibilidade de conduta diversa (normalidade na dirigibilidade normativa). (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.273/274 e 276/279).

⁵³¹Para um maior aprofundamento sobre as teorias, vide: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.279/283.

⁵³²Cirino dos Santos estabelece o *princípio da alteridade*, e não a presunção de liberdade de vontade – livre-arbítrio - como base da responsabilidade social, em situação de normalidade de formação de vontade. (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.284/285).

⁵³³Conexão punitiva seria o elemento valorativo vinculante da prática do fato e da habilitação para o exercício do poder punitivo pelo Estado.

⁵³⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade...pp.33/34.

⁵³⁵ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade...p.36.

⁵³⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade...p.39.

⁵³⁷ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade...p.37.

secundária: deve ocorrer um *esforço pessoal* para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade. Este seria uma contribuição na contramão da função redutora do poder punitivo das garantias penais⁵³⁸, na esteira da aceitação dos *riscos de criminalização* por carência dos meios legítimos de existência social e exercício da cidadania⁵³⁹.

Quanto aos *antecedentes*, a posição mais democrática, a única consentânea com o princípio constitucional da presunção de inocência, é aquela que considera *maus antecedentes* somente *condenações criminais definitivas anteriores que não configurem reincidência* e não a existência de qualquer histórico desabonador como procedimentos instaurados, inquérito em curso, suspeitas de cometimento de ilícitos, decisões não transitadas em julgado, absolvições por insuficiências de provas etc.⁵⁴⁰ Em raciocínio inverso, a ausência de condenações implica bons antecedentes, para qualquer fim. Ainda, as condenações definitivas, para não representar reincidência, devem ter sido prolatadas há, pelo menos, cinco anos contados retroativamente.

De qualquer forma, mesmo a reincidência deveria ser completamente desconsiderada na análise dos *requisitos subjetivos*, pois, a par da evidente afronta ao multissecular princípio do *ne bis in idem*⁵⁴¹, a consideração da reincidência para qualquer fim – como obstáculo à concessão da *suspensão condicional da pena*, da *transação penal*, da *suspensão condicional do processo*, do aumento do tempo de cumprimento efetivo para gozo do *livramento condicional*, além de *causa agravante* da pena, de *pressuposto de decretação de prisão preventiva* etc. - a despeito da redação literal do Código Penal não recepcionada pelo sistema

⁵³⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade...p.39.

⁵³⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical...p.40. Também: Também: PAVARINI, Massimo. Control y Dominación... pp. 138/141.

⁵⁴⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.561.

⁵⁴¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro... pp.792/796

constitucional vigente, não só contraria a sensação de justiça e humanidade, bem como preceitos éticos e morais, ela possui claro propósito político repressor⁵⁴².

Em primeiro lugar, a prática de novo crime, após o trânsito em julgado de decreto condenatório anterior, pode vir a ser taxada como *reincidência ficta*, quando o agente não cumpriu efetivamente a pena imposta pelo vetusto crime, situação que em hipótese alguma pode indicar presunção de periculosidade, conteúdo esse totalmente vazio de seriedade científica, vez que ainda preso às amarras da defasada *criminologia etiológica* que procurava a “causa do mal” no indivíduo e não no meio que o gerou⁵⁴³. O *Direito Penal de Autor* deve ser com todas as forças derrubado em prol do *Direito Penal de Fato*, único compatível com os postulados do Estado Democrático de Direito e com as garantias invioláveis do cidadão⁵⁴⁴.

Em outro nível, a prática de novo crime após a *efetiva* execução penal, a chamada *reincidência real*, não sugere qualquer agravamento no juízo de culpabilidade ou mesmo incremento na formação de vontade hostil ao ordenamento jurídico, muito pelo contrário, a aplicação da agravante nas circunstâncias apenas escamoteia a ação deformadora e predatória do cárcere sobre o condenado, o qual se viu obrigado a desprender-se dos seus valores e regras de (con)vivência fora da prisão, para aprender uma *subcultura violenta e corrupta* por essência⁵⁴⁵. Não é à toa que a própria exposição de motivos da “nova” Parte Geral do Código Penal de 1984 reconheceu, ***explicitamente***, a *ação criminógena* do cárcere no seu item 26: “Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ***ação criminógena*** cada vez maior do cárcere. (...)”(***grifo nosso***).

⁵⁴²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*... pp.568/569.

⁵⁴³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*... pp.569/570.

⁵⁴⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*...pp.114/116.

⁵⁴⁵CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*... p.570.

A passagem concreta do condenado, cumprindo pena em estabelecimento prisional, no contexto amplo do *processo de criminalização secundária*, totalmente seletiva, produz reincidência, porquanto o projeto técnico-corretivo, tão propalado pelos cultores da prevenção especial positiva, mostra-se falido até para os mais cínicos defensores da pena privativa de liberdade. Acontece que a inclusão de sujeitos em carreiras criminais, o estímulo à reincidência, pelo rótulo negativo e inafastável de ex-presidiário, de nenhum modo “protege a sociedade”, na mesma dicção do parágrafo vigésimo sexto da referida exposição de motivos legislativos⁵⁴⁶.

Desta forma, se o próprio Estado, assumindo o monopólio de jurisdição e aplicação de penas, deforma indivíduos e destrói vidas e famílias, nunca a reincidência real poderia ser causa agravante da pena, no sentido diametralmente oposto, essa constatação de “*mea culpa*” oficial das agências formais deveria induzir a considerar a reincidência real como *causa atenuante* da pena⁵⁴⁷.

Ainda na seara das *circunstâncias pessoais* estaria a avaliação da *conduta social* do agente, que parecia confundir-se com a análise dos antecedentes. De qualquer forma, ora, não é possível ao juiz, com base nos elementos e provas colhidos no momento instrutório, analisar conclusivamente a *conduta social* do acusado nos diversos papéis sociais que assume para além da capacidade de apreensão e conhecimento das instâncias judiciárias; por exemplo, o papel de pai/mãe, marido/esposa, filho, aluno, membro da comunidade, cidadão, profissional etc.⁵⁴⁸ Se a realidade social é tão mais complexa do que a abstração realizada no julgamento, não é possível aduzir sem sombra de dúvidas que o comportamento social de alguém se mostra acrescido de adjetivações negativas como *desajustado* e *desrespeitoso* para, com isso, denegar a concessão de uma *hipótese substitutiva*.

⁵⁴⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.570.

⁵⁴⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.568/570.

⁵⁴⁸CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.562.

Ante aos *motivos* -, o móbil do crime -, perfazem seu aspecto dinâmico (das pulsões instintuais do *id*) de estímulos internos determinados por características negativas (egoísmo, coléra, prepotência, luxúria, ganância, vingança etc.⁵⁴⁹). É difícil supor que uma perfunctória avaliação subjetiva seja capaz de adentrar na complexa *psique* do homem e, definir, com exatidão, que determinado motivo seja suficientemente grave para denegar a concessão dos ***substitutivos penais***. Ademais, se não há hierarquia de valores para fazer um catálogo dos bens jurídicos mais importantes, igualmente não há para catálogos das razões e dos motivos mais justos de cometimento de um crime⁵⁵⁰.

Por fim, a última das circunstâncias ponderadas no rol dos ***requisitos subjetivos*** é a da *personalidade*. Bem da verdade, os magistrados não possuem aptidão técnica para avaliar o complexo conceito de *personalidade* de uma pessoa, haja vista que a presente questão é totalmente controvertida mesmo em campos especializados como em *psicologia*, *psiquiatria* e *psicanálise*. Se a *conduta social* e os *motivos* não podem, de maneira alguma, ser estabelecidos com *exatidão* e, pior, de *maneira definitiva* por um operador do direito, mormente a *personalidade*, de complexidade ainda maior, deve ser rechaçada⁵⁵¹. Conforme ensinamento de Zaffaroni:

“De outra parte, a inclinação ao delito, além de não ser demonstrável, possui o sério inconveniente de, muito freqüentemente, ser resultado da própria ação prévia do sistema penal, com o que cairia na absurda conclusão de que o efeito aberrante da criminalização serve para guardar as suas próprias conseqüências, e, em razão disso, para aprofundar ainda mais a sua aberração.”⁵⁵²

De um lado, esta categoria abstrata (o conceito de *personalidade*) não pode ser apreendida, portanto, por simples análise de *elementos circunstanciais* ou

⁵⁴⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.563/564.

⁵⁵⁰Verificar item I, acima.

⁵⁵¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.562/563.

⁵⁵²ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro... p. 114.

cortes não científicos de traços significativos, por outro lado, a sua externalização concreta de sujeitos reais é produto *bio-psíquico-social-histórico* em constante *processo de formação, transformação e deformação* – pelas próprias estruturas e superestruturais sócias e políticas.⁵⁵³

Da mesma forma como os *requisitos subjetivos* podem indicar a indemonstrável *prognose favorável*, eles podem incutir a *periculosidade* do autor, em outras palavras, a não-incidência das medidas diversificadoras por *prognose desfavorável* de seu comportamento futuro, o qual, conforme ficou atestado, foge a qualquer tentativa científica de prevê-lo⁵⁵⁴. Ainda que se recorra a prognósticos criminais ou exames criminológicos, em vez de o juiz analisar *de per se*, continuaria ingênua a crença na capacidade da psiquiatria em *determinar e quantificar a periculosidade* de seres humanos⁵⁵⁵. Ao contrário, as *prognoses desfavoráveis* fundam-se em *indicadores sociais negativos* como *pobreza, desemprego, escolarização precária, moradia em favelas*, enfim, a *posição de classe do autor*⁵⁵⁶.

Alternativa mais democrática encontra-se no chamado *sursis humanitário*, modalidade menos gravosa de suspensão condicional da pena prevista no art. 77, §2º, do Código Penal, concebida para autorizar a renúncia, sob condição resolutiva do cumprimento das condições legais e judiciais impostas, do direito de executar institucionalmente a pena privativa de liberdade de até quatro anos⁵⁵⁷, se presentes razões de saúde que a justifiquem⁵⁵⁸. Conforme ficou assentado⁵⁵⁹, o conceito de saúde congrega o completo *bem-estar físico, psíquico e social*; logo, como todas essas manifestações do bem-estar serão fatalmente

⁵⁵³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.562/563.

⁵⁵⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.638.

⁵⁵⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.639.

⁵⁵⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.475/476.

⁵⁵⁷ No *sursis* comum o *requisito objetivo* limita-se à pena privativa de liberdade de até dois anos (art. 77, caput, CP).

⁵⁵⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.608.

⁵⁵⁹ Cf. Terceiro Capítulo.

debilitadas dentro do cárcere, a alternativa menos pior seria tornar a espécie do *sursis humanitário*, de exceção, à regra do *sursis comum*.

Não menos importante, ao menos para a análise do *bem-estar social*, em tempos de anormalidade de condições de existência, nos quais a resposta criminal individual é a atitude de quem, inferiorizado, não teve acesso aos meios legítimos de subsistência, *essa patologia social* deveria autorizar a concessão de *sursis humanitário*, nas hipóteses em que o *conflito de deveres* não propiciar a própria *exculpação supralegal*, por *anormal motivação de vontade* e *inexigibilidade de conduta diversa*⁵⁶⁰.

Fonte de extrema subjetividade, além de arbítrio, são as cognominadas *condições judiciais* a que se sujeita o condenado ou acusado durante o período de prova, além daquelas *condições legais* taxativamente previstas na legislação⁵⁶¹. Pelo engenhoso argumento de estipular novas condições adequadas à *condição pessoal do agente* e às *circunstâncias do fato*, ou seja, em consonância com a proporcionalidade da culpabilidade, as *condições judiciais* dão azo à violação do próprio juízo de reprovação, com a permissão de *agravamento ilimitado* das condições de *fiscalização* e *vigilância*, suprimindo direitos desnecessariamente, tais como de *escolher a residência*, *a ocupação*, *os locais a freqüentar*, *a privacidade*.

Bem da verdade, em uma política criminal alternativa, comprometida com a promoção dos direitos humanos e o despovoamento do cárcere, os *requisitos subjetivos* deveriam ser extintos, incidindo as hipóteses de *substitutivos penais* sempre que os *requisitos objetivos* autorizassem⁵⁶², com as devidas críticas apontadas no item anterior sobre a delimitação dos patamares de pena. Do contrário, os *requisitos subjetivos* somente acentuarão a *criminalização secundária*.

⁵⁶⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.340 e 610.

⁵⁶¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp. 612 e 635.

⁵⁶²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.703/704.

III. RELAÇÃO DOS SUBSTITUTIVOS PENAIIS COM A ECONOMIA E O MERCADO DE TRABALHO

A mútua imbricação entre as formas admitidas pela penalogia patrocinada pelo capitalismo, especialmente o pós-fordista⁵⁶³, e as (des)necessidades do mercado de trabalho perscruta-se pela *economia política da pena*, isto é, por meio da crítica materialista, de *derivação marxista e foucaultiana*, ao poder de punir⁵⁶⁴. O que outrora foi assinalada como a incontestável história da crescente humanização da pena em contínuo e inexorável processo civilizatório, assim como de racionalizações atemporais rumo a uma realidade punitiva mais digna, deve ser interpretado como o emaranhado gráfico mais espiral que linear de estratégias e urgências que o modo de produção capitalista exigiu para consagrar a dominação, subordinação e repressão de classe, pois, com avanços e retrocessos impulsionados pelas dinâmicas econômicas atuais⁵⁶⁵.

⁵⁶³Manifestação capitalista pós-industrial, em que não existem mais cadeias de produção sistêmicas, contudo a exploração, precariedade e insegurança impostas à força de trabalho permanecem em alta: “Encontra-se, pois, em andamento um processo de transformação global da economia que sanciona o **esgotamento do modelo industrial fordista** e projeta, ao mesmo tempo, uma configuração de todo inédita das relações de produção. Esta nova articulação envolve, simultaneamente, os diversos planos em torno dos quais se desenvolveu o sistema capitalista ocidental a partir do segundo pós-guerra. De um lado, no que concerne aos sistemas produtivos, vemos consumir-se a progressiva ‘explosão’ do paradigma taylorista de organização do trabalho: a grande fábrica tende a desaparecer do horizonte da metrópole pós-moderna. De outro, e contemporaneamente, consoma-se a crise da estratégia fordista de regulação da dinâmica salarial, isto é, rompe-se o círculo virtuoso que, durante boa parte do século XX, permitiu manter em conjunto o rendimento operário, a produtividade social e o consumo de massa. A tudo isso se acrescenta, **the last but not least**, um processo de revisão radical das políticas keynesianas de apoio à despesa pública e de intervenção pública na economia, que permitiam manter ou restabelecer, periodicamente, os precários equilíbrios das economias capitalistas ocidentais. (...)”

A interação entre estes aspectos da mudança nos permite descrever a transição do fordismo ao pós-fordismo como a passagem de um regime **caracterizado pela carência** (e pelo desenvolvimento de um conjunto de estratégias orientadas para a **disciplina da carência**) a um regime **produtivo definido pelo excesso** (e conseqüentemente, pela emergência de estratégias orientadas para o **controle do excesso**). DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal. – Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. pp.64/66.

⁵⁶⁴DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... pp.31/32

⁵⁶⁵DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... pp.34/36.

Já ficou enfatizado que a criminalidade representa uma construção social e, por óbvio que as instituições de controle não tratam o desvio como um fenômeno danoso a todo o conjunto social, tampouco o direito penal posto ao serviço de um interesse geral, mas a expressão de uma supremacia de classe dominante⁵⁶⁶. Todavia, não se pode recair no determinismo economicista que por tanto tempo deturpou a proposta marxista, reduzindo-a a dois fatores: a infraestrutura, nas bases econômicas, e a superestrutura, amalgamada por ideologias e formas jurídicas. Para isso serve a contribuição de Foucault ao entender a natureza ascendente e circulante do poder, desvinculado de um automatismo da mecânica econômica tão-só ou da ideologia proposta por intelectuais orgânicos, porém convergindo para técnicas e saberes imanentes ao seio social e ligados a forças reguladoras também culturais, políticas, carismáticas etc⁵⁶⁷.

Aliás, deve-se lançar mão de uma relação histórica entre mercado de trabalho e punição (vincular a base econômica à superestrutura de controle da formação social), na célebre fórmula explicitada por Rusche/Kirchheimer: *“todo sistema de produção descobre punições que correspondem às suas relações produtivas”*⁵⁶⁸.

Assim, como o mercado de trabalho é o determinante fundamental do sistema de justiça criminal: (1) se a força de trabalho é insuficiente para as necessidades do mercado, a punição assume a forma de trabalho forçado com finalidades produtivas, disciplinadoras e preservativas de mão-de-obra; (2) se a força de trabalho é excedente das necessidades de mercado, a punição assume a forma de penas corporais para a destruição ou extermínio da mão-de-obra inútil⁵⁶⁹. Assim, a prisão pode aumentar mesmo com a diminuição/redução de crimes ou diminuir, embora tenham aumentado as estatísticas, pois dependem

⁵⁶⁶DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... p.36.

⁵⁶⁷DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... p.37.

⁵⁶⁸RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. (trad.) Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.p.20

⁵⁶⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.61/62

exclusivamente da situação do mercado; contudo, o aumento do desemprego, independentemente do volume de crimes, também aumenta a incidência da prisão⁵⁷⁰.

A história da pena e dos sistemas punitivos traduz-se na história de *duas nações* (poderosos e despossuídos - *labellers* e *labelled* dos processos de criminalização) e das inúmeras variáveis e estratégias para amortizar a dominação, tornando-a ao mesmo tempo mais consistente, porém também mais imperceptível e camuflada por normas jurídicas⁵⁷¹. Pela história das transformações por que passa o sistema penal, fica claro que são as relações entre as classes sociais no mercado de trabalho que explicam a generalização da prisão como método de controle e disciplina das relações de produção (fábrica) e de distribuição (mercado) para formar a força de trabalho necessária e adequada ao aparelho produtivo⁵⁷².

Pelo aporte teórico de Foucault, os sistemas produtivos devem ser estudados em seus efeitos positivos (que realizam função social complexa) e não em seus efeitos negativos (sanção/repressão), ou seja, uma economia política dos corpos inseridos em relações de poder, não explicáveis pelas regras do Direito. Ocorre, logo, mediação política do sistema punitivo para realizar objetivos econômicos específicos de extração de utilidade e obtenção de docilidade dos corpos⁵⁷³.

No limiar da transição entre o *Ancien Régime*, no qual imperava o *poder soberano* absoluto que dilacerava e aniquilava teatralmente os corpos supliciados, para a sociedade protoburguesa de acumulação primitiva de capital, nascedouro do *poder disciplinar*, a injunção econômica que carecia de produtividade exigiu a mudança de foco da *função negativa* de destruição e eliminação física do desvio, para a *função positiva* de recuperação, adestramento, disciplinamento e

⁵⁷⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.70/71

⁵⁷¹DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... pp.38/39.

⁵⁷²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.62/63.

⁵⁷³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.63/64

normalização dos diferentes e submetidos⁵⁷⁴. De maneira silenciosa e discreta iniciou-se o grande encerramento da massa doravante plasmada em força de trabalho útil, pois a palavra de ordem cingia-se no sentido de preservação do contingente humano normalizável e com potencial produtivo⁵⁷⁵. Enfim, na passagem do suplício à prisão, presenciou-se o *poder que destrói* ser **substituído** pelo *poder que transforma*, assim como a *soberania que proíbe* ser **substituída** pela *governamentalidade*⁵⁷⁶ *que regula, ordena e dispõe*⁵⁷⁷.

No período mercantilista imperava uma pressão pela intensiva exploração do trabalho nos centros urbanos em ascensão populacional – Londres, o modelo internacional e, nos Estados Unidos, Nova Iorque e Filadélfia. Assim, grandes levadas de pessoas foram atraídas para os subúrbios; contudo, muitas delas encaminharam-se pelo desvio, em função da privação material que sofriam, e tornaram-se, assim, mais vulneráveis ao incipiente controle estatal burocrático⁵⁷⁸. Laços paternalistas feudais foram rompidos⁵⁷⁹, aumentando o *anonimato da existência* nos bairros pobres das cidades, bem como o desespero e a decrepitude

⁵⁷⁴DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... p.26.

⁵⁷⁵DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... p.27.

⁵⁷⁶Entendida como a penetração da economia política e as técnicas de biopoder (análises, reflexões, cálculos, estatísticas etc.) na “*razão de Estado*”. (DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... p.85).

⁵⁷⁷DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... pp.84/86.

⁵⁷⁸SCULL, Andrew. Decarceration. Prentice-Hall, 1977.p.16.

⁵⁷⁹[Trad. livre]: “Mas o mercado destruiu os tradicionais laços entre ricos e pobres e as recíprocas noções de paternalismo, deferência e dependência que caracterizou a antiga ordem, produzindo profundas mudanças nas relações entre classes subordinantes e subordinadas, bem como das percepções da classe superior acerca de suas responsabilidades com relação aos menos afortunados. (...) Essas mudanças nas estruturas, percepções e aparência, que marcaram a transição da antiga ordem paternalista para o sistema social capitalista, proporcionaram uma fonte direta de insatisfação burguesa com os tradicionais, não-institucionais métodos de resposta aos indigentes.” **Original:** “But the market destroyed the traditional ties between rich and poor and the reciprocal notions of paternalism, deference, and dependence which characterized the old order, producing profound shifts in the relationships between superordinate and subordinate classes, and of upper class preceptions of their responsibilities towards the less fortunate. (...) These changes in structures, perceptions, and outlook which marked the transition from the old paternalistic order to a capitalist social system provided a direct source of bourgeois dissatisfaction with the traditional, noninstitutional response to the indigent” SCULL, Andrew. Decarceration...pp.24/25.

da população miserável⁵⁸⁰, bem como se fortaleceu o que Foucault denomina de instituições de “*polícia*”, necessárias para legitimar uma “*razão de Estado*”⁵⁸¹.

O controle assume, logo, uma forma mais institucional para lidar com os excedentes, tendência essa revelada pelo estabelecimento de casas de correção (*workhouses*) em diversos pontos da Europa, a partir da *Bridewell* de Londres, fundada em 1555, até os *Hôpitaux Généraux* de Paris, de 1656⁵⁸². Havia uma verdadeira pressão das elites urbanas para o estabelecimento desses locais disciplinares⁵⁸³, cuja existência na sociedade feudal seria impraticável, tanto por causa da ausência das necessárias técnicas administrativas, como pela falta de capital mínimo acumulado para custeá-los e mantê-los⁵⁸⁴.

Anteriormente, na Idade Média, os *anormais* (prostitutas, velhos senis, lunáticos, deficientes físicos, doentes, vagabundos, pequenos punguistas etc.) recebiam, no máximo, a caridade cristã ou o tratamento privado no ambiente doméstico por métodos informais, sem implicação social; com a centralização do poder monárquico, a autoridade secular subjugou o papel da Igreja na vida civil das pessoas. Para as instituições estatais, por óbvio, interessava este volátil

⁵⁸⁰SCULL, Andrew. *Decarceration*...p.22.

⁵⁸¹ “*Ainsi, la raison d’État, en dehors des théories qui l’ont formulée et justifiée, prend forme dans deux grands ensembles de savoir et de technologie politiques: une technologie diplomatico-militaire, qui consiste à assurer et développer les forces de l’État par un système d’alliances et par l’organisation d’un appareil armé; la recherche d’un équilibre européen, qui fut l’un des principes directeurs des traités de Westphalie, est une conséquence de cette technologie politique. L’autre est constitué par la ‘police’, au sens qu’on donnait alors à ce mot: c’est-à-dire l’ensemble des moyens nécessaires pour faire croître, de l’intérieur, les forces de l’État. Au point de jonction de ces deux grandes technologies, et comme instrument commun, il faut placer le commerce et la circulation monétaire interétatique: c’est de l’enrichissement par le commerce qu’on attend la possibilité d’augmenter la population, la main-d’œuvre, la production et l’exportation, et de se doter d’armées fortes et nombreuses. Le couple population-richeesse fut, à l’époque du mercantilisme et de la caméralistique, l’objet privilégié de la nouvelle raison gouvernementale.*” FOUCAULT, Michel. *Sécurité, territoire et population*. IN: **Dits et Écrits**...v. III.p.721.

⁵⁸²SCULL, Andrew. *Decarceration*...p.16. Também: RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*... pp.67/68 e 72/74; MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário – séculos XVI –XIX*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.pp.33 e ss.

⁵⁸³SCULL, Andrew. *Decarceration*...pp.23/24.

⁵⁸⁴SCULL, Andrew. *Decarceration*...p.31.

exército de corpos úteis (*able-bodied*)⁵⁸⁵ para combinar aparente filantropia com camuflado manejo negocial de plus-valias⁵⁸⁶.

Contudo, se, por um lado, o capital liberou o trabalho dos laços servis e de dependência pessoal e territorial (feudal); por outro, instaurou uma forma mais aguçada de servilismo⁵⁸⁷. A penitenciária surge nesse momento histórico como instituição social subalterna à fábrica, uma espécie de laboratório de técnicas disciplinares para manuseio da *economia política do corpo* e formação de uma *subjetividade proletária*⁵⁸⁸, bem como um reflexo de seu perfil organizativo e ideológico. Desta forma, se o contrato de trabalho fixou o tempo de duração da prestação de serviços pessoal e subordinada, a sentença fixou o tempo de dívida do crime, um equivalente geral de valor de troca⁵⁸⁹. A privação da liberdade pelo tempo (*equivalente geral de troca do crime*) representa a “*fórmula salário*” aplicada à pena. A prisão realiza a “*contabilidade econômico-moral*” do condenado e reproduz os mecanismos do corpo social para a transformação coativa do condenado por meio de técnicas do *isolamento*, do *trabalho* e da *modulação*⁵⁹⁰.

Para cumprimento do tempo de privação da liberdade, a seu turno, o estabelecimento de uma instituição com funções claras, como o cárcere, que possuía dimensões instrumental e simbólica, caía como uma luva, conforme os dizeres de De Giorgi:

“Nesse sentido, torna-se indispensável considerar tanto a dimensão instrumental quanto a dimensão simbólica da instituição carcerária. A dimensão instrumental nos permite iluminar as origens da penitenciária e as funções econômicas imediatas que ela assumia, sendo a principal delas a produção de uma

⁵⁸⁵[Trad. livre]: “A importância da distinção entre pobres com corpos úteis e pobres com corpos inúteis, desse modo, aumenta *pari passu* com a ascensão do sistema salarial.” **Original:** “The significance of the distinction between the able-bodied and the non-able-bodied poor thus increases *pari passu* with the rise of the wage labor system.” SCULL, Andrew. Decarceration...p.27.

⁵⁸⁶SCULL, Andrew. Decarceration...pp.17/18 e 26.

⁵⁸⁷DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... pp.42/43.

⁵⁸⁸DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... p.99.

⁵⁸⁹PASUKANIS, E. Teoria Geral do Direito e Marxismo... p. 203. Também: DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... pp.. 41 e 44.

⁵⁹⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.80/81

força de trabalho disciplinada e disponível à valorização capitalista. A dimensão simbólica, por sua vez, permite-nos explicar o motivo do ‘sucesso histórico’ aparente da instituição carcerária. O cárcere representa a materialização de um modelo ideal de sociedade capitalista industrial, um modelo que se consolida através do processo de ‘desconstrução’ e ‘reconstrução’ contínua de indivíduos no interior da instituição penitenciária. O pobre se torna criminoso, o criminoso se torna prisioneiro e, enfim, o prisioneiro se transforma em proletário.”⁵⁹¹

A evolução transformadora da prisão, de instituição marginal ao sistema penal na forma principal de castigo na sociedade, estabelecendo o tempo de liberdade suprimido como critério geral e abstrato de valor, começa com o modelo *Rasphuis* (Holanda), passando pelos modelos subsequentes *Gand* (Holanda) e *Gloucester* (Inglaterra), ambos modelos correcionalistas (isolamento e duração da pena), além do modelo da *Filadélfia* (EUA) – instituído como aparelho de saber para formação de conhecimento individualizado sobre o condenado⁵⁹².

No aspecto da “*microfísica do poder*” foucaultiana o poder de punir transmuda-se do suplício do corpo à centralização do “arquipélago carcerário” pela prisão (o homem substitui o crime como objeto principal de julgamento e a prisão do corpo é um intermediário em busca de sua “alma”). Ocorre ainda uma divisão do trabalho com o concurso de juízes paralelos, os “*ortopedistas morais*”, em função da complexidade dos julgamentos; o resultado é a intensificação do processo de normalização do sujeito, ocultado atrás da verdade científica⁵⁹³. Na verdade o sistema penal constitui uma estratégia do poder que, apoiada no saber científico e influenciada pelas variáveis econômicas da tessitura social cria uma “*ideologia de submissão*” permanente em todos os submetidos ao controle social.

O poder disciplinar, instituído pelo princípio do panóptico e seus desdobramentos (*vigilância, sanção e exame*) transforma a pena na instituição central do controle social com o objetivo de extrair docilidade e utilidade dos [novos] corpos, distribuindo cada indivíduo em seu lugar e em cada lugar um

⁵⁹¹DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... p.45.

⁵⁹²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.71/72.

⁵⁹³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.72/73

indivíduo (*quadriculamento*)⁵⁹⁴. Assim, se as técnicas disciplinares promovem a máxima adequação na correlação *gesto-corpo* e maior eficácia nas articulações *corpo-objeto-máquina*, o poder que por elas circula (poder disciplinar) atua como “*contra-direito*”, oposto à teoria do contrato⁵⁹⁵.

Os movimentos reformistas desta época, que buscavam maior humanidade nas punições, mas não admitiam explicitamente o adestramento disciplinar, também propugnaram pela melhor classificação entre todos aqueles que desviavam das *curvas da normalidade* e, com a especialização nos tratamentos correcionais sobre corpos, surgiu a profissionalização⁵⁹⁶:

“*antigos carrascos e vigias de calabouços foram transformados em guardas de prisão (pessoal penitenciário); os mantenedores de depósitos para doentes mentais, em alienistas e psiquiatras; a informal milícia local foi substituída por uma organizada força policial burocrática; os vestais e regiliosos das paróquias, por mal pagos Guardiões da Lei*”⁵⁹⁷

Na verdade, a disciplina representa modalidade de controle social do capitalismo que (re)produz uma “*gestão diferencial das ilegalidades*”. Desta forma, a prisão, ao internalizar a disciplina em sua racionalidade punitiva, estimula a configuração de uma “*ilegalidade fechada, separada e útil*”, garantindo as estruturas de poder de classes na sociedade⁵⁹⁸.

Com o capitalismo mais industrial, a prisão torna-se um instrumento cada vez mais de terror e degradação (institui a tortura, o confinamento solitário, o

⁵⁹⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.77/78

⁵⁹⁵CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.79/80

⁵⁹⁶[Trad. livre]: “*Isto é, a maneira com que emergiram os diversos especialistas no controle de várias formas de desvio, e as elaboradas opiniões que seus trabalhos produziram sobre estes grupos, ajudou a completar e a conceder uma aura de objetividade ao processo de rigidificação das várias subcategorias de desvio.*” **Original:** “*That is, the way the emergence of assorted ‘experts’ in the control of various forms of deviance, and the elaborate ideological accounts of their work these groups produced, helped to complete and lend an aura of objectivity to the process of rigidification of the various subcategories of deviance*” SCULL, Andrew. Decarceration... p.30.

⁵⁹⁷[Trad. livre] **Original:** “*(...) gaolers were transformerd into prison wardens; madhouse keepers into alienists or psychiatrists; the local militia were replaced by a bureaucratically organized police force; the parish vestrymen by paid Poor Law Guardians*”. SCULL, Andrew. Decarceration...p.22.

⁵⁹⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... p.64

trabalho inútil). Assim, as *workhouses*, que serviram originalmente para ensinar a disciplina do trabalho (ou da *fome*) aos corpos úteis, de uma hora para outra passaram a funcionar também como depósitos da população inempregável⁵⁹⁹, dos decrepitos e dos decadentes⁶⁰⁰. Contudo, esses seriam inofensivos (*harmless*), caso fossem mantidos neutralizados intramuros, ou seja, afastados do caminho da ofensa (*harm's way*)⁶⁰¹.

À disciplina dos corpos individuais encerrados, revelada insuficiente na aurora do século XIX, acoplou-se o poder de regulação de grupos humanos inteiros da sociedade industrial, convertida em uma gestão ainda mais racional (poder-saber) das forças produtivas. A perfeita articulação entre técnicas disciplinares e o governo das populações ocorre na primeira metade do século XX, com a consagração do *Welfare State* e seu paradigma penal de cárcere correcional⁶⁰².

Nesta fase de desenvolvimento social, já haviam decorrido mais de duzentos anos da propagação dos movimentos reformistas da legislação penal sem efetiva mudança na situação de *superpopulação* carcerária inerte e indisciplinável ou mesmo na qualidade e condições do encarceramento, não faltaram aqueles que consideravam os antigos centros correcionais como uma realidade periclitante, de modo que a única forma de melhorar prisões e manicômios seria esvaziando-os⁶⁰³:

⁵⁹⁹ “As péssimas condições da prisão, devido à política deliberada de privação dos prisioneiros e ao rápido crescimento correspondente dos recursos disponíveis, ficaram ainda mais intoleráveis com a mudança no sistema de trabalho do condenado. Não era necessário para um tirano cruel chegar e transformar as casas de correção num lugar de tormenta. O simples fato de que eles não estavam mais pagando os investimentos era suficiente. O lucro que enriqueceu os administradores das prisões quando a força de trabalho era escassa e os salários altos desapareceram, conduzindo-os à bancarrota ou forçando-os a abandonar o empreendimento; e, mais ainda, o retorno não era mais suficiente para a manutenção tanto de prisioneiros quanto de carcereiros.”. RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social... pp.154/155.

⁶⁰⁰ SCULL, Andrew. Decarceration...p.29.

⁶⁰¹ SCULL, Andrew. Decarceration...p.33.

⁶⁰² DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... p.27.

⁶⁰³ SCULL, Andrew. Decarceration...p.41.

*“Excarceração, desinstitucionalização, diversão – seja qual for o nome pelo qual esse processo hoje adquire suas roupagens – o movimento de retorno do ‘mau’ e do ‘louco’ em direção à comunidade fez com que muitos antecipassem (ou mesmo anunciassem) o advento do milênio terapêutico”.*⁶⁰⁴

Este movimento político criminal representou retomar um novo programa correcional *flexível, adaptável e centrado no contexto social (community-based)* com a finalidade de facilitar a *reintegração* do ofensor ao meio e evitar ao máximo o isolamento carcerário ou os efeitos do *estigmatizadores* da instituição penal⁶⁰⁵. Os principais defensores deste *tratamento comunitário* ainda advogam pela verdadeira *humanização* da execução penal, uma maneira de conter o *déficit de vagas* nas prisões e, principalmente, *reduzir os custos* com o delito⁶⁰⁶. Para os deficientes mentais, a seu turno, a *diversão*, que julgou anti-terapêutico o caráter da internação em hospitais psiquiátricos, significou o incremento do tratamento ambulatorial, com utilização maciça de drogas psicoativas⁶⁰⁷.

Argumenta Scull que, embora sempre tenha havido uma resistência a retirar um criminoso condenado do cárcere e recolocá-lo em um contexto comunitário, vez que impera o sentimento multissecular do merecimento da retribuição penal (sofrimento) em virtude do ato reprovado⁶⁰⁸ – e a idéia de desinstitucionalização da pena representaria algo próximo da impunidade -, os substitutivos penais consubstanciam fruto de políticas do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*)⁶⁰⁹, cujas medidas, além de permitir, bem da verdade, a

⁶⁰⁴[Trad. livre] **Original:** “Decarceration, deinstitutionalization, diversion – under whatever name the process currently masquerades – the movement to return the bad and the mad to the community has led many to anticipate (or even announce) the advent of the therapeutic millennium.”. SCULL, Andrew. Decarceration...p.41.

⁶⁰⁵SCULL, Andrew. Decarceration...p.42.

⁶⁰⁶SCULL, Andrew. Decarceration...pp.42/43.

⁶⁰⁷SCULL, Andrew. Decarceration...p.77.

⁶⁰⁸SCULL, Andrew. Decarceration...p.135.

⁶⁰⁹[Trad. Livre]: “Claramente, o advento do Estado de Bem-Estar social refletido, de alguma maneira, em menor resistência para com similares legislações das classes capitalistas, levou ao efetivo embate das implicações que, em economias avançadas, faculdades humanas são tão importantes quanto os meios de produção ou qualquer outra forma de manifestação do capital. Da mesma forma, entretanto, a gênese histórica do Estado de Bem-Estar social é também produto de lutas políticas levadas a cabo pelos movimentos operários organizados. Nesta toada, medidas de bem-estar representam ‘concessões sociais’

reprodução e a manutenção da força de trabalho, também importaram em *qualidade* das condições de trabalho⁶¹⁰.

O principal motivo da opção por uma *diversificada política de controle social* resolveu-se pelo aperto orçamentário representado em prol do custo útil das políticas propositivas em benefício da classe trabalhadora organizada, face ao custo inútil e prejudicial da manutenção de pessoas encarceradas, que deve ser amortizado:

*“Nessas circunstâncias, a manutenção de uma política de controle de crescente custo, a qual possui menos vantagens que uma aparente muito mais barata alternativa, torna-se cada vez mais difícil de justificar-se; e a atração daquela alternativa pelos governos submersos em sempre maiores pressões orçamentárias, inobstante as dificuldades políticas para sua realização, torna-se praticamente irresistível.”*⁶¹¹.

realizadas sob a ameaça de, ou em antecipação de descontentamento ou revolta populares. (...) A polarização social e as formas mais agudizadas de conflitos de classes, nesta toada, diminuíram proporcionalmente à habilidade da classe trabalhadora de extrair uma completa série de reformas sociais e econômicas. Reformas que modificaram, mas não destruíram as bases do sistema político e econômico capitalista. De fato, estes compromissos políticos assumidos por parte do aparato social com as classes dominadas serviu, em significativa extensão, para fortalecer o sistema como um todo, ainda que elas tenham necessariamente envolvido o sacrifício dos interesses econômicos de particulares formas de capital, a curto ou mais a mais longo-prazo.” **Original:** “Clearly, the advent of the welfare state reflected in some measure a lessened resistance to such legislation on the part of a capitalist class increasingly led to confront the implications of the fact that, in advanced economy, human faculties are as important as means of production as any other kind of capital. Equally, however, the historical genesis of the welfare state is also the product of political struggles on the part of the increasingly organized labor movements. To this extent, welfare measures represent ‘social concessions’ made under the threat of, or in anticipation of popular discontent and struggle. (...) Social polarization and the more acute forms of class conflict have thus been minimized by the working classes’ ability to extract a whole series of economic and social reforms. Reforms which have modified but not destroyed the underlying character of the capitalist political and economic system. Indeed, such compromises on the part of the state apparatus vis-à-vis the dominated classes have to a significant extent served to strengthen the system as a whole, even while, they have necessarily involved the sacrifice of the short-term and even long-term **economic** interests of particular sections of capital.” SCULL, Andrew. Decarceration...p.136.

⁶¹⁰SCULL, Andrew. Decarceration...p.137.

⁶¹¹[Trad. livre] **Original:** “In such circumstances, the continuation of an increasingly costly social control policy which, in terms of effectiveness, possesses few advantages over an apparently much cheaper alternative becomes ever more difficult to justify; and the attractiveness of that alternative to governments under ever greater budgetary pressures, whatever the political difficulties in the way of its realization, becomes steadily harder to resist.” SCULL, Andrew. Decarceration...p.139.

A regulação do *exército industrial de reserva (surplus)*, supérfluo ao capitalismo avançado, por meio da biopolítica, é que explica por que nem toda a população desempregada é criminalizada: parte dela (*social junk* – detrito social inofensivo) é gerida por medidas parterneralistas e assistencialistas de *welfare*, ao passo que a parte considerada problemática (*social dynamite*), formada pelos grupos congregadores dos esteriótipos negativos – minorias étnicas, imigrantes e jovens pobres – recebem o rigor carcerário e policial⁶¹²⁶¹³, ou mesmo algum ***substitutivo penal***, sem o mesmo rigor institucional. Percebe-se, entretanto, a paulatina assunção de alguns traços punitivos pelas mesmas medidas de *welfare* ao dificultar e limitar o acesso aos benefícios (seletividade burocrática) e a estigmatização social dos beneficiados, como se fossem um peso a ser arcado por todos os demais contribuintes, ou seja, como vagabundos⁶¹⁴.

Entretanto, a partir a década de 60, com o desmantelamento progressivo do Estado Social pelo ataque neoliberal (*desregulamentação econômica*), o contexto penal passa a ser marcado pelas *ideologias de repressão* – consagração de um verdadeiro *Estado Penal* (hipertrofia e hiper-regulamentação penal)-, ao mesmo tempo em que abandona grande parte do projeto disciplinar puro e simples.

A sociedade disciplinar, isto é, aquela onde predominaram as instituições e aparatos disciplinares e, nas quais os indivíduos submetem-se a um controle permanente, foi a própria sociedade capitalista que permitiu a acumulação do

⁶¹²DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... pp.48/51.

⁶¹³ “*Personnellement, l'idée que j'ai voulu introduire dans la discussion, c'est que l'appareil d'État bourgeois de justice dant la forme visible, symbolique est le tribunal avait pour fonction essentielle d'introduire et de multiplier des contradictions au sein des masses, principalement entre prolétariat et plèbe non proletalisée, et que, de ce fait, les formes de cette justice et l'idéologie qui leur est liée doivent devenir la cible de notre lutte actuelle.*” FOUCAULT, Michel. Sur la justice populaire: Débat avec les maos. IN: **Dits et Écrits**...v. II..p.368.

⁶¹⁴DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... p.51. Também: FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...p.131.

capital e a formação de complexos sistemas produtivos nos séculos XIX e XX⁶¹⁵. A atual sociedade não é mais disciplinar, mas uma *sociedade de controle*⁶¹⁶.

Nesta nova situação, as tecnologias de controle não se prestam somente a adestrar e a aperfeiçoar a força de trabalho - exatamente porque é difícil encontrar dissipação de energia e desperdícios⁶¹⁷, ou seja, abundância da força produtiva em meio a *excessos negativos*⁶¹⁸. Elas, enquanto técnicas de prevenção do risco, na verdade, funcionam para vigiar, segregar e conter, no cárcere ou nos guetos e bairros pobres as classes excluídas – tidas como “perigosas” - desta cadeia de

⁶¹⁵FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...p.166.

⁶¹⁶“As sociedades disciplinares têm dois pólos: a assinatura que indica o indivíduo, e o número de matrícula que indica sua posição numa massa. É que as disciplinas nunca viram incompatibilidade entre os dois, e é ao mesmo tempo que o poder é massificante e individuante, isto é, constitui num corpo único aqueles sobre os quais se exerce, e molda a individualidade de cada membro do corpo (Foucault via a origem desse duplo cuidado no poder pastoral do sacerdote - o rebanho e cada um dos animais - mas o poder civil, por sua vez, iria converter-se em “pastor” laico por outros meios). Nas sociedades de controle, ao contrário, o essencial não é mais uma assinatura e nem um número, mas uma cifra: a cifra é uma senha, ao passo que as sociedades disciplinares são reguladas por palavras de ordem (tanto do ponto de vista da integração quanto da resistência). A linguagem numérica do controle é feita de cifras, que marcam o acesso à informação, ou a rejeição. Não se está mais diante do par massa-indivíduo. Os indivíduos tornaram-se “dividuais”, divisíveis, e as massas tornaram-se amostras, dados, mercados ou “bancos”. É o dinheiro que talvez melhor exprima a distinção entre as duas sociedades, visto que a disciplina sempre se referiu a moedas cunhadas em ouro - que servia de medida padrão -, ao passo que o controle remete a trocas flutuantes, modulações que fazem intervir como cifra uma percentagem de diferentes amostras de moeda.” DELEUZE, Gilles. Post-scriptum das sociedades disciplinares... (versão eletrônica) pp.02/03

⁶¹⁷“Na realidade, isso que temos o costume de chamar de ‘desemprego’ talvez não corresponda mais à falta de **trabalho**, mas sim de **emprego**, se por emprego entendermos um conjunto de seguranças – estabilidade, acesso a determinadas garantias, titularidade de um conjunto de direitos socialmente reconhecidos – do qual o pós-fordismo expropriou a totalidade da força de trabalho contemporânea. Talvez o ‘desemprego’ então se configure hoje mais propriamente como a abolição do ‘trabalho’ específico, próprio do capitalismo industrial, do trabalho ao qual nos referimos quando se diz que uma mulher ‘não tem um trabalho’ e dedica a criar os filhos e que ‘tem um trabalho’, quando dedica apenas uma fração do seu tempo a criar os filhos dos outros. DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... p.68.

⁶¹⁸“O **excesso negativo** é representado como um conjunto de subjetividades que **excedem a lógica ‘governamental’**, uma vez que acentuam a contradição entre uma cidadania social baseada no trabalho e uma esfera produtiva que cada vez tem menos necessidade de trabalho vivo. O **excesso positivo** se define, por seu turno, como o conjunto de subjetividades que **excedem a racionalidade capitalista** porque agudizam a contradição entre uma potencialidade produtiva ilimitada e cooperativa e um arranjo das relações de produção que criam obstáculos à autonomia do comando capitalista, impondo às relações de produção uma valorização baseada na competição.”. DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... p.90.

emprego, pois seu potencial não interessa ao ciclo econômico legal e formal e, deste modo, devem ser segregadas das demais classes laboriosas⁶¹⁹. Fala Alessandro De Giorgi:

“Se voltarmos o olhar às tecnologias de controle que emergem no ocaso do século XX e anunciam a aurora do século XXI, podemos certamente falar de um segundo grande internamento. De um internamento urbano, que tem a forma do gueto, de um internamento penal, que tem a forma do cárcere, e de um internamento global, que assume a forma das inumeráveis ‘zonas de espera’, disseminadas pelos confins internos do Império. Porém, diferentemente do internamento do qual nos falou Foucault, a sua reedição atual não parece cultivar nenhuma utopia de tipo disciplinar. O novo internamento se configura mais do que qualquer coisa como uma tentativa de definir um espaço de contenção, de traçar um perímetro material ou imaterial em torno das populações que são ‘excedentes’, seja a nível global, seja a nível metropolitano, em relação ao sistema de produção vigente.

*Aqui se determina, por conseguinte, uma nítida separação entre **biopolítica** e **disciplinabilidade**, na qual a primeira se expressa, paradoxalmente, através da negação da segunda. Resta a instalação biopolítica de um poder entendido mais como regulação de populações produtivas, como controle dos fluxos da força de trabalho global num espaço tornado imperial, e menos como aquela ‘anatomo-política do corpo’ da qual nos fala Foucault, aquele ‘fazer viver’ produtivo que integra, ao nível dos indivíduos singulares, a regulação das populações no seu conjunto.”*⁶²⁰

É uma tendência retrógrada a vivenciada atualmente, pois, em tempo de carência de força de trabalho, desenvolviam-se técnicas disciplinares para exercer um poder-saber sobre os corpos dos indivíduos normalizados e reinseri-los no contexto da produtividade. Todavia, em tempo de excessos (negativo e positivo), há um abandono progressivo das medidas penais simplesmente alternativas e do cárcere correccional (de recuperação) para a volta da neutralização e inocuização *tout court* do indivíduo, isto é, ao controle das populações não mais pelo *poder-saber*, mas pelo *não-saber*, vez que não interessam mais as individualidades⁶²¹.

Na seara dos **substitutivos penais**, passados mais de 70 anos do início do movimento de excarceração, percebe-se que eles acompanham as duas tendências históricas, tanto a da correção e adestramento, quanto a da

⁶¹⁹DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... pp.27/28.

⁶²⁰DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... pp.28/29.

⁶²¹DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... pp.91/92.

neutralização pela estigmatização informal e às escâncaras – fora do cárcere (tal como o exemplo do monitoramento eletrônico mediante instrumentos de *GPS*). Se não servem predominantemente para o disciplinamento, as *medidas substitutivas* integram a lógica do sistema penal *atuarial*, na esteira da privatização dos aparelhos de controle, monetarização do risco e da gestão (e prevenção) do perigo representado pelas classes perigosas por meio de técnicas binárias, estatísticas e probabilísticas⁶²². Não existe mais a preocupação com a produção de subjetividades, porém à pura destruição delas⁶²³. Dessa forma a *diversão* penal está sempre historicamente ligada, ora a serviço do *poder disciplinar*, ora a serviço da *biopoder*.

A reforma humanitária das penas, ainda sustentada por alguns, ou mesmo sua desinstitucionalização, encontra um limite mínimo – o princípio da *less eligibility* (menor elegibilidade ou preferibilidade da pena) pela qual todo sistema repressivo deve adequar-se a níveis de vida inferiores àqueles suportados pela população mais carente de trabalhadores livres, de modo a manter a função constrangedora e dissuasiva da pena⁶²⁴. Este vetor condiciona a situação e o valor do *surplus* de força de trabalho: quanto maior a oferta econômica deste bem, menor será o seu preço equivalente contratualmente avençado, assim como piores serão as condições de trabalho do proletariado. E quanto às penas? Nesses períodos históricos elas agravam-se de maneira a destruir e inutilizar a sobra: são penas severas e cruéis, trabalho forçado improdutivo, condições de reclusão fatigantes e insuportáveis⁶²⁵.

Com isso, atualmente o desenvolvimento do modo de produção capitalista aponta para a segunda alternativa: as exigências da economia neoliberal

⁶²²DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal...pp.93 e 99.

⁶²³DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... pp.112/113.

⁶²⁴Nas palavras de Rusche/Kirchheimer: “*Todos concordavam em que nada além do nível mínimo deveria ser dado aos prisioneiros. (...) O limite mais alto para as despesas com os prisioneiros era, portanto, determinado pela necessidade de manter seu padrão de vida abaixo do padrão das classes subalternas da população livre*”. RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social... pp.152/153.

⁶²⁵DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... pp.40/42.

de criar as melhores condições possíveis para atrair investidores e capital produtivo implicam o crescente desmonte do núcleo de políticas públicas e a flexibilização dos direitos sociais duramente conquistados pela classe trabalhadora organizada em épocas de “bem-estar” no começo do século. A estrutura econômica, então, concede liberdade somente aos mercados e enriquece, simultaneamente, bancos e especuladores financeiros, ao mesmo tempo em que cria um mundo novo de *trabalho morto cristalizado no capital*, ou seja, a automação obtida pelo desenvolvimento tecnológico, tornando *o trabalho vivo* cada vez mais desnecessário⁶²⁶. Como consequência inexorável do esfacelamento da cidadania, há uma terrível onde recrudesimento das *estratégias de segregação punitiva* em todos os países ocidentais, tomando, como exemplo, a política penal da Inglaterra e dos Estados Unidos⁶²⁷.

A via de mão única do encarceramento capitaneada pelo Estado-centauro (cabeça liberal sobre um corpo autoritário), assentado na multissecular regra do “*laissez faire, laissez passer*”⁶²⁸, nos países centrais, mascara inclusive os baixos índices de desemprego, os quais, aparentemente em tendência regressiva mais acentuada nos Estados Unidos, em comparação com os demais países europeus, e justificada retoricamente pela política de não-intervencionismo, na verdade desconta o percentual dos desocupados já neutralizados e encarcerados. Afinal, a taxa de encarceramento nos Estados Unidos, entre 1970 e 1991, aumentou 314%⁶²⁹.

Ademais, a tendência de alargamento da *segregação punitiva* fica ainda mais evidenciada se contabilizados os indivíduos postos à prova (*probation*) ou em liberdade condicional (*parole*), isto é, submetidos a formas variadas de

⁶²⁶ ARGÜELLO, Katie. Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem. Conferência proferida no “1º Congresso Paranaense de Criminologia”, realizado em novembro de 2005, em Londrina.pp.02/03.

⁶²⁷ ARGÜELLO, Katie. Do Estado social ao Estado penal...p.01.

⁶²⁸ WACQUANT, Loïc. Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Trad. Eliana Aguiar. – Rio de Janeiro: Revan, 2003.pp.55/56.

⁶²⁹ ARGÜELLO, Katie. Do Estado social ao Estado penal...pp.06/07.

substitutivos penais, demonstrando que quase 5% da população adulta daquele país foi engolida pelo sistema formal de controle, institucional ou não institucional⁶³⁰. A manifestação biopolítica de segregar conjuntos populacionais indesejáveis inteiros e transformá-los em inimigos dos cidadãos-consumidores faz dos gastos anuais com essa nefasta guerra criada internamente – US\$ 210 bilhões – aproximar-se muito das despesas com os chamados “inimigos externos” dos Estados Unidos – US\$ 256 bilhões⁶³¹.

Para Rusche e Kirchheimer o desenvolvimento tecnológico, alterando a “*composição orgânica*” do capital, somente piorou a situação da força de trabalho excedente. De todo modo, aponta-se uma deficiência na obra de Rusche/Kirchheimer em ter subestimado o peso das forças ideológicas e políticas⁶³², assim como na de Foucault por criticado somente o caráter historicamente abstrato que assume a disciplina no ambiente que gestava a racionalidade penitenciária, sem um satisfatório embasamento nas correlatas relações de produção.⁶³³

Contudo, a conjugação das concepções marxistas e foucaultianas⁶³⁴ permite demonstrar a simbiose existente entre as formas de controle requeridas na atualidade – cada vez mais flexíveis, plásticas e baratas e menos institucionais, porém não menos intrusivas sobre o corpo e a alma – e a estrutura econômica fortemente marcada pela não intervenção estatal e o abandono da cidadania:

⁶³⁰WACQUANT, Loïc. *Prisões da Miséria*. Trad. André Telles. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. pp.83/84. Também: WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres*...p.69.

⁶³¹ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal*...p.07.

⁶³²“*Para adotar uma abordagem mais profícua para a sociologia dos sistemas penais, é necessário despir a instituição social da pena de seu viés ideológico e de seu escopo jurídico e, por fim, trabalhá-la a partir de suas verdadeiras relações. A afinidade, mais ou menos transparente, que se supõe existir entre delito e pena impede qualquer indagação sobre o significado independente da história dos sistemas penais. Isto tudo tem que acabar. A pena não é nem uma simples consenquência do delito, nem o reverso dele, nem tampouco um mero meio determinado pelo fim a ser atingido. A pena precisa ser entendida como um fenômeno independente, seja de sua concepção jurídica, seja de seus fins sociais.*” RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*...p.17.

⁶³³ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal*...p.17. Também: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*... pp.64/65.

⁶³⁴BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*... pp. 191/192.

parece, então, que os *substitutivos penais* realmente representam a opção predileta, eis que propiciam o deslocamento do setor de controle social das zonas improdutivas (cadeias públicas e prisões) para zonas produtivas da indústria e do comércio⁶³⁵, açambarcadas doravante pela *segregação punitiva* sutil, e onde as atividades lícitas e ilícitas parecem interpenetradas como nunca antes visto⁶³⁶.

Afinal, ao capital financeiro-global vale tudo a fim de aumentar suas *plus-valias* e acentuar sua acumulação monopolista, inclusive passar a assumir a função que outrora foi estatal, tendência essa revelada pelas hipóteses de *diversificação penal* controlada precipuamente pela comunidade – chamada por *extensão horizontal da rede penal* por Wacquant⁶³⁷ -, assim como o processo de privatização dos presídios, os quais abrigam o restante do subproletariado que não obteve pena desintitucionalizada⁶³⁸ e podem ter o produto de seu trabalho explorado pelo mecanismo do *leasing system*⁶³⁹.

Finalmente, outra crítica marxista que se pode fazer entre a relação dos *substitutivos penais* e da produção material da sociedade está em que, ao aplicar uma *política diversificadora*, impede-se a aglutinação dos presos, não para rebeliões ou motins, mas a articulação deles com demais movimentos sociais em busca da efetivação da democracia substantiva. A sanção penal, ainda que seja desintitucionalizada, permanece como um rótulo negativo atribuído e transforma os seus destinatários em inimigos da classe proletária⁶⁴⁰⁶⁴¹. O medo e a repulsa

⁶³⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.601.

⁶³⁶ ARGÜELLO, Katie. Do Estado social ao Estado penal...p.21.

⁶³⁷ WACQUANT, Loïc. Prisões da Miséria... pp.83 e ss.

⁶³⁸ WACQUANT, Loïc. Prisões da Miséria... pp.90/91.

⁶³⁹ “Por intermédio deste modelo, o Estado abdica, temporariamente, de qualquer direção e controle sobre o universo institucional: os internos são, na prática, ‘alugados’ a um empresário por um período acordado e por uma soma definida. É o empresário contratante que deve prover seja a manutenção da população carcerária empregada, seja a disciplina. As vantagens para a administração penitenciária são inegáveis. **O *leasing system* é, sem dúvida, o mais ‘remunerativo’: por mais reduzido que seja o preço pago pelo empresário, o contrato sempre garante um ganho, livre de qualquer despesa, para a administração**”. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Cárcere e Fábrica...p.197.

⁶⁴⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.697.

⁶⁴¹ “Il faut d’abord se rappeler ceci: dans toutes les révolutions politiques du XIX^e siècle – 1830, 1848 et 1870 -, il était de tradition: soit qu’il y ait des révoltes à l’intérieur des prisons, et que les détenus se

pelo diferente, ainda que ele seja muito próximo, talvez principalmente por isso, como Nils Christie asseverou:

*“A maioria adota uma posição liberal, mas existem exceções, como representadas pelo influente maoísta Jan Myrdal (1977). Em vários artigos ele argumenta que criminosos são os inimigos da classe trabalhadora. A polícia e os guardas da prisão, de acordo com Myrdal, estão mais próximos da classe trabalhadora que o **lumpenproletariado**. Para ele é óbvio que os trabalhadores em todos os casos devam defender a necessidade de movimentos de emprisonamento. ‘Somos a favor da **lei e ordem**. Estamos do lado da política tanto no combate ao crime, quanto na luta institucional por melhores salários e condições de trabalho aos agentes da lei’”.*⁶⁴²

Em conclusão, o desvelamento teórico-genealógico da relação umbilical entre os *substitutivos penais* e a *estrutura econômico-social* apenas confirma as teses esposadas no feixe de críticas contundentes aos seus *requisitos objetivos* e *requisitos subjetivos*⁶⁴³, além de reforçar a tendência da expansão da *política penal diversificadora e desinstitucionalizada* marcada pelos vieses explicativos da *superlotação carcerária*, da *crise fiscal* e da *ampliação do controle social*⁶⁴⁴ - seja pelas *técnicas disciplinares*, seja pela *biopolítica*⁶⁴⁵.

solidarisent avec le mouvement révolutionnaire qui se déroulait à l'extérieur, soit que les révolutionnaires aillent vers les prisons pour en ouvrir de force les portes et libérer les détenus. Ce fut une constante au XIX^e siècle. À l'inverse, au XX^e siècle, en raison d'une série de processus sociaux, par exemple la rupture entre le prolétariat politiquement et syndicalement organisé et le 'Lumpenproletariat', les mouvements politiques n'ont plus été associés aux mouvements dans les prisons.” FOUCAULT, Michel. Prisons et révoltes dans les prisons. IN: **Dits et Écrits...** v. II.p.426.

⁶⁴²[Trad. livre] **Original:** *Most take a liberal position, but there are exceptions, as represented by the influential Maoist Jan Myrdal (1977). In several articles he has argued that criminals are the enemies of the working class. Police and prison guards are according to Myrdal closer to the working class than the lumpenproletariat. It is according to him far from obvious that the worker in all cases ought to support demands from the prison movements. "We are in favour of law and order. We are at the side of the police both in the fight against crime, and in the policemen's fight for improved working-conditions and increased salaries".* CHRISTIE, Nils. Limits To Pain...(eBook) Chapter 8: Neopositivism. 8.3 Our Comrades.

⁶⁴³ Vide itens I e II acima, neste mesmo Quarto Capítulo.

⁶⁴⁴ Vide Primeiro Capítulo, item II.II.

⁶⁴⁵ Vide Segundo Capítulo.

IV. EPÍLOGO: APARECIMENTO DE NOVOS CONTROLES

As mais variadas *estratégias diversificadoras* adotadas na *política criminal* (ou melhor, *política penal*) do capitalismo neoliberal levaram, não à possibilidade de existência de mecanismos realmente *substitutivos da pena*, ou à resolução dos problemas maximizados pela *violência estrutural* (pela insuficiência de utilidades materiais e econômicas) ou pela *violência institucional* (insuflada pela prática das agências estatais), mas ao *aumento da rede do controle social* (efeito *net-widening*⁶⁴⁶), ampliado para além da percepção do senso comum capitaneada pelo método criminológico tradicional⁶⁴⁷.

Certamente que a *flexibilização* e a *informalização* dos *limites* e das *condições* de implementação da punição criminal não vêm ao encontro da garantia efetiva dos direitos subjetivos dos a ela sujeitos; muito pelo contrário, a *desinstitucionalização* penal leva à sistemática violação destes mesmos direitos categorizados como fundamentais, transformada agora em atuação amplamente aceita e de negatividade quase imperceptível.

As práticas e técnicas disciplinares concentradas ao extremo nas instituições totais⁶⁴⁸, como as prisões, ao contrário do que possa parecer, não enfraquecem, mas vigoram-se com o aproveitamento da *vigilância hierárquica*, da *sanção normalizadora* e do *exame*⁶⁴⁹ disseminados também por todo o seio social,

⁶⁴⁶KAISER, Günther. Diversion...p.91.

⁶⁴⁷Para entender a teoria da ampliação do controle social, verificar Capítulo Primeiro, especialmente item II.II, c, acima.

⁶⁴⁸“Toda instituição conquista parte do tempo e do interesse de seus participantes e lhes dá algo de um mundo; em resumo, toda instituição tem tendências de ‘fechamento’. Quando resenhamos as diferentes instituições de nossa sociedade ocidental, verificamos que algumas são muito mais ‘fechadas’ que outras. Seu ‘fechamento’ ou seu caráter total é simbolizado pela barreira à relação social com o mundo externo e por proibições à saída que muitas vezes estão incluídas no esquema físico – por exemplo, portas fechadas, paredes altas, arame farpado, fossos, água, florestas ou pântanos. A tais estabelecimentos dou o nome de **instituições totais**”. GOFFMAN, Erving. Manicômios, Prisões e Conventos. Trad. Dante Moreira Leite. – São Paulo: Perspectiva, 2007. p.16

⁶⁴⁹Vide Segundo Capítulo.

amalgamados no dia-a-dia das pessoas e por elas automatizados sem qualquer tipo de questionamento.

Afinal, a *normalização* representa o objetivo final dos *substitutivos penais*, para ser “beneficiado” precisa demonstrar certo grau de normalização (avaliados pela *baixa gravidade do crime* que cometera e pelas *circunstâncias pessoais*, especialmente, a inapreensível *personalidade*⁶⁵⁰), assim como a perspectiva de submissão a um mais intenso e invisível processo de *normalização* com a extração máxima dos efeitos positivos de utilidade e docilidade, ou seja, deve o indivíduo voltar ao mercado social, como consumidor ou produtor, enfim, ajudar a movimentar as engrenagens do modo de produção⁶⁵¹.

Ao distribuir e classificar as pessoas submetidas ao processo formal de controle social, pelas *curvas de normalidade*, o sistema penal impõe sanções que vão além do mero adestramento físico, pois visam a principalmente adentrar na alma do acusado/condenado⁶⁵². Assim, no curso do regime de prova dos *substitutivos penais*, o sujeito terá sua vida milimetricamente monitorada e devassada toda vez que tiver de recolher-se ao domicílio a partir de determinado horário; abster-se de freqüentar lugares *não-normalizados*; de trocar de endereço sem consentimento judicial prévio ou e de dispor de seu tempo livre, de sua intimidade e de suas preferências; comparecer periodicamente em juízo para informar e justificar suas atividades e suas impressões pessoais sobre a ocupação desenvolvida, entre outros⁶⁵³.

Parece, para bem dizer a verdade, não haver limites máximos à gula da expansão do controle penal, que engole tudo aquilo com o que se depara. Como lutar contra algo que, por sua vez, luta contra a “criminalidade”? O abnegado

⁶⁵⁰Verificar itens acima sobre as críticas aos *requisitos objetivos* e *subjetivos*, respectivamente.

⁶⁵¹BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...p.176.

⁶⁵²BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...p.176.

⁶⁵³BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização...pp.177/178.

trabalho de deslegitimar a pena acaba sendo condenado como deslegitimação do Estado de Direito e, dessa forma, uma forma de lesa-majestade penal⁶⁵⁴.

Incrível o fascínio que exerce essa multidisciplinaridade entre os saberes da biologia, química, medicina, engenharia, estatística, computação, psicologia, dentre outros tantos⁶⁵⁵, todos internalizados, combinados e legalizados pelo discurso jurídico oficial, para buscar, por um lado, a causa do crime, e por outro, a sua resolução ou sua cura. Com isso, todas as *medidas* que auxiliam nesta corrente, como os *substitutivos penais*, são bem vistas pela opinião pública. Sim, é a eterna ressurreição a partir das cinzas da astuta fênix da *criminologia etiológica*, a qual nunca vê seu apogeu, pois este é sempre pior do que se pensava!⁶⁵⁶

O que outrora representou a dominação da razão religiosa emanada de um ser criador, atemporal e onisciente foi substituída pela onipotência científica e a verdade indiscutível dos métodos por ela engendrados⁶⁵⁷. O modelo do divino paterno e vingativo dos textos bíblicos, próximo do pai de Georg Bandeman em “*O Veredicto*”⁶⁵⁸ e o de Gregor Samsa em “*Metamorfose*”⁶⁵⁹, plasmou-se numa abstração estatal, impessoal, burocrática e kafkiana, como em “*O Processo*”⁶⁶⁰, capaz de impingir sofrimentos psicológicos e físicos inenarráveis a todos os ocultos *Josefs K.* do mundo e, pior, por *medidas informais*, não apenas formais.

O problema liga-se à vagueza do que vêm a ser essas famigeradas *medidas desinstitucionalizadoras* ou *repressivas*, tanto faz, ambas caminham no mesmo sentido de aumentar ou relegitimar, ainda que indiretamente, o *genocídio*

⁶⁵⁴BATISTA, Nilo. Novas tendências do Direito Penal. – Rio de Janeiro: Revan, 2004.p.22.

⁶⁵⁵ARAÚJO, Tarso. Ciência contra o crime. IN: Revista Superinteressante. Edição 257 out/2008. São Paulo: Editora Abril. pp.70/79.

⁶⁵⁶BATISTA, Nilo. Novas tendências do Direito Penal...p.12.

⁶⁵⁷PASSETTI, Edson. Kafka e a Sociedade Punitiva. IN: Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. Edson Passetti (Org). – São Paulo: IBCCrim, 1997.pp.177/178.

⁶⁵⁸KAFKA, Franz. O Veredicto/Na Colônia Penal. Trad. Modesto Carone.- São Paulo: Companhia das Letras. 1998.

⁶⁵⁹KAFKA, Franz. Metamorfose. Trad. Modesto Carone.- São Paulo: Companhia das Letras. 1997.

⁶⁶⁰KAFKA, Franz. O Processo. Trad. Modesto Carone.- São Paulo: Companhia das Letras. 1997.

em ato, corriqueiro em regiões marginais do mundo, como a América Latina⁶⁶¹. Isso porque esse continente vive a terceira revolução – a *tecnocientífica* dos séculos XX e XXI – após a implementação bem-sucedida das revoluções mercantil (século XVI) e industrial (século XVIII) – absorvidas pela periferia dos impérios (neo)coloniais pela nossa suposta inferioridade civilizacional⁶⁶².

Esses três momentos correspondem a empreitadas cruéis e desumanas de genocídio e etnocídio, coincidentes a projetos de redução dos orçamentos sociais e o deslocamento dos recursos à máquina repressiva do Estado, com o incrível aumento das taxas de encarceramento⁶⁶³ – isso porque seria impossível conter centenas de milhões de excluídos de outra forma senão pelo terror e pela violência.

Contudo, a tendência não aponta apenas ao incremento das prerrogativas e ascendência das agências estatais no âmbito da legalidade de sua atuação. Infelizmente, ocorre *pari passu* o recrudescimento dos encarceramentos e execuções sumárias, sem processo, encampados pelas agências estatais no âmbito de sua ilegalidade, bem como da tolerância oficial para com os grupos de extermínio e milícias⁶⁶⁴.

No primeiro caso, de encarceramentos e sanções informais, entram a prisão processual “provisória” - a forma de contenção preferencial da miséria na periferia do capitalismo-, e das *formas de restrições de direitos sem processo* ou, ao menos, *sem decisão judicial definitiva*, dos *não tão vulneráveis socialmente* tais como a *transação penal* e a *suspensão condicional do processo*. No segundo caso, de execuções sumárias, elas incrementam ainda mais o genocídio em ato que já vem ocorrendo, inclusive pela intensificação das situações de risco no trânsito e na indústria, que vitimam imprudentemente milhões de pessoas⁶⁶⁵, vez que aqui

⁶⁶¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal. (trad.) Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991.pp.123 e ss.

⁶⁶²ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas...pp.118/119.

⁶⁶³ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas...pp.119/120.

⁶⁶⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas...pp.121/122.

⁶⁶⁵ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas...pp.123/124

não são respeitadas as regras internacionalmente avançadas para garantia da qualidade de vida, em outras palavras, nessa região marginal a vida vale muito menos, ou quase nada. Portanto, como é comum, na América Latina:

*“Há mortes em confrontos armados (alguns reais e a maioria simulada, ou seja, fuzilamentos sem processo). Há mortes por grupos parapoliciais de extermínio em várias regiões. Há mortes por grupos policiais ou parapoliciais que implicam a eliminação de competidores em atividades ilícitas (disputa por monopólio de distribuição de tóxicos, jogo, prostituição, áreas de furtos, roubos domiciliares, etc.). Há ‘mortes anunciadas’ de testemunhas, juízes, fiscais, advogados, jornalistas, etc. Há mortes de torturados que não ‘agüentaram’ e de outros em que os torturadores ‘passaram do ponto’. Há mortes ‘exemplares’ nas quais se exhibe o cadáver, às vezes mutilado, ou se enviam partes do cadáver aos familiares, praticadas por grupos de extermínio pertencentes ao pessoal dos órgãos dos sistemas penais. Há mortes por erro ou negligência, de pessoas alheias a qualquer conflito. Há mortes do pessoal dos próprios órgãos do sistema penal. Há alta frequência de mortes nos grupos familiares desse pessoal cometidas com as mesmas armas cedidas pelos órgãos estatais. Há mortes pelo uso de armas, cuja posse e aquisição é encontrada permanentemente em circunstâncias que nada têm a ver com os motivos dessa instigação pública. Há mortes em represálias ao descumprimento de palavras dadas em atividades ilícitas cometidas pelo pessoal desses órgãos do sistema penal. Há mortes violentas em motins carcerários, de presos e de pessoal penitenciário. Há mortes por violência exercida contra presos nas prisões. Há mortes por doenças não tratadas nas prisões. Há mortes por taxa altíssima de suicídio entre criminalizados e entre o pessoal de todos os órgãos do sistema penal, sejam suicídios manifestos ou inconscientes. **Há mortes.**”⁶⁶⁶*

E as mortes que podem ocorrer pela fácil identificação dos presos submetidos ao **monitoramento eletrônico** de suas vidas? Sim, a colocação de *pulseiras* ou *tornozeleiras eletrônicas*, o primeiro passo para inclusão futura de chips e outros sistemas mais sofisticados de controle, facilita a localização e a devassa ininterrupta, 24 horas por dia, da vida de indivíduos em regime de semiliberdade por *suspensão condicional da pena*, por *livramento condicional*, em *usufruto da liberação natalina* etc. Certamente que esses instrumentos e utensílios tecnológicos potencializam os estigmas já sofridos pelos egressos do sistema penal formal e, por derradeiro, vulnerabiliza-os frente ao sistema penal informal, tais como as ameaças e as extorsões de milícias e grupos parapoliciais que, se não

⁶⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas...pp.124/125.

satisfeitas, culminarão na prática reiterada de provas plantadas para outras incriminações injustas e mais execuções sumárias em forma de chacinas ou nos funestos *autos de resistência* policial.

Outrossim, além dessa *biopolítica* estatal que determina o valor da vida, que a retira sem qualquer remorso na *morte biológica*, uma vez que a prioridade não é mais a *sujeitificação individual* dos controlados, porém a imposição de um comando coletivo sobre as multidões, existe o grave problema da *morte biográfica* dos marginalizados do emprego, dos confinados nos guetos e dos depositados nos *gulag*⁶⁶⁷ e prisões⁶⁶⁸. Nestes tempos, o *Estado de Exceção*⁶⁶⁹ da *extremação biopolítica (tanato-política)* vira a regra e *vida nua*⁶⁷⁰ do refugo da globalização pode ser ceifada sem maiores custos ou implicações.

A primeira notícia histórica de que se tem sobre um sistema de ***monitoramento eletrônico*** desenvolvido nos anos sessenta pelo psicólogo norte-americano Robert Schwitzgebel, comprometido em apresentar uma proposta mais humana e barata para o controle penal, representou um aparelho consistente em

⁶⁶⁷Do russo - Главное Управление Исправительно— Трудовых Лагере́й, "*Glavnoye Upravleniye Ispravitelno-trudovykh Lagerey*" - Campos de concentração e trabalhos forçados da ditadura estalinista, cujo modelo não se restringiu apenas à União Soviética, mas influencia a situação carcerária no mundo ocidental.

⁶⁶⁸FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito...p.29.

⁶⁶⁹"Diante do incessante avanço do que foi definido como uma 'guerra civil mundial', o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo." AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Trad. de Iraci D. Poleti. – São Paulo: Boitempo, 2004.p.13

⁶⁷⁰"A '*vida indigna de ser vivida*' não é, com toda evidência, um conceito ético, que concerne às expectativas e legítimos desejos do indivíduo: é, sobretudo, um conceito político, no qual está em questão a extrema metamorfose da vida matável e insacrificável do **homo sacer**, sobre a qual se baseia o poder soberano. Se a eutanásia se presta a esta troca, isto ocorre porque nela um homem encontra-se na situação de dever separar em um outro homem a **zoé** do **bíos** e de isolar nele algo como uma vida nua, uma vida matável. Mas, na perspectiva da biopolítica moderna, ela se coloca sobretudo na intersecção entre a decisão soberano sobre a vida matável e a tarefa assumida de zelar pelo corpo biológico da nação, e assinala o ponto em que a biopolítica converte-se necessariamente em tanato-política. AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua. Trad. Henrique Burigo. – Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.pp.148/149.

um bloco de bateria e um transmissor capaz de emitir tele-sinais a um receptor⁶⁷¹. Em 1983, foi sentenciada a primeira pessoa a utilizar tal mecanismo e, cinco anos depois, a solução logrou tamanho êxito que mais de 2.300 presos já se encontravam por ela monitorados, ao passo que em 1998 esse número havia alçado para 95.000⁶⁷².

A ampla aceitação do monitoramento eletrônico justificava-se pela facilidade em obter completa *vigilância* sobre o indivíduo - sem qualquer obstáculo representado pelo local à distância onde se encontrar ou mesmo pela sua movimentação -, bem como promove a *restrição* de direitos – privacidade, liberdade de freqüentar determinados lugares (*curfew order*) ou aproximar-se de certas pessoas (*restraining order*) – e consoma inclusive medida de *detenção* – nos casos de prisão domiciliar e regime aberto –⁶⁷³, enfim, um feixe de multifuncionalidade barata.

No Brasil, nos últimos anos, pulularam projetos legislativos abordando o tema, sendo o mais representativo o projeto de lei nº 1.288, de 2007, de autoria dos senadores Magno Malta (PR-ES) e Aloizio Mercadante (PT-SP), que recebeu parecer favorável na Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania do Senado Federal e, em breve, deverá se tornar lei. Com exceção dos ***substitutivos penais*** anteriores ao processo (*transação penal*) e à condenação (*suspensão condicional do processo*), a proposta prevê o recurso a *pulseiras e tornozeleiras eletrônicas* no caso de *sursis*, *livramento condicional* e outras hipóteses de *liberação vigiada* ou *regime aberto*⁶⁷⁴.

⁶⁷¹MARIATH, Carlos Roberto. Monitoramento Eletrônico: Liberdade Vigiada. Coordenador de Elaboração e Consolidação de Atos Normativos do Departamento Penitenciário Nacional. (versão eletrônica). p.04.

⁶⁷²MARIATH, Carlos Roberto. Monitoramento Eletrônico...p.04.

⁶⁷³MARIATH, Carlos Roberto. Monitoramento Eletrônico...p.04/05.

⁶⁷⁴Vide: Anexo E para a redação do Projeto de Lei nº 1.288, de 2007, que pretende alterar dispositivos no Código Penal e Lei de Execução Penal e permitir a utilização de sistemas de rastreamento e monitoramento eletrônicos. Anexo F para conferir o voto positivo da relatoria do projeto pela aprovação da medida desinstitucionalizadora na *Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania* (CCJC) do Senado Federal.

De fato, na base desta nova proposta de *diversificação penal*, existe a confissão da grande falha do programa criminal-corretivo, na medida em que ela se justifica como medida de contenção dos efeitos danosos ocorridos em cadeias públicas onde os presos são depositados e amontoados, sem qualquer profilaxia ou dignidade, em número muitas vezes superior ao da capacidade de vagas. Tudo isso se assoma ao momento em que a política de segregação social exigirá uma intensa onda futura de encarceramentos, para aprisionar a miséria que produz e, gastar com prisioneiros, sem contrapartida disciplinar – vez que não é mais possível sequer disciplinar para o trabalho-, aumentando os riscos da provável reincidência ao final da execução penal em decorrência dos estigmas e da subculturação sofrida. Certamente, neste sentido, a opção pelo monitoramento revela-se, em um primeiro momento, mais adequada.

Entretanto, nem sempre de boas intenções decorrem boas conseqüências: a guilhotina⁶⁷⁵ foi concebida para ser um instrumento de execução penal humano, indolor, rápido, barato e, principalmente, igualitário ao prever que reis e *sans-culottes* teriam a mesma morte, o que não impediu sua utilização em um regime de terror.

Assim, pela tendência rumo ao *monitoramento eletrônico* - forma *autônoma* ou *acessória* de ***substitutivo penal*** -, são desveladas todas aquelas explicações criminológico-críticas da *diversão* como alternativa à *superpopulação carcerária* e à *crise fiscal-orçamentária*, quando o capital não tem mais interesse em disciplinar o excedente, porém não renuncia ao *controle biopolítico* e *atuarial* de contenção e controle de massas. Conforme afirmou Túlio Vianna, os antigos verbos “*vigiar e punir*”, em tempos do predomínio do biopoder, foram substituídos pelos verbos “*monitorar, registrar e reconhecer*”.⁶⁷⁶

⁶⁷⁵ “*En ce sens, le moment du changement qualitatif, dans la philosophie du châtement, fut la guillotine. Aujourd’hui, on a l’habitude d’en parler comme d’un vestige de barbarie médiévale. Ce n’est pas cela; à son époque, la guillotine fut une ingénieuse petite machine qui transforma le supplice en exécution capitale, laquelle s’effectuait en un éclair, d’une façon quase abstraite, véritable degré zéro de la souffrance*”. FOUCAULT, Michel. La prison vue par un philosophe français...v.II.p.727.

⁶⁷⁶ VIANNA, Túlio. Transparência Pública, Opacidade Privada...pp.143/144.

Se é evidente que o controle social vem aumentando de forma desmedida, os exemplos das narrativas distópicas, opostas àquelas utópicas, parecem não estar tão distantes da nossa realidade. Nesta esteira, os escritores distópicos (ou anti-utópicos) escreveram obras ficcionais características do século XX.: as distopias, visões da civilização que refletem um mundo nada ideal. Ao contrário: a humanidade em decadência, inserida num quadro em que a tecnologia atingiu níveis altíssimos de desenvolvimento e as relações interpessoais passam a ser constantemente vigiadas, controladas, censuradas. Exemplos disso são obras como “1984”, de George Orwell, “*Admirável Mundo Novo*”, de Aldous Huxley, “*Eu, Robô*”, de Isaac Asimov, e “*Laranja Mecânica*”, de Anthony Burgess.

“*Admirável Mundo Novo*⁶⁷⁷” (*Brave New World*, 1932) é um romance que apresenta a trágica visão de um futuro em que as vidas humanas são controladas desde a concepção. Os indivíduos são submetidos a um constante condicionamento, sendo proibida a leitura e as manifestações de afeto. Impera a frieza nas relações interpessoais e nota-se uma questionável hierarquização em castas, ficando as posições sociais dos sujeitos pré-definidas quando da nutrição dos fetos. Desenha-se uma sociedade do hipercontrole, na qual nenhuma violação da ordem é permitida. Tanto é assim que os leitores, por exemplo, são considerados “selvagens” e caçados feito animais, em seqüências narrativas fortes porque verossímeis.

Igualmente perturbadora é a visão distópica apresentada por Anthony Burgess em “*Laranja Mecânica*⁶⁷⁸” (*A Clockwork Orange*, 1962), livro cuja história foi adaptada para o cinema pelas lentes de Stanley Kubrick⁶⁷⁹, em 1971. No futuro decadente de Burgess e Kubrick, cria-se uma forma de controle da criminalidade aparentemente infalível: o *método Ludovico*, capaz de “curar” o

⁶⁷⁷HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. 11. ed. Rio de Janeiro: BRADIL, 1969.

⁶⁷⁸BURGESS, Anthony. *A laranja mecânica*. Rio de Janeiro: Artenova, 1977.

⁶⁷⁹Ver KUBRICK, Stanley; MCDOWELL, Malcom; MAGEE, Patrick; BATES, Michael. **Laranja mecânica** = *A clockwork orange*. [S.l.]: Warner Home Vídeo, 2006. 1 DVD (137 min.): NTSC : son., color. ; (Coleção Stanley Kubrick).

sujeito criminoso graças à sua superexposição a imagens de violência. Trata-se de uma espécie de tratamento ou terapia experimental baseado na aversão, ao qual o protagonista Alex é submetido. A questão levanta uma série de discussões de natureza ética. Afinal, como é possível se tentar combater futuras manifestações de violência física por meio de um aterrorizante exemplo de violência mental, institucionalmente legitimado?

O papel do Estado enquanto legitimador da violência que é o controle social desmedido permeia “*Minority Report - A Nova Lei*” (*Minority Report*⁶⁸⁰, 2002), filme de Steven Spielberg. Na película, a polícia de Washington, no ano de 2054, implanta um método de combate ao crime baseado nas premonições de três “*precogs*”, indivíduos paranormais que têm visões do futuro. Os criminosos, dessa forma, são presos antes de cometerem os crimes, o que faz da “*nova lei*” um absoluto sucesso. *Questionável sucesso*: é possível prender um sujeito por um crime não cometido? Como acusar um indivíduo de assassinato se o ilícito penal não aconteceu, mas foi apenas “*previsto*”? Spielberg responde a questão: não é possível, porquanto a “*nova lei*” é essencialmente falha. Ao fazermos a ponte com a nossa realidade (e é importante registrar que as distopias são, sim, fulcradas no presente, o que origina o característico acento crítico de tais narrativas) surge a inquietante interrogação: seria o “*pré-crime*” apenas ficção científica?

Ao voltar para a análise do agora, o método criminológico crítico busca uma alternativa democrática para o controle social no período do capitalismo monopolista: se a *política penal oficial*, circunscrita às relações de distribuição, é delimitada pelos processos de criminalização e à estigmatização penal, os quais objetivam ao controle das classes dominadas e disciplina da força de trabalho (ou, como vimos, apenas o controle e mera submissão sem disciplina), e tudo isso é revigorado pela política dos *substitutivos penais*; ao contrário, a *política criminal*

⁶⁸⁰FRANK, Scott; COHEN, Joe; SPIELBERG, Steven; BONT, Jan de; CURTIS, Bonnie; MOLEN, Gerald R.; PARKES, Walter; CRUISE, Tom; SYDOW, Max von; HARRIS, Steve; MCDONOUGH, Neal; KILPATRICK, Patric. **Minority report** : a nova lei = Minority report. [S.l.]: Fox Home Entertainment, 2003. 1 DVDs (148 min): NTSC : son, color.

radical objetiva a transformar as superestruturas jurídicas e políticas do capitalismo, pela redução das desigualdades sociais na área do sistema de justiça criminal, ampliação da democracia real e desenvolvimento de consciência de classe e organização política da classe trabalhadora, sem o recurso a mais do mesmo Direito Penal⁶⁸¹, tendência especialmente forte no regime das prisões das atuais sociedades de controle, nas quais, como já prenunciava Deleuze: “*a busca de penas "substitutivas", ao menos para a pequena delinquência, e a utilização de coleiras eletrônicas que obrigam o condenado a ficar em casa em certas horas*”.⁶⁸²

Não se distanciando da *Weltanschauung* marxista, Foucault ensinou que, em práticas antidisciplinares e de resistência,

“*a partir do momento em que se luta contra a exploração, é o proletariado que não apenas dirige a luta, mas também define os objetivos, os métodos, os lugares e instrumentos de luta; aliar-se ao proletariado, é juntar-se a ele em suas posições, em suas ideologias, é retomar os motivos do seu combate*”⁶⁸³

O nefasto *processo de desinstitucionalização*, consubstanciado num *movimento da prisão para a comunidade*, amplia o controle social com base em falsos argumentos humanitários, técnicos e economicistas e, sob a escusa da aparência liberalizante, esconde-se uma *política de reforço da prisão*, sempre utilizada como *último recurso pelo medo*, pela sua imanente *possibilidade de (re)conversão*⁶⁸⁴.

Neste ponto, claro que estar fora do sistema prisional é melhor do que nada. Os ***substitutivos*** são plenamente justificados, num primeiro momento da batalha pela *minimalização penal*, como etapas de aproximação do objetivo

⁶⁸¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.118/120.

⁶⁸²DELEUZE, Gilles. Post-scriptum das sociedades disciplinares... (versão eletrônica) p.04.

⁶⁸³[Trad. livre] **Original**: “*du moment qu’on lutte contre l’exploitation, c’est le prolétariat qui non seulement mène la lutte, mais définit les cibles, les méthodes, les lieux et les instruments de lutte; s’allier au prolétariat, c’est rejoindre sur ses positions, sur son idéologie, c’est reprendre les motifs de son combat*” FOUCAULT, Michel. Les intellectuels et le pouvoir. IN: **Dits et Écrits**...v. 2.p.315.

⁶⁸⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.120/123.

estratégico-final: abertura do cárcere para a sociedade! Isso se concretiza somente com a limitação das conseqüências perversas do encarceramento e com a instituição não da ressocialização através da prisão (proposta estatal falida de prevenção especial positiva), mas a socialização a despeito dela, através da e pela comunidade⁶⁸⁵.

Todavia, de nada vale esse modesto progresso se, em vez de conter a expansão do aparato punitivo e mitigar a utilização da prisão, esta permanecer incólume no centro do arquipélago penal-carcerário! Talvez, a única forma de revigorar os *substitutivos penais* relacionar-se-ia estritamente com a abolição da pena de prisão. Somente neste caso haveria um efetivo avanço humanista e, para em seguida, abolirem-se os próprios *substitutivos penais*, vez que, tal qual prelecionado Radbruch, *não se busca um Direito Penal melhor, mas qualquer coisa melhor que Direito Penal*⁶⁸⁶. Substituir (a pena) não é superá-la, é trocar seis por meia dúzia, é *reformismo penal*.

Enfim, os limites mínimos para a humanização penal referem-se ao princípio da *less eligibility*⁶⁸⁷, ao passo que os limites máximos para a expansão da rede de controle social e a informalização dos mecanismos punitivos correspondem àqueles mesmos limites necessários para propiciar a própria dilação ilimitada desta rede panóptica: ou seja, não há limites capazes de ser sistematizados⁶⁸⁸.

⁶⁸⁵CIRINO DOS SANTOS, Juares. A Criminologia Radical... pp.121/123.

⁶⁸⁶RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Vol II. - Coimbra: Armênio Amado Editor, 1961. p. 97

⁶⁸⁷RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social...p.153.

⁶⁸⁸“*Quão longe realmente foi o movimento para excarceração de prisioneiros, delinqüentes e doentes mentais na Inglaterra e nos Estados Unidos? Para criminosos e delinqüentes juvenis esta não é, de forma alguma, uma questão fácil de responder. Na verdade, ninguém hoje em dia pode ter mais do que uma impressionante visualização da extensão na qual alternativas estão substituindo o encarceramento, e levará anos antes que possamos conhecer a resposta até para essa questão preliminar, a qual requer apenas uma relativamente simples pesquisa do tipo estatístico.*” **Original:** “*How far has the movement to decarcerate prisoners, delinquents, and mental patients actually gone in England and the United States? For criminals and juvenile delinquents, this is by no means an easy question to answer. Indeed, no one today can have more than an impressionistic view of the extent to which community alternatives are replacing incarceration, and it will be years before we can know the answer to even this preliminary*

Portanto, ao invés de buscar sistemas mais eficazes de *monitoramento eletrônico*, de algemas laser, de computação gráfica para reconstrução de rostos e cenas do delito, e todos os demais engenhos da mente punitiva humana, agora no presente ou no futuro próximo, no sentido de criar mais leis, mais penas, mais policiais, mais juízes, mais prisões - sabendo-se que haverá mais e mais repressão e mais e mais pessoas submetidas a essas formas de controle, sem qualquer redução no número de delitos e nos problemas sociais na sua raiz ou dele decorrentes⁶⁸⁹ -, espera-se uma *verdadeira alternativa*. Espera-se que no futuro, não haja futuro para as prisões⁶⁹⁰, nem para as penas, nem para os *substitutivos da pena*.

question which requires only a relatively simple 'counting' type of research." SCULL, Andrew. Decarceration....pp.43/44.

⁶⁸⁹SHECAIRA, Sérgio Salomão. Prisões do Futuro? Prisões no Futuro? IN: Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. Edson Passetti (Org). – São Paulo: IBCCrim, 1997.pp.173/175.

⁶⁹⁰SHECAIRA, Sérgio Salomão. Prisões do Futuro? Prisões no Futuro?...p.175.

CONCLUSÕES

1. O método criminológico-crítico, que se funda tanto no interacionismo social (*labeling approach*) quanto no materialismo histórico dialético (*marxismo*), promoveu verdadeiro corte epistemológico no antigo método criminológico-positivista, demonstrando que a ideologia se compõe de discursos *declarados/manifestos* e discursos *ocultos/latentes*.

2. A criminologia tradicional explica a adoção do programa político penal substitutivo com bases em argumentos humanitários e científicos, isto é, no campo das funções declaradas da pena criminal, ao passo que a criminologia crítica, desvelando o véu encobridor, conclui pelos seguintes motivos: *superlotação carcerária* (déficit de vagas nas penitenciárias nacionais); a *crise fiscal* (desproporção na relação custo/benefício do preso para a sociedade); e *ampliação da rede do controle social* (*efeito net-widening*).

3. O método materialista cunhado pelo filósofo alemão Karl Marx mostra-se insuficiente para apreender a realidade subjacente à expansão do controle social, imperceptível que é, por uma truncada rede de poder. Assim, as considerações trazidas nos primeiros escritos do filósofo francês Michel Foucault, acerca das técnicas disciplinares (*vigilância hierárquica, sanção normalizadora e exame*), as quais sucederam ao poder soberano da antiga teoria do Estado Moderno, são de fundamental importância para a Criminologia Crítica.

4. A proposta *microfísica* de Foucault assenta-se sobre a natureza *desjuridicizada, local, exterior, objetivada, circular, transitória, ascidental, não-ideologizada, positiva, produtiva, não-centralizada, não-unitária, imaterial, não-subjetiva* e *imanente* do poder.

5. As sociedades dos séculos XVIII e XIX constituíram-se em verdadeiras *sociedades disciplinares*, nas quais a *ilegalidade dos corpos*, acentuada pelo princípio do *panoptismo*, permitiu o *adestramento e docilização* da então massa amorfa de *trabalhadores úteis*.

6. Nos albores do século XX, a necessidade de não mais atuar individualmente sobre pessoas, mas de *controlar populações inteiras*, fez surgir a *biopolítica* assentada na *governamentalidade (razão de Estado)*. As técnicas do *biopoder*, centradas nos signos estatísticos e atuariais, encerram uma influência no *fazer viver* e no *deixar morrer*, envoltos nas *curvas de normalidade* da natalidade, fecundidade, mortalidade etc. Através de *mecanismos de segurança regulamentadores*, em *defesa da sociedade*, revigoram-se as *sociedades de normalização*.

7. O termo *substitutivo penal* surgiu na obra “*La sociologia criminale*” de Enrico Ferri, representante da *escola positivista* e, desde então, na tendência de conter principalmente a reincidência ocasionada pelos efeitos deletérios do cárcere, formaram-se, ao menos, três grandes sistemas de *diversificação penal*: o *sistema da probation*, de matiz anglo-saxã, que suspendia a pena e preteria a condenação; o *sistema do sursis*, de origem franco-belga e hoje adotado na maioria dos países europeus continentais (Portugal, Espanha, França, Itália, Bélgica, Suécia, Noruega, Dinamarca etc.); o sistema da *bedingte Begnadigung* (graça condicional), nascido na Alemanha, porém já superado em prol do sistema franco-belga.

8. A legislação brasileira prevê quatro substitutivos penais: a *transação penal*, proposta antes mesmo de iniciado o processo penal; *suspensão condicional do processo*, proposta ao longo do processo penal; a *suspensão condicional da*

pena, proposta na sentença penal condenatória (ou mesmo após, em sede recursal); e o *livramento condicional*: incidente próprio da execução penal, que promove a revisão programática da sentença condenatória. A todos são agregados ***requisitos subjetivos*** (relativos à pessoa do beneficiado) e ***requisitos objetivos*** (relativos à quantidade de pena – abstrata ou concreta).

9. Os ***requisitos objetivos*** suscitam a questão da *gravidade do delito*, a qual não possui referibilidade, pois na busca pela *negatividade social* capaz de dar sentido à criminalização, Baratta afirma que apenas os interesses da classe trabalhadora poderiam ser universalizados (*Weltanschauung*), no entanto, não há *conceito socialista de crime* (no máximo um *conceito proletário* fundado em direitos humanos).

10. O Estado não pode estabelecer uma *moral dominante* sem periclitar a democracia; portanto, no máximo, a *categoria dogmática do bem jurídico* deverá encerrar um ***princípio da lesividade*** como *critério de criminalização*, vez que a norma penal não protege efetivamente os objetos materiais e, ainda assim, atento para a *relatividade delitiva*, um dos *fantasmas etiológicos*.

11. Os ***requisitos objetivos*** realizam a função da *criminalização primária*, no contexto geral dos *processos de criminalização*: eles limitam a concessão a *patamares mínimos de pena*, restritos a *bagatelas*, então, a melhor opção para esses delitos seria a *descriminalização*.

12. Os ***requisitos subjetivos*** representam uma fonte infinita de *arbitrariedade judicial* e dos demais *ortopedistas da moral*, seja na análise das *circunstâncias pessoais* – resquícios inconstitucionais de *Direito Penal de Autor* – seja na imposição de *condições específicas*, além das previstas taxativamente na legislação, durante o *período probatório*.

13. A *subjetivação* extremada é insuflada por *ideologias repressivas* que atuam na *construção social da criminalidade* (com base no *Teorema de Thomas*) e geram uma verdadeira *cultura do medo*, a qual, na avaliação judicial torna-se o predomínio das *meta-regras* e *idiossincrasias*.

14. A *seleção penalizante* atua precipuamente pela *posição social do autor*, a *variável independente no processo de criminalização*. A *vulnerabilidade* menos acentuada do beneficiado pela *medida substitutiva* em comparação com os demais representantes do *lumpenproletariado* encarcerados corresponde a uma “*seletividade às avessas*. ”

15. Os *requisitos subjetivos* realizam a *criminalização secundária*, com atribuição do *rótulo (bem negativo)*. Se a *dúvida* na formação de uma *prognose favorável* sobre *comportamento futuro* deve ser solucionada pelo *princípio do in dubio pro reo*, então, por ser impossível essa previsão, esses *requisitos* *deveriam ser abolidos* e o *substitutivo penal* *deveria ser sempre concedido*.

16. Ensinaam Rusche/Kirchheimer que *todo sistema de produção gera as formas de punição que correspondem ao grau de desenvolvimento e necessidades de suas forças produtivas*. Assim, na *sociedade disciplinar*, fundaram-se *casas de correção* para *adestrar*, pelo *disciplinamento*, a *social junk* e obter *utilidade aproveitável (efeito positivo)*. A proposta de *excarceração*, fruto do *welfare*, baseava-se na *redução dos custos* e na *constatação da falha no programa técnico-corretivo*.

17. Em tempos de *sociedade de controle* deve-se *neutralizar a social dynamite*, o que revela, *paradoxalmente*, que a *biopolítica pós-welfare* expressa a *negação da disciplinariedade*: há uma *atrofia do Estado Social* e a *hipertrofia do*

Estado Penal (Estado-centauro). As medidas de segurança regulamentadoras manifestam-se, também, pelos substitutivos penais, que promovem a extensão horizontal da rede penal pela contenção atuarial do risco.

18. *Os limites mínimos da desformalização seriam ditados pelo princípio da less eligibility, ao passo que os limites máximos para este processo de desinstitucionalização não são aferíveis de per si, a não ser pela própria necessidade de expansão do controle social, fortalecendo o genocídio em ato – pela morte biológica da vida nua ou pela morte biográfica pela inocuização (tanato-política).*

19. *As novas tecnologias do controle, como o monitoramento eletrônico, cuja proposta legislativa recebeu parecer favorável de constitucionalidade, prenunciam um futuro, a curto prazo, distópico e, pior, amplamente aceito pelo discurso do eficientismo penal.*

20. *Os substitutivos penais constituem um isomorfismo reformista e reforçam a existência do cárcere, porém, em um primeiro momento, podem ser aceitos na longa estratégia de minimalização penal, desde que abolida a pena de prisão. Somente desse modo se ataca o arquipélago carcerário no seu centro nevrálgico. Em um segundo momento, a abolição da pena acarretará, naturalmente, a sua desnecessidade e anacronismo.*

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. de Iraci D. Poleti. – São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. – Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AMELUNG, Knut. *El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*. IN: La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? (HEFENDEHL, Roland – Org.) - Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARAÚJO, Tarso. *Ciência contra o crime*. IN: Revista Superinteressante. Edição 257 out/2008. São Paulo: Editora Abril.

ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem*. Conferência proferida no “1º Congresso Paranaense de Criminologia”, realizado em novembro de 2005, em Londrina.

AULER, Hugo. *Suspensão Condicional da Execução da Pena*. – Rio de Janeiro: Forense, 1957.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 9ª Ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____. *Novas tendências do Direito Penal*. – Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociologia do Direito Penal*. (trad.) Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan – Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____. *Che cosa è la Criminologia Critica?* In: **Dei Delitti e Delle Pene**, n. 1, 1991.

_____. *Las fuentes del Derecho*. Universidad de Barcelona: Barcelona, 1982.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As Consequências Humanas*. - Rio de Janeiro, Ed. Zahar, 1999.

BELLI, Benoni. *Polícia, “Tolerância Zero” e Exclusão*. IN: Revista Novos Estudos. Ed. 58, outubro de 2000. (versão eletrônica).

BENTHAM, Jeremy. *O panóptico*. Trad.: Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Tratado de Direito Penal: parte geral, volume 1*. 9ª Ed. – São Paulo, Saraiva, 2004.

BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. Tese de Doutorado, UFPR, 2005.

_____. *Processo Penal e Tortura*. Aula magna proferida aos calouros do Curso de Direito da Unibrasil, em 16.08.2005. **Artigo publicado no Jornal Estado do Paraná, caderno Direito e Justiça, em 21 de agosto de 2005.**

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 6ª Ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BURGESS, Anthony. *A laranja mecânica*. Rio de Janeiro: Artenova, 1977.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Reação Social*. Trad. Ester Kosovski. – Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. - Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *30 Anos de Vigiar e Punir (FOUCAULT)*, Trabalho apresentado no 11º Seminário Internacional do IBCCRIM (4 a 7 de outubro de 2005), São Paulo/SP

_____. *A Criminologia da Repressão*. -Rio de Janeiro: Forense, 1979

_____. *A Criminologia Radical*. 2ª ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006.

_____. *Direito Penal*. – Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *.Direito Penal – Parte Geral*. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006.

CHRISTIE, Nils. *Limits To Pain*. Oslo, 1981. (eBook)

CONDE. Francisco Muñoz. ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal: Parte General*. 3ªEd. - Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998.

COUTINHO, Carlos Nelson. *Gramsci: Um Estudo Sobre Seu Pensamento Político*. 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna penología*. Vol. 1. – Barcelona: Bosch, 1958.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. – Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

DELEUZE, Gilles. *Post-scriptum das sociedades disciplinares*. Tradução de Peter Pál Pelbart. IN: *Conversações: 1972-1990*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992. (versão eletrônica)

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*. - Coimbra, 2005.

DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. - São Paulo: Ed Martin Claret, 2003.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. – Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FERRI, Ferri. *Sociologia Criminale*. Vol II, nº 68, 5ª Ed. Torino: UTET, 1930.

FONSECA, Marcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Cours du 7 janvier 1976*. IN: **Dits et Écrits**. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v.III.1994

_____. *Cours du 14 janvier 1976*. IN: **Dits et Écrits**. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v.III.1994.

_____. *Entretien sur la prison: le livre et sa méthode*. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v.II, 1994

_____. *Folie, une question de pouvoir*. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v.II, 1994.

_____. *Il faut défendre la société*. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v.III, 1994.

_____. *L'Œil du pouvoir*. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v.III, 1994.

_____. *La politique de la santé au XVIII^e siècle*. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v.III, 1994.

_____. *La prison vue par un philosophe français*. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v.II, 1994.

_____. *La vérité et les formes juridiques*. IN: **Dits et Écrits**. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v.II.1994.

_____. *La volonté de savoir*. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v.II, 1994.

_____. *Les Anormaux*. IN: **Dits et Écrits**. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v.II.1994.

_____. *Les intellectuels et le pouvoir*. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v. II, 1994.

_____. *La "Gouvernementalité"*. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v.III, 1994.

_____. *Les Mots et les Choses*. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v.I, 1994.

_____. *La société punitive*. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v. II, 1994.

_____. *Naissance de la biopolitique*. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v.III, 1994.

_____. *Nietzsche, la généalogie, l'histoire*. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v.II, 1994.

_____. *Préface à L'Enquête dans vingt prisons*. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v.II, 1994.

_____. *Prisons et asiles dans le mécanisme du pouvoir*. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v.II, 1994.

_____. *Qu'appelle-t-on punir?* IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v. IV, 1994.

_____. *Radioscopie de Michel Foucault*. IN: **Dits et Écrits**. Org.: Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v.II.1994.

_____. *Sécurité, territoire et population*. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v. III, 1994.

_____. *Sexualité et politique*. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v.II, 1994.

_____. *Sur la justice populaire: Débat avec les maos*. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v. II, 1994.

_____. *Prisons et révoltes dans les prisons*. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v. II, 1994

_____. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Éditions Gallimard, 1975.

_____. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. (trad.) Raquel Ramalhete. 30ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

FRANCO, Alberto Silva. *As perspectivas do Direito Penal por volta do ano 2010*. IN: Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Ano 5, nº 9 e 10, 2000. Instituto Carioca de Criminologia. - Rio de Janeiro: Ed Freitas Bastos.

FRANK, Scott; COHEN, Joe; SPIELBERG, Steven; BONT, Jan de; CURTIS, Bonnie; MOLEN, Gerald R.; PARKES, Walter; CRUISE, Tom; SYDOW, Max von; HARRIS, Steve; MCDONOUGH, Neal; KILPATRICK, Patric. **Minority report**: a nova lei = Minority report. [S.l.]: Fox Home Entertainment, 2003. 1 DVDs (148 min): NTSC : son, color.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. –São Paulo: Perspectiva, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)*. Revista Jurídica da UNICOC. ANO II - Nº. 2 – 2005. (versão eletrônica)

HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* IN: La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? (HEFENDEHL, Roland – Org.) - Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão*. 1ª ed. Trad. Maria Lúcia Karam. – Rio de Janeiro: Luam Editora Ltda. 1993.

HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. 11. ed. Rio de Janeiro: BRADIL, 1969.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. - Granada: Comares Editorial, 1993.

KAFKA, Franz. *Metamorfose*. Trad. Modesto Carone.- São Paulo: Companhia das Letras. 1997.

_____. *O Veredito/Na Colônia Penal*. Trad. Modesto Carone.- São Paulo: Companhia das Letras. 1998.

_____. *O Processo*. Trad. Modesto Carone.- São Paulo: Companhia das Letras. 1997.

KAISER, Günther. *Diversion*. IN: Kleines Kriminologisches Wörterbuch. 3. Auflage.- Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1993.

KUBRICK, Stanley; MCDOWELL, Malcom; MAGEE, Patrick; BATES, Michael. *Laranja mecânica* = A clockwork orange. [S.l.]: Warner Home Vídeo, 2006. 1 DVD (137 min.): NTSC : son., color. ; (Coleção Stanley Kubrick).

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 7.ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LARGUIER, Jean. *Droit Pénal Général*. 13ª Ed. Grenoble: Editions Dalloz, 1991.

LEMGRUBER, Julita. *Segurança não tem preço, cadeia tem custo*. IN: Folha de S. Paulo, versão de 24 de julho de 1997.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Vol. II (arts. 28 a 74). 2ª Ed. - Rio de Janeiro: Forense.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. *Violência Urbana: Uma Reflexão sob a ótica do Direito Penal*. IN: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 8 - Junho de 2006.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale: Parte Generale*. Quinta Edizione. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2007.

MARIATH, Carlos Roberto. *Monitoramento Eletrônico: Liberdade Viglada*. Coordenador de Elaboração e Consolidação de Atos Normativos do Departamento Penitenciário Nacional. (versão eletrônica).

MAURACH, Reinhart. *Direito Penal – Parte General*. Vol. 2 – Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho. - Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Deplama, 1995.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário – séculos XVI –XIX*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MENDES, Cândido. *As Novas Reformas Penais*. – Rio de Janeiro, 1931.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral: Uma Polêmica*. Trad. Paulo César de Souza. – São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

ORFIELD, Lester Bernhardt. *Criminal Procedure From Arrest to Appeal*. - New York/London: New York/Oxford University Press, 1947.

PASSETTI, Edson. *Kafka e a Sociedade Punitiva*. IN: Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. Edson Passetti (Org). – São Paulo: IBCCrim, 1997.

PASUKANIS, E. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Trad. de Soveral Martins. –Coimbra: Centelha-Promoção do Livro, S.A.R.L, 1972.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. – São Paulo: Editora Método, 2003.

PAVARINI, Massimo. *Control y Dominación: Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. 6ª Ed. Ciudad de México: Siglo Veintiuno editores, 1998.

POGREBINSCHI, Thamy. *Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder*. IN: Revista de Cultura e Política. v. 63 - São Paulo: Lua Nova. 2004.

PRADO, Geraldo. *Transação penal: alguns aspectos controvertidos*. Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais. - Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

_____; CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais: comentada e anotada*. 4ªEd. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. I: parte geral, arts. 1º a 120. 5ª Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Vol II. - Coimbra: Armênio Amado Editor, 1961.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. (trad.) Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de Sociologia Jurídica*: Introdução a uma leitura externa do direito. 4.Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SALES, José Luis. *Da Suspensão Condicional da Pena*. - Rio de Janeiro: Forense, 1945.

SCULL, Andrew. *Decarceration*. Prentice-Hall, 1977.

SEELMANN, Kurt. El concepto de bien jurídico, el **harm principle** y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena. IN: La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? (HEFENDEHL, Roland – Org.) - Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Prisões do Futuro? Prisões no Futuro?* IN: Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. Edson Passetti (Org). – São Paulo: IBCCrim, 1997.

SOUZA, Fátima; Versignassi. *A Cadeia como você nunca viu*. IN: Revista Superinteressante. Março, 2008. São Paulo: Editora Abril. pp.54 e ss. Dados obtidos a partir do site do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional).

TAVARES, Juarez. *Bien Jurídico y función en Derecho Penal*. Traducción de Monica Cuñarro. – Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

_____. *Teoria do Injusto Penal*. 3ª ed. - Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIANNA, Túlio. *Transparência Pública, Opacidade Privada*: O Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle. – Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WACQUANT, Loïc. *Prisões da Miséria*. Trad. André Telles. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

_____. *Punir os Pobres*: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Trad. Eliana Aguiar. – Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 3ª ed.- Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1994.

WESTERN, Bruce; BECKETT, Katherine; HARDING, David. *Sistema penal e mercado de trabalho nos Estados Unidos*. IN: Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Ano 7, nº11, 2002. Instituto Carioca de Criminologia. - Rio de Janeiro: Ed Revan.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal*. (trad.) Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991.

_____. *Culpabilidade por vulnerabilidade*. IN: Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, ano 9, número 14. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

_____. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, 5ª Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Vol I. 2ª.ed. - Rio de Janeiro: Revan, 2003

ANEXO A - Excertos do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)

DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.
Código Penal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei:

PARTE GERAL

[...]

TÍTULO
DAS PENAS

V

[...]

CAPÍTULO IV
DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

Requisitos da suspensão da pena

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de 70 (setenta) anos de idade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2o A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

Art. 78 - Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48). (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

a) proibição de freqüentar determinados lugares; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 79 - A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 80 - A suspensão não se estende às penas restritivas de direitos nem à multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Revogação obrigatória

Art. 81 - A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - descumpre a condição do § 1º do art. 78 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Revogação facultativa

§ 1º - A suspensão poderá ser revogada se o condenado descumpre qualquer outra condição imposta ou é irrecorrivelmente condenado, por crime culposos ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Prorrogação do período de prova

§ 2º - Se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 3º - Quando facultativa a revogação, o juiz pode, ao invés de decretá-la, prorrogar o período de prova até o máximo, se este não foi o fixado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Cumprimento das condições

Art. 82 - Expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

CAPÍTULO V DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

Requisitos do livramento condicional

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. (Incluído pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Soma de penas

Art. 84 - As penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para efeito do livramento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Especificações das condições

Art. 85 - A sentença especificará as condições a que fica subordinado o livramento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Revogação do livramento

Art. 86 - Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - por crime cometido durante a vigência do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - por crime anterior, observado o disposto no art. 84 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Revogação facultativa

Art. 87 - O juiz poderá, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Efeitos da revogação

Art. 88 - Revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Extinção

Art. 89 - O juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 90 - Se até o seu término o livramento não é revogado, considera-se extinta a pena privativa de liberdade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

ANEXO B - Excertos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941

(Código de Processo Penal)

DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941.

Código de Processo Penal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei:

[...]

LIVRO IV⁶⁹¹

DA EXECUÇÃO

[...]

TÍTULO III

DOS INCIDENTES DA EXECUÇÃO

CAPÍTULO I

DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

Art. 696. O juiz poderá suspender, por tempo não menor de dois nem maior de seis anos, a execução da pena de detenção não superior a dois anos, ou de reclusão, no caso do art. 30, § 3º, do Código Penal, ou, por tempo não menor de um nem maior de três anos, a execução da pena de prisão simples, não superior a dois anos, desde que:

I – não haja o sentenciado sofrido, no Brasil ou no estrangeiro, condenação por outro crime, ou condenação, no Brasil, por motivo de contravenção;

Art. 696. O juiz poderá suspender, por tempo não inferior a 2 (dois) nem superior a 6 (seis) anos, a execução das penas de reclusão e de detenção que não excedam a 2 (dois) anos, ou, por tempo não inferior a 1 (um) nem superior a 3 (três) anos, a execução da pena de prisão simples, desde que o sentenciado: (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

I - não haja sofrido, no País ou no estrangeiro, condenação irrecorrível por outro crime a pena privativa da liberdade, salvo o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

⁶⁹¹ Em que pese este livro encontrar-se tacitamente revogado pela superveniência da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), ele conserva sua fonte história, doutrinária e supletiva.

II - os antecedentes e a personalidade do sentenciado, os motivos e as circunstâncias do crime autorizem a presunção de que não tornará a delinquir.

Parágrafo único. Processado o beneficiário por outro crime ou contravenção, considerar-se-á prorrogado o prazo da suspensão da pena até o julgamento definitivo.

Art. 697. O juiz ou tribunal, na sentença condenatória, desde que reunidos os requisitos mencionados no artigo anterior e em seu n. I, deverá pronunciar-se sobre a suspensão condicional da pena, concedendo-a ou denegando-a e dando, em qualquer caso, os motivos da decisão.

Art. 697. O juiz ou tribunal, na decisão que aplicar pena privativa da liberdade não superior a 2 (dois) anos, deverá pronunciar-se, motivadamente, sobre a suspensão condicional, quer a conceda quer a denegue. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

Art. 698. No caso de concessão do benefício, a sentença estabelecerá as condições e regras a que ficará sujeito o réu durante o prazo fixado, começando este a correr da audiência em que o juiz ou o tribunal der conhecimento da sentença ao beneficiário.

Art. 698. Concedida a suspensão, o juiz especificará as condições a que fica sujeito o condenado, pelo prazo previsto, começando este a correr da audiência em que se der conhecimento da sentença ao beneficiário e lhe for entregue documento similar ao descrito no art. 724. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

§ 1º As condições serão adequadas ao delito e à personalidade do condenado. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

§ 2º Poderão ser impostas, além das estabelecidas no art. 767, como normas de conduta e obrigações, as seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

I - freqüentar curso de habilitação profissional ou de instrução escolar; (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

II - prestar serviços em favor da comunidade; (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

III - atender aos encargos de família; (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

IV - submeter-se a tratamento de desintoxicação. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

§ 3º O juiz poderá fixar, a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, outras condições além das especificadas na sentença e das referidas no parágrafo anterior, desde que as circunstâncias o aconselhem. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

§ 4º A fiscalização do cumprimento das condições deverá ser regulada, nos Estados, Territórios e Distrito Federal, por normas supletivas e atribuída a serviço social penitenciário, patronato, conselho de comunidade ou entidades similares, inspecionadas pelo Conselho Penitenciário, pelo Ministério Público ou ambos, devendo o juiz da execução na comarca suprir, por ato, a falta das normas supletivas. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

§ 5º O beneficiário deverá comparecer periodicamente à entidade fiscalizadora, para comprovar a observância das condições a que está sujeito, comunicando, também, a sua ocupação, os salários ou proventos de que vive, as economias que conseguiu realizar e as dificuldades materiais ou sociais que enfrenta. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

§ 6º A entidade fiscalizadora deverá comunicar imediatamente ao órgão de inspeção, para os fins legais (arts. 730 e 731), qualquer fato capaz de acarretar a revogação do benefício, a prorrogação do prazo ou a modificação das condições. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

§ 7º Se for permitido ao beneficiário mudar-se, será feita comunicação ao juiz e à entidade fiscalizadora do local da nova residência, aos quais deverá apresentar-se imediatamente. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

Art. 699. No caso de condenação pelo Tribunal do Júri, a suspensão condicional da pena competirá ao seu presidente.

Art. 700. A suspensão não compreende a multa, as penas acessórias, os efeitos da condenação nem as custas.

Art. 701. O juiz, ao conceder a suspensão, fixará, tendo em conta as condições econômicas ou profissionais do réu, o prazo para o pagamento, integral ou em prestações, das custas do processo e taxa penitenciária.

Art. 702. Em caso de co-autoria, a suspensão poderá ser concedida a uns e negada a outros réus.

Art. 703. O juiz que conceder a suspensão lerá ao réu, em audiência, a sentença respectiva, e o advertirá das consequências de nova infração penal e da transgressão das obrigações impostas.

Art. 704. Quando for concedida a suspensão pela superior instância, a esta caberá estabelecer-lhe as condições, podendo a audiência ser presidida por qualquer membro do tribunal ou câmara, pelo juiz do processo ou por outro designado pelo presidente do tribunal ou câmara.

Art. 705. Se, intimado pessoalmente ou por edital com prazo de 20 dias, o réu não comparecer à audiência a que se refere o art. 703, a suspensão ficará sem efeito e será executada imediatamente a pena, salvo prova de justo impedimento, caso em que será marcada nova audiência.

Art. 706. A suspensão também ficará sem efeito, se, em virtude de recurso interposto pelo Ministério Público, for aumentada a pena de modo que exclua a concessão do benefício.

Art. 706. A suspensão também ficará sem efeito se, em virtude de recurso, for aumentada a pena de modo que exclua a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

Art. 707. A medida será revogada:

I – se, durante o prazo da suspensão, em sentença irrecorrível, o réu for condenado por crime, ou lhe for imposta pena privativa de liberdade, por motivo de contravenção;

II – se o réu, solvente, frustrar o pagamento da multa ou a reparação do dano.

§ 1º O juiz poderá ainda revogar a suspensão ou prorrogar o período de prova até o máximo, se não tiver sido este o fixado, quando o réu for condenado irrecorrivelmente, por motivo de contravenção, somente a pena de multa, ou infringir qualquer das obrigações impostas pela sentença.

§ 2º No caso do n. I, a revogação será decretada à vista da certidão da sentença condenatória intercorrente, ou da comunicação feita pelo juiz que a tiver proferido ou da informação prestada pelo Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere.

Art. 707. A suspensão será revogada se o beneficiário:(Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

I - é condenado, por sentença irrecorrível, a pena privativa da liberdade; (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

II - frustra, embora solvente, o pagamento da multa, ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a suspensão, se o beneficiário deixa de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, de observar proibições inerentes à pena acessória, ou é irrecorrivelmente condenado a pena que não seja privativa da liberdade; se não a revogar, deverá advertir o beneficiário, ou exacerbar as condições ou, ainda, prorrogar o período da suspensão até o máximo, se esse limite não foi o fixado. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

Art. 708. Expirado o prazo de suspensão ou a prorrogação, sem que tenha ocorrido motivo de revogação, a pena privativa de liberdade será declarada extinta.

Parágrafo único. O juiz, quando julgar necessário, requisitará, antes do julgamento, nova folha de antecedentes do beneficiário.

Art. 709. A condenação será inscrita, com a nota de suspensão, em livros especiais do Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, averbando-se, mediante comunicação do juiz ou do tribunal, a revogação da suspensão ou a extinção da pena. Em caso de revogação, será feita a averbação definitiva no registro geral.

§ 1º Nos lugares onde não houver Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere, o registro e a averbação serão feitos em livro próprio no juízo ou no tribunal.

§ 2º O registro será secreto, salvo para efeito de informações requisitadas por autoridade judiciária, no caso de novo processo.

§ 3º Não se aplicará o disposto no § 2º, quando houver sido imposta ou resultar de condenação pena acessória consistente em interdição de direitos.

CAPÍTULO II

DO LIVRAMENTO CONDICIONAL

Art. 710. O livramento condicional poderá ser concedido ao condenado à pena de reclusão ou de detenção superior a três anos, desde que se verifiquem as condições seguintes:

I – cumprimento de mais da metade da pena, se primário, e de mais de três quartos, se reincidente;

II – ausência ou cessação de periculosidade;

III – bom comportamento durante a vida carcerária;

IV – aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;

V – satisfação das obrigações civis resultantes do crime, salvo quando provada a insolvência.

Art. 710. O livramento condicional poderá ser concedido ao condenado a pena privativa da liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que se verifiquem as condições seguintes: (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

I - cumprimento de mais da metade da pena, ou mais de três quartos, se reincidente o sentenciado; (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

II - ausência ou cessação de periculosidade;

III - bom comportamento durante a vida carcerária;

IV - aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;

V - reparação do dano causado pela infração, salvo impossibilidade de fazê-lo. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

Art. 711. No caso de condenação a duas ou mais penas privativas de liberdade, da mesma espécie ou de espécies diferentes, o juiz somente poderá conceder o livramento, se qualquer delas for superior a três anos e o condenado já houver cumprido mais de metade ou três quartos da soma do tempo de todas (art. 710, n. I).

Art. 711. As penas que correspondem a infrações diversas podem somar-se, para efeito do livramento. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

Art. 712. O livramento condicional poderá ser concedido mediante requerimento do sentenciado, de seu cônjuge ou de parente em linha reta, ou por proposta do diretor do estabelecimento penal, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 6.109, de 16.12.1943)

Art. 712. O livramento condicional poderá ser concedido mediante requerimento do sentenciado, de seu cônjuge ou de parente em linha reta, ou por proposta do diretor do estabelecimento penal, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário, incumbindo a decisão ao juiz ou Tribunal que houver proferido a sentença em primeira ou única instância.

Parágrafo único. No caso do artigo anterior, a concessão do livramento competirá ao juiz da execução da pena que o condenado estiver cumprindo.

Art. 713. As condições de admissibilidade, conveniência e oportunidade da concessão do livramento serão verificadas pelo Conselho Penitenciário, a cujo parecer não ficará, entretanto, adstrito o juiz.

Art. 714. O diretor do estabelecimento penal remeterá ao Conselho Penitenciário minucioso relatório sobre:

I - o caráter do sentenciado, revelado pelos seus antecedentes e conduta na prisão;

II - o procedimento do liberando na prisão, sua aplicação ao trabalho e seu trato com os companheiros e funcionários do estabelecimento;

III - suas relações, quer com a família, quer com estranhos;

IV - seu grau de instrução e aptidão profissional, com a indicação dos serviços em que haja sido empregado e da especialização anterior ou adquirida na prisão;

V - sua situação financeira, e seus propósitos quanto ao seu futuro meio de vida, juntando o diretor, quando dada por pessoa idônea, promessa escrita de colocação do liberando, com indicação do serviço e do salário.

Parágrafo único. O relatório será, dentro do prazo de quinze dias, remetido ao Conselho, com o prontuário do sentenciado, e, na falta, o Conselho opinará livremente, comunicando à autoridade competente a omissão do diretor da prisão.

Art. 715. Se tiver sido imposta medida de segurança detentiva, o livramento não poderá ser concedido sem que se verifique, mediante exame das condições do sentenciado, a cessação da periculosidade.

Parágrafo único. Consistindo a medida de segurança em internação em casa de custódia e tratamento, proceder-se-á a exame mental do sentenciado.

Art. 716. A petição ou a proposta de livramento será remetida ao juiz ou ao tribunal por ofício do presidente do Conselho Penitenciário, com a cópia do respectivo parecer e do relatório do diretor da prisão.

§ 1º Para emitir parecer, o Conselho poderá determinar diligências e requisitar os autos do processo.

§ 2º O juiz ou o tribunal mandará juntar a petição ou a proposta, com o ofício ou documento que a acompanhar, aos autos do processo, e proferirá sua decisão, previamente ouvido o Ministério Público.

Art. 717. Na ausência de qualquer das condições previstas nos arts. 710, n. I, e 711, o requerimento será liminarmente indeferido.

Art. 717. Na ausência da condição prevista no art. 710, I, o requerimento será liminarmente indeferido. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

Art. 718. Deferido o pedido, o juiz, ao especificar as condições a que ficará subordinado o livramento, atenderá ao disposto no art. 767, devendo sempre impor ao liberado a obrigação de, periodicamente, comunicar ao juiz da execução ou ao diretor do estabelecimento penal a sua ocupação, os salários ou proventos de que vive, as economias que conseguiu realizar e as dificuldades com que luta para manter-se.

§ 1º Se for permitido ao liberado residir fora da jurisdição do juiz da execução, remeter-se-á cópia da sentença de livramento à autoridade judiciária do lugar para onde ele se houver transferido e ao patronato oficial ou à autoridade policial, a quem ali couber a vigilância.

§ 2º O liberado será advertido da obrigação de apresentar-se imediatamente à autoridade judiciária e ao órgão incumbido da vigilância, referidos no parágrafo anterior.

Art. 718. Deferido o pedido, o juiz, ao especificar as condições a que ficará subordinado o livramento, atenderá ao disposto no art. 698, §§ 1º, 2º e 5º. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

§ 1º Se for permitido ao liberado residir fora da jurisdição do juiz da execução, remeter-se-á cópia da sentença do livramento à autoridade judiciária do lugar para onde ele se houver transferido, e à entidade de observação cautelar e proteção. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

§ 2º O liberado será advertido da obrigação de apresentar-se imediatamente à autoridade judiciária e à entidade de observação cautelar e proteção. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

Art. 719. O livramento ficará também subordinado à obrigação de pagamento das custas do processo e da taxa penitenciária, salvo caso de insolvência comprovada.

Parágrafo único. O juiz poderá fixar o prazo para o pagamento integral ou em prestações, tendo em consideração as condições econômicas ou profissionais do liberado.

Art. 720. A forma de pagamento da multa, ainda não paga pelo liberando, será determinada de acordo com o disposto no art. 688.

Art. 721. Reformada a sentença denegatória do livramento, os autos baixarão ao juiz da primeira instância, a fim de que determine as condições que devam ser impostas ao liberando.

Art. 722. Concedido o livramento, será expedida carta de guia, com a cópia integral da sentença em duas vias, remetendo-se uma ao diretor do estabelecimento penal e outra ao presidente do Conselho Penitenciário.

Art. 723. A cerimônia do livramento condicional será realizada solenemente, em dia marcado pela autoridade que deva presidi-la, observando-se o seguinte:

I - a sentença será lida ao liberando, na presença dos demais presos, salvo motivo relevante, pelo presidente do Conselho Penitenciário, ou pelo seu representante junto ao estabelecimento penal, ou, na falta, pela autoridade judiciária local;

II - o diretor do estabelecimento penal chamará a atenção do liberando para as condições impostas na sentença de livramento;

III - o preso declarará se aceita as condições.

§ 1º De tudo, em livro próprio, se lavrará termo, subscrito por quem presidir a cerimônia, e pelo liberando, ou alguém a seu rogo, se não souber ou não puder escrever.

§ 2º Desse termo, se remeterá cópia ao juiz do processo.

Art. 724. Ao sair da prisão o liberado, ser-lhe-á entregue, além do saldo do seu pecúlio e do que lhe pertencer, uma caderneta que exhibirá à autoridade judiciária ou administrativa sempre que lhe for exigido. Essa caderneta conterá:

I - a reprodução da ficha de identidade, ou o retrato do liberado, sua qualificação e sinais característicos;

II - o texto impresso dos artigos do presente capítulo;

III - as condições impostas ao liberado;

IV - a pena acessória a que esteja sujeito. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

§ 1º Na falta de caderneta, será entregue ao liberado um salvo-conduto, em que constem as condições do livramento e a pena acessória, podendo substituir-se a ficha de identidade ou o retrato do liberado pela descrição dos sinais que possam identificá-lo. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

§ 2º Na caderneta e no salvo-conduto deve haver espaço para consignar o cumprimento das condições referidas no art. 718. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

Art. 725. A vigilância do patronato oficial ou particular, dirigido ou inspecionado pelo Conselho Penitenciário, ou de autoridade policial, exercer-se-á para o fim de: (Redação dada pela Lei nº 1.431, de 1951)

Art. 725. A vigilância dos patronatos oficiais subordinados ao Conselho Penitenciário, ou de autoridade policial, exercer-se-á para o fim de:

I – proibir ao liberado a residência, estada ou passagem nos locais indicados na sentença;

II – permitir visitas e buscas necessárias à verificação do procedimento do liberado;

III– deter o liberado que transgredir as condições constantes da sentença, comunicando o fato não só ao Conselho Penitenciário como também ao juiz, que manterá ou não a detenção.

Parágrafo único. Se o liberado infringir quaisquer das condições impostas, o Conselho Penitenciário poderá, conforme a gravidade da falta, representar ao juiz, para o efeito de revogar-se o livramento.

Art. 725. A observação cautelar e proteção realizadas por serviço social penitenciário, patronato, conselho de comunidade ou entidades similares, terá a finalidade de: (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

I - fazer observar o cumprimento da pena acessória, bem como das condições especificadas na sentença concessiva do benefício; (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

II - proteger o beneficiário, orientando-o na execução de suas obrigações e auxiliando-o na obtenção de atividade laborativa. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

Parágrafo único. As entidades encarregadas de observação cautelar e proteção do liberado apresentarão relatório ao Conselho Penitenciário, para efeito da representação prevista nos arts. 730 e 731. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

Art. 726. Revogar-se-á o livramento condicional, se o liberado vier, por crime ou contravenção, a ser condenado por sentença irrecorrível a pena privativa de liberdade.

Art. 727. O livramento poderá ser também revogado, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença ou for irrecorrivelmente condenado, por motivo de contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade.

Art. 727. O juiz pode, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, de observar proibições inerentes à pena acessória ou for irrecorrivelmente condenado, por crime, à pena que não seja privativa da liberdade. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

Parágrafo único. Se o juiz não revogar o livramento, deverá advertir o liberado ou exacerbar as condições. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

Art. 728. Se a revogação for motivada por infração penal anterior à vigência do livramento, computar-se-á no tempo da pena o período em que esteve solto o liberado, sendo permitida, para a concessão de novo livramento, a soma do tempo das duas penas.

Art. 729. No caso de revogação por outro motivo, não se computará na pena o tempo em que esteve solto o liberado, e tampouco se concederá, em relação à mesma pena, novo livramento.

Art. 730. A revogação será decretada a requerimento do Ministério Público, mediante representação do Conselho Penitenciário ou dos patronatos oficiais ou da autoridade policial a quem incumbir a vigilância, ou, de ofício, pelo juiz, que, antes, poderá ouvir o liberado, ordenar diligências e permitir a produção de prova no prazo de cinco dias, sem prejuízo do disposto no art. 725, n. III.

Art. 730. A revogação do livramento será decretada mediante representação do Conselho Penitenciário, ou a requerimento do Ministério Público, ou de ofício, pelo juiz, que, antes, ouvirá o liberado, podendo ordenar diligências e permitir a produção de prova, no prazo de cinco dias. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

Art. 731. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou mediante representação do Conselho Penitenciário, dos patronatos oficiais, ou autoridade policial encarregada da vigilância, poderá modificar as normas de conduta impostas na sentença, devendo a respectiva decisão ser lida ao liberado por uma das autoridades ou um dos funcionários indicados no n. I do art. 723, observado o disposto nos ns. II e III e §§ 1º e 2º do mesmo artigo.

Art. 731. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou mediante representação do Conselho Penitenciário, poderá modificar as condições ou normas de conduta especificadas na sentença, devendo a respectiva decisão ser lida ao liberado por uma das autoridades ou por um dos funcionários indicados no inciso I do art. 723, observado o disposto nos incisos II e III, e §§ 1º e 2º do mesmo artigo. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

Art. 732. Praticada pelo liberado nova infração, o juiz ou o tribunal poderá ordenar a sua prisão, ouvido o Conselho Penitenciário, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação ficará, entretanto, dependendo da decisão final no novo processo.

Art. 733. O juiz, de ofício, ou a requerimento do interessado, do Ministério Público, ou do Conselho Penitenciário, julgará extinta a pena privativa de liberdade, se expirar o prazo do livramento sem revogação, ou na hipótese do artigo anterior, for o liberado absolvido por sentença irrecorrível.

[...]

ANEXO C - Excertos da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)

LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984.
Institui a Lei de Execução Penal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

[...]

TÍTULO V

Da Execução das Penas em Espécie

CAPÍTULO I

Das Penas Privativas de Liberdade

[...]

SEÇÃO V

Do Livramento Condicional

Art. 131. O livramento condicional poderá ser concedido pelo Juiz da execução, presentes os requisitos do artigo 83, incisos e parágrafo único, do Código Penal, ouvidos o Ministério Público e Conselho Penitenciário.

Art. 132. Deferido o pedido, o Juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento.

§ 1º Serão sempre impostas ao liberado condicional as obrigações seguintes:

- a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho;
- b) comunicar periodicamente ao Juiz sua ocupação;
- c) não mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste.

§ 2º Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações, as seguintes:

- a) não mudar de residência sem comunicação ao Juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção;
- b) recolher-se à habitação em hora fixada;
- c) não freqüentar determinados lugares.

Art. 133. Se for permitido ao liberado residir fora da comarca do Juízo da execução, remeter-se-á cópia da sentença do livramento ao Juízo do lugar para onde ele se houver transferido e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção.

Art. 134. O liberado será advertido da obrigação de apresentar-se imediatamente às autoridades referidas no artigo anterior.

Art. 135. Reformada a sentença denegatória do livramento, os autos baixarão ao Juízo da execução, para as providências cabíveis.

Art. 136. Concedido o benefício, será expedida a carta de livramento com a cópia integral da sentença em 2 (duas) vias, remetendo-se uma à autoridade administrativa incumbida da execução e outra ao Conselho Penitenciário.

Art. 137. A cerimônia do livramento condicional será realizada solenemente no dia marcado pelo Presidente do Conselho Penitenciário, no estabelecimento onde está sendo cumprida a pena, observando-se o seguinte:

I - a sentença será lida ao liberando, na presença dos demais condenados, pelo Presidente do Conselho Penitenciário ou membro por ele designado, ou, na falta, pelo Juiz;

II - a autoridade administrativa chamará a atenção do liberando para as condições impostas na sentença de livramento;

III - o liberando declarará se aceita as condições.

§ 1º De tudo em livro próprio, será lavrado termo subscrito por quem presidir a cerimônia e pelo liberando, ou alguém a seu rogo, se não souber ou não puder escrever.

§ 2º Cópia desse termo deverá ser remetida ao Juiz da execução.

Art. 138. Ao sair o liberado do estabelecimento penal, ser-lhe-á entregue, além do saldo de seu pecúlio e do que lhe pertencer, uma caderneta, que exhibirá à autoridade judiciária ou administrativa, sempre que lhe for exigida.

§ 1º A caderneta conterá:

a) a identificação do liberado;

b) o texto impresso do presente Capítulo;

c) as condições impostas.

§ 2º Na falta de caderneta, será entregue ao liberado um salvo-conduto, em que constem as condições do livramento, podendo substituir-se a ficha de identificação ou o seu retrato pela descrição dos sinais que possam identificá-lo.

§ 3º Na caderneta e no salvo-conduto deverá haver espaço para consignar-se o cumprimento das condições referidas no artigo 132 desta Lei.

Art. 139. A observação cautelar e a proteção realizadas por serviço social penitenciário, Patronato ou Conselho da Comunidade terão a finalidade de:

I - fazer observar o cumprimento das condições especificadas na sentença concessiva do benefício;

II - proteger o beneficiário, orientando-o na execução de suas obrigações e auxiliando-o na obtenção de atividade laborativa.

Parágrafo único. A entidade encarregada da observação cautelar e da proteção do liberado apresentará relatório ao Conselho Penitenciário, para efeito da representação prevista nos artigos 143 e 144 desta Lei.

Art. 140. A revogação do livramento condicional dar-se-á nas hipóteses previstas nos artigos 86 e 87 do Código Penal.

Parágrafo único. Mantido o livramento condicional, na hipótese da revogação facultativa, o Juiz deverá advertir o liberado ou agravar as condições.

Art. 141. Se a revogação for motivada por infração penal anterior à vigência do livramento, computar-se-á como tempo de cumprimento da pena o período de prova, sendo permitida, para a concessão de novo livramento, a soma do tempo das 2 (duas) penas.

Art. 142. No caso de revogação por outro motivo, não se computará na pena o tempo em que esteve solto o liberado, e tampouco se concederá, em relação à mesma pena, novo livramento.

Art. 143. A revogação será decretada a requerimento do Ministério Público, mediante representação do Conselho Penitenciário, ou, de ofício, pelo Juiz, ouvido o liberado.

Art. 144. O Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou mediante representação do Conselho Penitenciário, e ouvido o liberado, poderá modificar as condições especificadas na sentença, devendo o respectivo ato decisório ser lido ao liberado por uma das autoridades ou funcionários indicados no inciso I, do artigo 137, desta Lei, observado o disposto nos incisos II e III e §§ 1º e 2º do mesmo artigo.

Art. 145. Praticada pelo liberado outra infração penal, o Juiz poderá ordenar a sua prisão, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, ficará dependendo da decisão final.

Art. 146. O Juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público ou mediante representação do Conselho Penitenciário, julgará extinta a pena privativa de liberdade, se expirar o prazo do livramento sem revogação.

[...]

CAPÍTULO III

Da Suspensão Condicional

Art. 156. O Juiz poderá suspender, pelo período de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, na forma prevista nos artigos 77 a 82 do Código Penal.

Art. 157. O Juiz ou Tribunal, na sentença que aplicar pena privativa de liberdade, na situação determinada no artigo anterior, deverá pronunciar-se, motivadamente, sobre a suspensão condicional, quer a conceda, quer a denegue.

Art. 158. Concedida a suspensão, o Juiz especificará as condições a que fica sujeito o condenado, pelo prazo fixado, começando este a correr da audiência prevista no artigo 160 desta Lei.

§ 1º As condições serão adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado, devendo ser incluída entre as mesmas a de prestar serviços à comunidade, ou limitação de fim de semana, salvo hipótese do artigo 78, § 2º, do Código Penal.

§ 2º O Juiz poderá, a qualquer tempo, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante proposta do Conselho Penitenciário, modificar as condições e regras estabelecidas na sentença, ouvido o condenado.

§ 3º A fiscalização do cumprimento das condições, reguladas nos Estados, Territórios e Distrito Federal por normas supletivas, será atribuída a serviço social penitenciário, Patronato, Conselho da Comunidade ou instituição beneficiada com a prestação de serviços, inspecionados pelo Conselho Penitenciário, pelo Ministério Público, ou ambos, devendo o Juiz da execução suprir, por ato, a falta das normas supletivas.

§ 4º O beneficiário, ao comparecer periodicamente à entidade fiscalizadora, para comprovar a observância das condições a que está sujeito, comunicará, também, a sua ocupação e os salários ou proventos de que vive.

§ 5º A entidade fiscalizadora deverá comunicar imediatamente ao órgão de inspeção, para os fins legais, qualquer fato capaz de acarretar a revogação do benefício, a prorrogação do prazo ou a modificação das condições.

§ 6º Se for permitido ao beneficiário mudar-se, será feita comunicação ao Juiz e à entidade fiscalizadora do local da nova residência, aos quais o primeiro deverá apresentar-se imediatamente.

Art. 159. Quando a suspensão condicional da pena for concedida por Tribunal, a este caberá estabelecer as condições do benefício.

§ 1º De igual modo proceder-se-á quando o Tribunal modificar as condições estabelecidas na sentença recorrida.

§ 2º O Tribunal, ao conceder a suspensão condicional da pena, poderá, todavia, conferir ao Juízo da execução a incumbência de estabelecer as condições do benefício, e, em qualquer caso, a de realizar a audiência admonitória.

Art. 160. Transitada em julgado a sentença condenatória, o Juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das consequências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas.

Art. 161. Se, intimado pessoalmente ou por edital com prazo de 20 (vinte) dias, o réu não comparecer injustificadamente à audiência admonitória, a suspensão ficará sem efeito e será executada imediatamente a pena.

Art. 162. A revogação da suspensão condicional da pena e a prorrogação do período de prova dar-se-ão na forma do artigo 81 e respectivos parágrafos do Código Penal.

Art. 163. A sentença condenatória será registrada, com a nota de suspensão em livro especial do Juízo a que couber a execução da pena.

§ 1º Revogada a suspensão ou extinta a pena, será o fato averbado à margem do registro.

§ 2º O registro e a averbação serão sigilosos, salvo para efeito de informações requisitadas por órgão judiciário ou pelo Ministério Público, para instruir processo penal.

[...]

ANEXO D - Excertos da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais)

LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995.

Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

[...]

Capítulo III

Dos Juizados Especiais Criminais

Disposições Gerais

[...]

Seção II

Da Fase Preliminar

[...]

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

[...]

Seção VI

Disposições Finais

[...]

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

[...]

ANEXO E - Substitutivo ao Projeto de Lei nº 1.288, de 2007

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

SUBSTITUTIVO ao Projeto de Lei nº 1.288, de 2007.

(Apensos PLs 337/2007, 510/2007, 641/07, 1.440/2007 e 1.295/2007)

Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica.

Autor: SENADO FEDERAL

Relatora: Deputado FLÁVIO DINO

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O § 1º, do artigo 36 do Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art 36

§ 1º O condenado deverá, fora do estabelecimento, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.”
(NR)

Art. 2º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 66.

V -

i) a utilização de equipamento de rastreamento eletrônico pelo condenado, quando julgar necessário.” (NR)

.....

Art. 124.

§ 1º Ao conceder a saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário as seguintes condições, dentre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado:

I – fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício;

II – recolhimento à residência visitada, no período noturno;

II – proibição de freqüentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres.

§ 2º Quando se tratar de frequência a curso profissionalizante, de instrução de segundo grau ou superior, o tempo de saída será o necessário para cumprimento das atividades discentes.

§ 3º Nos demais casos, as autorizações de saída somente poderão ser concedidas com prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias de intervalo entre uma e outra. (NR)

“TÍTULO V

Seção VI

Da Monitoração Eletrônica

Art. 146-A. O juiz pode determinar a vigilância indireta para a fiscalização das decisões judiciais, desde que haja a disponibilidade de meios.

Parágrafo Único - A vigilância indireta de que trata o caput será realizada por meio da afixação, ao corpo do apenado, de dispositivo não ostensivo de monitoração eletrônica que indique, à distância, o horário e a localização do usuário, além de outras informações úteis à fiscalização judicial.

146-B O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando:

I – aplicar pena restritiva de liberdade a ser cumprida nos regimes aberto ou semi-aberto, ou conceder progressão para tais regimes.

II – autorizar a saída temporária no regime semi-aberto.

III – aplicar pena restritiva de direito que estabeleça limitação de horários ou da frequência a determinados lugares;

IV – determinar a prisão domiciliar;

V – conceder o livramento condicional ou a suspensão condicional da pena.

Parágrafo Único – Os usuários da monitoração eletrônica, que estiverem cumprindo o regime aberto, ficam dispensados do recolhimento ao estabelecimento penal no período noturno e nos dias de folga.

Art. 146-C O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres:

I – receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações;

II – abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma, o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça;

III – informar, de imediato, as falhas no equipamento ao órgão ou entidade responsável pela monitoração eletrônica;

Parágrafo único. A violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvido o Ministério Público e a defesa:

- I – a regressão do regime;
- II – a revogação da autorização de saída temporária;
- III – a revogação da suspensão condicional da pena;
- IV – a revogação do livramento condicional;
- V – a conversão de pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade;
- VI – a revogação da prisão domiciliar;
- VII – advertência por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos anteriores.

Art. 146-D A monitoração eletrônica poderá ser revogada:

- I – quando se tornar desnecessária ou inadequada;
- II – se o acusado ou condenado violar os deveres a que fica sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave.”

Art. 3º O Poder Executivo regulamentará a implementação da monitoração eletrônica.

Art. 4º A fiscalização por meio de monitoração eletrônica ficará restrita à hipótese de saída temporária no regime semi-aberto por um período de 2 (dois) anos, contados a partir da publicação desta lei.

Parágrafo único. Após o término do prazo previsto no caput, o Poder Executivo, observados os resultados apresentados, poderá definir novos parâmetros para a execução do que dispõe esta lei.

Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em _de_ de 2007.

Deputado Flávio Dino

PC do B/MA

Relator

ANEXO F - Voto na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania do Senado Federal

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA
PROJETO DE LEI Nº 1.288, DE 2007,

Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a utilização de equipamento de rastreamento eletrônico pelo condenado nos casos em que especifica.

Autor: Senado Federal

Relator: Deputado Flávio Dino

I – RELATÓRIO

A proposição em análise, de autoria do Senador Magno Malta, tem como objetivo alterar o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a utilização de equipamento de rastreamento eletrônico pelo condenado nos casos em que especifica.

Apensados ao Projeto de Lei nº. 1.288/2007, seguem os de nºs 337/2007, 510/2007, 641/07, 1.440/2007 e 1.295/2007, de autoria dos Deputados Ciro Pedrosa (PV-MG), Manato (PDT-ES), Edio Lopes (PMDB-RR), Beto Mansur (PP-SP), e do Senado Federal (Senador Aloizio Mercadante, PT-SP), respectivamente.

As proposições supra-referidas tratam da utilização de equipamentos de monitoramento eletrônico pelo condenado em hipóteses várias, de modo razoavelmente convergente. No seu conjunto, pretendem disciplinar a vigilância eletrônica nos casos de regime aberto ou semi-aberto, trabalho externo no regime fechado, penas restritivas de direito que estabeleçam limitação de horários ou da frequência a certos lugares, prisão domiciliar, livramento condicional ou suspensão condicional da pena, bem como a substituição da prisão preventiva pela liberdade vigiada.

Os Projetos de Lei divergem quanto à estrutura das alterações a serem realizadas, quanto à obrigatoriedade de o juiz determinar o monitoramento nos casos que especificam, bem como quanto à punição aplicável ao monitorado que viola o dispositivo. Em relação ao intervalo de rastreamento, o PL 641/07 é o único a limitá-lo ao máximo de metade do restante da pena a ser cumprida, não podendo exceder um ano, no regime aberto e no livramento condicional.

Apenas o PL 1.440/2007 dispõe sobre alterações na Lei nº 9.099/1995 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. A proposição acrescenta mais uma condição à transação penal, qual seja, o monitoramento eletrônico mediante consentimento expresso. Também determina que, caso o beneficiado venha a ser processado por outro crime durante a suspensão, o juiz pode deixar de revogá-la se aquele assentir em ser monitorado.

A Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado aprovou relatório e Substitutivo apresentado pela Deputada Rita Camata. Em seu Substitutivo, a relatora empreende

um amálgama dos diversos Projetos de Lei, optando por concentrar as alterações na Lei de Execução Penal, mediante introdução de uma nova seção ao título V do diploma. A proposição aprovada pela Comissão torna obrigatória a utilização da fiscalização eletrônica nas hipóteses em que especifica. Rejeita a possibilidade de monitoramento eletrônico no trabalho externo do regime fechado, a conversibilidade da prisão preventiva em liberdade vigiada e a limitação temporal da vigilância eletrônica.

Durante o prazo regimental foi apresentada uma emenda ao PL 1.288/2007, de teor semelhante a dispositivos de outros PLs apensados.

É o relatório.

II - VOTO DO RELATOR

Cabe a este Órgão Técnico, nos termos regimentais, apreciar o Projeto de Lei nº 1.288, de 2007, e seus apensados, acerca da constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e quanto ao mérito.

Inicialmente, entendemos serem constitucionais as propostas, vez que o conteúdo material das proposições está incluído na competência da União para legislar sobre direito penal e penitenciário, a teor dos arts. 22, I e 24, I da Constituição Federal. Da mesma forma, cumpriram-se os ditames relativos à iniciativa legiferante, previstos no art. 61 da Constituição da República.

Quanto à juridicidade da medida, existem alguns reparos a serem realizados. Não há considerações relativas à técnica redacional utilizada, vez que se conforma à legislação específica.

Quanto à avaliação de conveniência e oportunidade das proposições, seus autores e relatores alegam, em uníssono, a redução da sobrecarga a que o sistema prisional está submetido, além da reprodução da bem-sucedida experiência estrangeira com sistemas de monitoramento eletrônico. Vislumbram um sensível abatimento nos gastos públicos com execução penal, vez que o monitoramento eletrônico custa, anualmente, cerca de metade do que o Estado despende com a permanência de um detento num presídio. Ressaltam a maior viabilidade de reintegração do condenado à sociedade, vez que o equipamento permite ao monitorado manter atividades como trabalho, estudo e contato com seus familiares.

Num momento em que nosso sistema prisional atravessa propalada crise¹, e que mesmo a eficácia da pena privativa de liberdade é questionada por um segmento significativo da Criminologia², louvável é um Projeto de Lei que tenciona prestigiar o regime aberto. Por essa razão, acatamos todos os argumentos apresentados.

É necessário assegurar a discrição dos aparelhos a serem utilizados, de forma que os condenados tenham sua imagem preservada e não sejam estigmatizados, e a informação dos monitorados acerca do funcionamento do programa. Nesses moldes, a medida satisfaz plenamente o princípio da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, inserto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Estudos internacionais informam que o grau de contentamento dos próprios monitorados com a medida é grande³, e que a introdução da fiscalização eletrônica tem impactos imediatos na redução da população prisional⁴. A liberdade vigiada cumpre as funções preventiva e ressocializadora da pena e supre uma série de deficiências do nosso atual sistema de execução penal. O monitoramento eletrônico concorre, a um só tempo, para o benefício do Estado, dos condenados e dos demais membros da sociedade.

Em razão dos grandes proveitos que o monitoramento eletrônico de condenados pode trazer à execução penal, defendemos a sua ampla utilização. Pugnamos pela possibilidade de emprego do dispositivo nas diversas hipóteses em que um condenado cumpra pena em liberdade, ou tenha que atender a restrições de horários. Opomo-nos apenas à possibilidade de converter a prisão preventiva em liberdade vigiada. A prisão cautelar tenciona, sobretudo, salvaguardar eventuais provas de um fato, e esta função não é sobejamente cumprida mediante vigilância eletrônica. Ademais, há projeto específico sobre o tema da prisão preventiva em tramitação na Casa, aguardando votação em plenário.

Parece-nos suficiente e mais adequada a inserção de uma nova seção na Lei de Execução Penal, que regule de forma geral todas as hipóteses de utilização do monitoramento eletrônico, em lugar de uma miríade de alterações tópicas dos dispositivos correlatos. Por esta razão, aderimos ao formato do Substitutivo apresentado pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado.

Contudo, refutamos a obrigatoriedade da aplicação do dispositivo. Satisfaz o princípio constitucional da igualdade material permitir que o juiz aprecie, no caso concreto e conforme juízo de proporcionalidade, em que hipóteses deve ser deferida a liberdade vigiada. Não se deve tratar de forma análoga os desiguais. Para atingir as finalidades a que se propõe, o equipamento de monitoramento deve funcionar como uma forma de tutelar condenados que podem cumprir pena fora do estabelecimento prisional, mas demandam certo grau de supervisão estatal. A diligência não deve representar um ônus a condenados que dela não necessitam.⁵

Limitar o rastreamento a um intervalo máximo também fere a igualdade material e a proporcionalidade, razão pela qual não acatamos a proposta do PL 641/07. Pelo mesmo motivo, refutamos a obrigatoriedade do monitoramento eletrônico no implemento de transação penal pelos Juizados Especiais Criminais, sugerida no PL 1.440/2007.

Em consonância com o parecer da Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, opomo-nos à possibilidade de monitoramento meramente eletrônico no trabalho externo do regime fechado, pois a gravidade dos delitos e a inferida periculosidade dos detentos não permite tal abrandamento.

Para assegurar a coerência do sistema normativo, entendemos que uma das alterações tópicas empreendidas pelas proposições em análise deve ser mantida. A teor dos PLs 1.288/2007, 1.295/2007 e 1.440/2007, deve-se acrescentar ao artigo 66 da Lei de Execução Penal mais uma atribuição do juiz da execução, qual seja, determinar a utilização de monitoramento eletrônico.

É também em prol da juridicidade que não acatamos a qualificação da violação de deveres do monitorado como falta grave, sugerida no Substitutivo da Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado e nos PLs 641/2007 e 1.295/2007. Os arts. 37, 52, 118, 125, 127 e 181 da Lei de Execução Penal prevêm consequências onerosas e inescapáveis a quem pratica ato configurado como falta grave. Tais repreensões são incompatíveis com a gravidade da transgressão de algumas obrigações do apenado vigiado. Mantemos a possibilidade de o juiz modular a punição aplicável em caso de violação dos deveres impostos ao monitorado.

Não nos parece razoável a possibilidade de emprego do monitoramento eletrônico nas hipóteses de transação penal, aventada no PL 1.440/2007. É desproporcional infligir a medida a um jurisdicionado que não foi sequer condenado.

Apesar dos exaustivos estudos de institutos estrangeiros a atestar a eficácia do sistema, bem como a existência de empresas internacionais e nacionais aptas a atender a demanda de aparelhos, entendemos necessária a adoção, por dois anos, de um programa piloto restrito à hipótese de saída temporária no regime semi-aberto.

Também alteramos o artigo 124 da Lei de Execução Penal, acrescentando condições à saída temporária no regime semi-aberto, de forma a evitar que os sentenciados favorecidos com o benefício fujam à vigilância estatal e cometam novos delitos. Este instituto configura uma das hipóteses em que é autorizado o monitoramento eletrônico, segundo nosso Substitutivo.

Assim, voto pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e no mérito, pela aprovação do PL nº 1.288/07, e de seus apensados, PL 337/2007, PL 510/2007, PL 641/07, PL 1.440/2007 e PL 1.295/2007, na forma do Substitutivo anexo.

Sala da Comissão, _ de _ de 2007.

Deputado FLÁVIO DINO

Relator

Câmara dos Deputados

**ANEXO G – DIVERSION PROGRAMMES IN CRIMINAL POLITICS:
A CRITICAL-CRIMINOLOGICAL APPROACH**

(Adaptation and translation of the original work: *Teoria criminológico-crítica dos substitutivos penais*)

A monograph presented
as a partial requirement to obtain
a Law degree at the Faculty of
Law of the Federal University of
Paraná

FOREWORD

The Criminal Politics' Programmes of *diversified and alternative penalties* reunite theoretical and practical inconsistencies. Many of the absolute truths disseminated, accepted by the elected members of the Legislature, by the law-enforcers, by the press and by the other ideological organs (the *Gramscian* concept of '*private instruments of hegemony*')⁶⁹² of a society divided by class which does not question the contradictions or, at least, behave as if the *alternative penalties* have introduced an ideal new form of social control: more humane, agile, cheap and efficient.

However, doubts sprouted, from a critical (criminological) analysis of the *alternative penalties*, which could not put aside the questions:

(i) *Is there a systematic limitation for granting and enjoying the alternative hypotheses to punishment levels so low as to be inconsequential? Is there really a correspondence between the quantity of punishment and the gravity of the crime?*

(ii) *Why do only the less socially vulnerable, those not considered dangerous and non-recidivists, have effective access to the mechanisms of diversification? What type of selectivity is this?*

(iii) *Are there (any) interdependencies between the conventions of a deconstructed penal control and the labor market?*

(iv) *How far will this de-institutionalization go? What does the present penal state of repression have to tell us about future control technology?*

⁶⁹²COUTINHO, Carlos Nelson. **Gramsci**: Um Estudo Sobre Seu Pensamento Político. 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. pp.133/134

The answers to these questions were applied to an analysis of the acute contradiction at the basis of the political debate about *alternative penalties*, since the new international trend of *penal de-institutionalization* carries with it a lie: the Penal Law theoreticians disregard their punitive character to center only on the utilitarian and preventative aspects; the enforcers believe that they are not really applying a criminal sanction and, as a result, they violate, without compunction, the constitutional guarantees of process and freedom, not to mention the badly damaged human dignity; and transferring the debate to fads and the apparent advantages of *diversion*, for society only (informing society only about the apparent advantages of diversion).

After all, the *penal alternatives* constitute a defective form of criminal sanction, an explicit retributive character, disguised as criminal non-sanction, amassing, in this way, problems of legitimacy far more serious than the traditional penal conventions and, worse still, invisible problems: those that are yet to be studied, considered and discussed.

FIRST PART
ESTABLISHING THE BASIC CONCEPTS

FIRST CHAPTER

DEFINING THE CRITICAL-CRIMINOLOGICAL METHOD

I. Methodology and Ideology

The Law is legislated ideological discourse. Moreover, the Law lacks, as such, any significance beyond an ideology determined by a correlation of the interests and powers present in the social structure substratum⁶⁹³.

The Penal Law, by establishing crimes and imposing the correlated punishments, or even by planning the eventual *substitutions* despite incarceration, serves as nothing more than an official class program of a *criminal policy* (and also *criminal politics*), with a more or less democratic bias, justified, or better still, legitimized by criminological theories, suited to the hegemonic needs on which it feeds itself⁶⁹⁴.

Presently, whilst capitalism, the mode of production with monopolistic tendencies, represents the most complex historical organization in which, it can be noted, contains not only innumerable atavisms of past forms of the socio-economic structure - inherited along the historical-dialectical process-; as well as the embryos of the future forms, ready to overcome it⁶⁹⁵. In this manner, the dominant financial class, in order to preserve the security of its private interests, produces organic intellectuals who help them in the retention of the present hegemonic-consensual law, portraying the myth that Penal Law is both egalitarian and neutral⁶⁹⁶.

The idea of naturalization, not only in social relationships, but also in legal conventions, is the product of, amongst others, the creed of the natural-justice

⁶⁹³PASUKANIS, E. Teoria Geral do Direito e Marxismo. Trad. de Soveral Martins. -Coimbra: Centelha-Promoção do Livro, S.A.R.L., 1972. pp 59-60.

⁶⁹⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia da Repressão. -Rio de Janeiro: Forense, 1979. pp. 02-03.

⁶⁹⁵PASUKANIS, E. Teoria Geral... pp. 56-57.

⁶⁹⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia da Repressão... p. 24.

school⁶⁹⁷, contemporaneous to the middle-class revolutions, and responsible for the dissemination of the cult of *mens legis*, disassociated from the special subject that extracts the respective (normative significance). Equally, the application of the social sciences, *tout court*, with its own methodology for the natural sciences, produces sociological positivism. So, it is impossible to extend an identical methodology to objects completely different without compromising their singular characteristics⁶⁹⁸.

Natural science laws have immutable qualities, independent of human knowledge about their effects, demonstrated by the simple application of the experimental method for producing renewed causal cycles; while the formulation of the work associated to laws addressing the social phenomena and norms depend on a subjective school of its non-free producer or interpreter, once the specialist subject, such as *zoon politikon* which is found to be conditioned by the development of productive forces in this historical context. Karl Marx has already remarked that *it is not the conscience of Man that determines its being; it is the social being that, inversely, determines its conscience*⁶⁹⁹.

Since it is impossible to conduct valid and effective experimental demonstrations of these laws, the methodology seeks (a solution) in abstractions, (being) the maturity social science, assessed by the degree of (development) of its abstractions – i.e. “price”, “value” and “merchandise”- and the evolution of these concepts corresponding to the real dialectic of the historical process on which it depends⁷⁰⁰; however, Pasukanis alerted us to the dangers of forgetting that the State and the Law exist for “objective [realities] social beings” and not only in the *psyche* of the subject that understands them (in the manner of emotions “*imperatives-attributives*”) (attributive imperatives), of a purely ideological nature without any material substrate, which, in the case of monopolistic capitalism,

⁶⁹⁷PASUKANIS, E. Teoria Geral ... pp. 53-54.

⁶⁹⁸CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia da Repressão ... p.26.

⁶⁹⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia da Repressão ... pp. 11-14; 16-17; 19-20; 26.

⁷⁰⁰PASUKANIS, E. Teoria Geral ... pp. 49-50; 52.

persists in the fundamental contradiction of a worker/means-of-production relationship, necessary to guarantee class domination⁷⁰¹.

There are two principal criticisms of the “scientific” pretence of the traditional methodology misguidedly applied to social and legal studies: **(1)** *the objectivity/neutrality* in obtaining the knowledge for the application of pre-constituted (impassional) methods reveals itself to be impossible, because the subjects can never prostrate themselves impartially or disinterestedly facing the object under analysis, and even less so, ignore completely, while immersed in the same reality that is being analyzed, (re)producing it and reproducing oneself as part of the object under investigation; **(2)** *Logical Positivism is not adequate for* the real nature of historical objects, the content of these analyses fluctuates according to the tastes of the ideological and historical influxes, since it does not sympathize with the use of simple causal, deterministic or probabilistic variables⁷⁰².

In truth, the qualification of a theory depends on its praxis, (at times) affording the adoption of a methodology covering reality, (and at times) a demystified posture and a differentiated political proposal. This ultimate hypothesis, when the irregularities between theory and reality that it is trying to explain, have been verified, points to an epistemological rupture⁷⁰³.

⁷⁰¹PASUKANIS, E. Teoria Geral ... pp. 62-64.

⁷⁰²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia da Repressão ... pp.20/23.

⁷⁰³KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. 7.^a ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

II. Epistemological divide between the methodological focus of Positivistic Criminology and Critical Criminology: manifested/declared functions and hidden/latent functions.

The Positivist methodology manages the etiological criminology – from a biological or sociological matrix⁷⁰⁴-, the end being to function as a supposed causal-explanatory science of the ontology of crime, still predominant in the academic manuals and in common sense, based on *everyday theories*⁷⁰⁵, excluding, obviously, the social reaction to the formation of the criminal phenomenon⁷⁰⁶. The aggregation of past theories of criminological etiology comprises the classic nature of the definition of crime and social control, masked as “*a new social defense*” and exclusively preoccupied with criminal statistics in search of the most punitive regime, better techniques, discovery of peoples’ anomalies and (addiction to efficiency or) efficiency-ism to combat the causes of delinquency⁷⁰⁷.

On the other hand, the epistemological divide propitiated the rise of critical and radical theories on crime and social control which resides, in first place, in the adoption of the *labeling approach*, derived from Language Theory and Criminal Phenomenology⁷⁰⁸, nonetheless it is still insufficient; and, in the second place, in the inclusion of the methodology from the structural theory of historical-Marxism propagated by Marx⁷⁰⁹, taking as a fundamental presupposition the class conflict present in all the social theories and frequently expunged from them⁷¹⁰.

The “*rotation of Copernicus*”, therefore, consolidated, as one, the transfer of a *biopsychological for a macrosociological* focus, as well as, the abandonment

⁷⁰⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia da Repressão ... pp.01/05.

⁷⁰⁵CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia da Reação Social. Trad. Ester Kosovski. – Rio de Janeiro: Forense, 1983.pp.196/197.

⁷⁰⁶ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. 2. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.221.

⁷⁰⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical. 2. Ed. – Curitiba: ICPC: Lumen Iuris, 2006. pp.11/12; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral. – Curitiba: ICPC: Lumen Júris, 2006. p.693.

⁷⁰⁸CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia ...pp.96 e ss.

⁷⁰⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral .. pp.694/696.

⁷¹⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical ... pp.37.

of the gauging techniques of the mere *causes* of crime to understand the *social construction of diversion*⁷¹¹, dislocating the focus on the individual for the *criminalization processes and the criminal justice system*; the two, in the assumption of a *dialectical conflict* focus, demonstrating that the *legal definition of crime and the attributed label* of an offender has been fatally inserted into the logic of contradiction, intrinsic to capitalist societies, the disassociation between capital and labor⁷¹².

The contradictions of capitalism allow the inference that the economic necessities and the unequal distribution of socially useful wealth oblige the worker to accept the sale of part of his life-time, brutalizing its workforce, as well as the unemployed, to assume the *risks of criminalization*, owing to the need to survive through illegitimate means, in situations of total material privation⁷¹³.

(In that manner), the critical and radical theories increase the object of study to monopolize the economic structure and the legal and social control of the political superstructure, with a focus on the social substratum of working classes and the categories of a socially marginalized underclass, demonstrating that what in the end is essential in penal policy is discipline and the *moralization of the active workforce*, assuring the perpetuation and reproduction of the capitalist mode of production. On the contrary, the final objective of Critical Criminology is the radical transformation of the social bases for the construction of *real socialism and for the abolition of the penal system*⁷¹⁴.

The most significant fruit borne by Critical Criminology was, certainly, the capacity to pierce the ideological veil and penetrate the *latent realty* of the *declared*

⁷¹¹BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos.-3.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. pp. 23/25.

⁷¹²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral ...pp.693/694.

⁷¹³PAVARINI, Massimo. Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. 6ª Ed. Ciudad

de México: Siglo Veintiuno editores, 1998. pp. 138/141.

⁷¹⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical ... pp. 41/43 e 84.

functions of penal policy. This dualist analysis, of Nertonian origin⁷¹⁵, from functions that satisfy the social institutions, criticized the *classical functionalism* for conferring so much value on the official debate and, in this way, supplanting the real outcomes⁷¹⁶.

Therefore, the penal standards are manifestly directed at the control and reduction in the incidence of criminality, when, effectively, they just reproduce the same reality that they are supposedly seeking to combat, frequently aggravating the problems that are to be repressed⁷¹⁷. If the *official legal theory* of the objectives attributed to the punishment, affirms that it exercises the functions of *retribution* (metaphysical and ideal) for guilt and for the *special prevention* (in the *negative dimension* of *neutralization* and in the *positive dimension* of *resocialization*) and *general prevention* (in the *negative dimension* of the *psychological ultimatum* and in the *positive dimension*, all for the *protection of legal interests* – from the perspective of Roxin -, to the *reaffirmation of the normative expectations* – from the Jakobs' perspective)⁷¹⁸; the *Critical-Criminology Theory*, in turn, concluded that the punishment indeed exercises the functions of *equivalent retribution* for crimes (as well as the commodity/market logic and the time employed for its production – its exchange value), from the *guarantee of the social relationships* (demystification of special prevention) and the *affirmation of the dominant ideology* (demystification of general prevention)⁷¹⁹.

The denominated functions declared in the official debate and sitting in the apparent neutrality of the penal system, equally exercises the role of illusory functions, to disguise the actual reality in which it works:

*The **declared objectives** of Penal Law, legitimized by the legal debate on equality, liberty, and common wealth/property etc., consists in the protection of the*

⁷¹⁵SABADELL, Ana Lúcia. Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma leitura externa do direito. 4. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. pp.172/173.

⁷¹⁶BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica ... pp. 59 e ss.

⁷¹⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical ... p.82.

⁷¹⁸CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral ... pp.453/461.

⁷¹⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral ... pp.469/484;.

essential values for the existence of the individual and organized society, defined by legal wealth/property protected by legal (literature). The presuppositions do not question these declared objectives, such notions as social unity (and not division), class identity (and not contradiction), equality (and not real inequality) among the social classes, individual liberty (and not oppression), wages equivalent to the work done (and not the exploitation of surplus-value, as unpaid overtime etc⁷²⁰.

Exactly for not being a penal system of *statistical norms*, but a *dynamic complex of diverse functions (manifested/declared and hidden/latent)*⁷²¹, it has instituted a *selective protection* of the legal assets of the hegemonic classes, behind the *appearance of universality*, criminalizing the damaging conduct in production and the circulation of material riches⁷²². In this sense the *independent variable*, in the criminalization process, is a *social position of the perpetrator*, determined by socially negative characteristics (sub-occupation, growth of slums etc) – independently of the gravity or repeat of the crimes-, whilst the defects of schooling or socialization constitute mere *intervening variables* in the criminalization process⁷²³.

The effects of these class conflict antagonisms, camouflaged by the official debate (declared functions), are included in the criminal statistics, having an altogether over-representation in the crimes committed by the disorganized working class, the *lumpen-proletariat* and the marginalized in general – the economically-driven violent criminality –; the under-representation of criminality in the organized working-class and the lower-middle-classes, whose persecution obstructs the system of production; and, finally, the total exclusion of the grand larceny of the dominant classes, in transnational finance, the major producer of social damage⁷²⁴.

Seen from another angle, only the legal interest titles of the dominant classes are protected and treated as *human beings, subject to the law*, whilst the members of groups economically dependent on and integrated into the productive

⁷²⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral* ... pp.09/10.

⁷²¹BARATTA, Alessandro. *Las fuentes del Derecho*. Universidad de Barcelona: Barcelona, 1982. pp.40/41

⁷²²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral* ... pp.10/11

⁷²³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical* ...pp.46/47.

⁷²⁴CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical* ... p.13/15.

processes, are treated as simple *objects*, objectified which are necessary for their energy (workforce) to obtain the wealth greater than its market value (surplus-value). As compared to the segments completely at the margins of the labor market, considered useless to big capital, which are not figured as objects, let alone subjects, but as *human waste*, destroyed with impunity by the immanent violent structure of unequal societies or by institutional violence of a selective penal control system⁷²⁵.

As a *real function* of a penal system and the *material reproduction of the mode of capitalist production*, with the *ideological disguise of social inequality*, allowing the systematic violation of fundamental rights⁷²⁶, an *alternative program of criminal policies* was founded on *penal-minimalism* – with the consequent proposals of *decriminalization*, *depenalization*, *decarceration* and the *humanizing of the penal system*⁷²⁷.

⁷²⁵CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral ... pp.11/12.

⁷²⁶ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Ilusão... p.283/289.

⁷²⁷BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica ... pp. 201/203.

SECOND CHAPTER

MICHEL FOUCAULT: THE GENEALOGY OF POWER AND DISCIPLINE

I. *Microphysics of power*

Probably the most important contribution made by the works of the French philosopher Michel Foucault (1926-1984) for the theoretical development of critical thinking on Criminal Politics and for the analytical understanding of the intricate web of mechanisms for control outside prison, circumscribes their investigations into power and discipline. These studies analyzed the specificity and fragmentary nature of the correlation of force and power in its changeable, fluctuating and discontinuous manifestations, starting with the union of the genealogical method⁷²⁸, proposed by Friedrich Nietzsche (1844-1900)⁷²⁹, and the archaeological method⁷³⁰,

⁷²⁸ “La généalogie, ce serait donc, par rapport au projet d’une inscription des savoirs dans la hiérarchie du pouvoir propre à la science, une sorte d’entreprise pour désassujettir les savoirs historiques et les rendre libres, c’est à-dire capables d’opposition et de lutte contre la coercition d’un discours théorique unitaire, formel et scientifique. La réactivation des savoirs locaux, ‘mineurs’, dirait peut-être Deleuze, contre la hiérarchisation scientifique de la connaissance et ses effets de pouvoir intrinsèques, c’est cela le projet de ces généalogies en désordre et en charpie. En deux mots: on pourrait peut-être dire que l’archéologie, ce serait la méthode propre à l’analyse des discursivités locales, et la généalogie, la tactique qui fait jouer à partir des discursivités locales ainsi décrites les savoirs désassujettis qui s’en dégagent. Cela, pour restituer le projet d’ensemble”. FOUCAULT, Michel. Cours du 7 janvier 1976. IN: *Dits et Écrits*. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v.III, 1994. p.167.

⁷²⁹ NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral: Uma Polêmica*. Trad. Paulo César de Souza. – São Paulo: Companhia das Letras, 1998. pp.17 e ss.

⁷³⁰ “Par archéologie, je voudrais désigner non pas exactement une discipline, mais un domaine de recherche, qui serait le suivant: Dans une société, les connaissances, les idées philosophiques, les opinions de tous les jours, mais aussi les institutions, les pratiques commerciales et policières, les mœurs, tout renvoie à un certain savoir implicite propre à cette société. Ce savoir est profondément différent des connaissances que l’on peut trouver dans les livres scientifiques, les théories philosophiques, les justifications religieuses, mais c’est lui qui rend possible à un moment donné l’apparition d’une théorie, d’une opinion, d’une pratique. Ainsi, pour que s’ouvrent à la fin du XVII^e siècle les grands centres d’internement dans toute l’Europe, il a fallu un certain savoir de la folie opposée à la non-folie, de l’ordre et du désordre, et c’est ce savoir-là que j’ai voulu interroger, comme condition de possibilité des connaissances, des institutions et des pratiques.

Ce style de recherche a pour moi l’intérêt suivant: il permet d’éviter tout problème d’antériorité de la théorie par rapport à la pratique, et inversement. Je traite en fait sur le même plan, et selon leurs

without ever, however, aiming at revealing its origin; reuniting a single and formal general theory of power with hierarchical scientific knowledge or; believing that human reasoning will always pursue the praise of the consecration of its humanist and superior tendencies compared to the past historical forms (the infallibility of the course of the civilizing process).

In his master work, *Surveiller et Punir (Discipline and Punish)*, Foucault analytically describes the manner in which the history of prison is mixed up with the power to punish and, in the same way, reflects the reasoning (the knowledge) of a punishment appropriate to the dominant mode of production. The relationship is designed in the following manner: knowledge influences power and does not serve only as an ideological carrier, but also that of education and the accumulation of power⁷³¹, as well as the power determining the new horizons of knowledge.⁷³²

Furthermore, this relationship of power-knowledge and knowledge-power is marked by the instability of its constituent elements, and each oscillation of its multiple variables and factors (techniques, coercions and adjustments) imply a possible reformulation of a truthful discourse, without ever being, obviously, neutral⁷³³. In this mode, there will never be hegemony of what is considered the “truth”, but an unstable predominance of a determined discourse, as opposed to many others with their own truths produced by the machinations of power⁷³⁴. The genealogical method adopted by Foucault allowed him to analyze the “*politics of truth construction*”⁷³⁵.

isomorphismes, les pratiques, les institutions et les théories, et je cherche le savoir commun que les a rendues possibles, la couche du savoir constituant et historique. Plutôt que de chercher à expliquer ce savoir du point de vue du pratico-inerte, je cherche à formuler une analyse de ce qu'on pourrait appeler le 'théorico-actif'". FOUCAULT, Michel. Les Mots et les Choses. IN: **Dits et Écrits...** v.I. pp.498/499.

⁷³¹BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal. Tese de Doutorado, UFPR, 2005.p.86.

⁷³²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *30 Anos de Vigiar e Punir...* pp.01/02

⁷³³“*Les pratiques discursives ne sont pas purement et simplement des modes de fabrication de discours. Elles prennent corps dans des ensembles techniques, dans des institutions, dans des schémas de comportement, dans des types de transmission et de diffusion, dans des formes pédagogiques qui à la fois les imposent et les maintiennent.*”. FOUCAULT, Michel. La volonté de savoir. IN: **Dits et Écrits...** v.II.p.241.

⁷³⁴BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização ... pp.77/78.

⁷³⁵FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito. São Paulo: Max Limonad, 2002.p.158..

Another example of the relationship between reasoning and disciplinary power resides in the manner in which the work contract, laid out over laborers' lifetimes, plunders their skills, aptitudes and personal practices to perfect the productive knowledge and obtain the best results with this experience and outside knowledge. In the end, they are alienated from the product that his own knowledge produces and, consequently, intensifies the discipline in operation.

The history of forms of punishment as the history of the modern soul in judgment, centers on objects not necessarily legal, such as economic management, organizational and representativeness of power, ultimately, on the political investment over the body – the *political technology of the body* that produces individuals⁷³⁶.

Therefore, primarily, in the Middle-Ages punishment had as its purpose the demonstration of real absolute power, the incontestable affirmation of the higher authority over an individual bold enough to question it, committed, however, a typical act of high treason (*lèse-majesté*). The exercise of punishment was enabled by an inquisitorial process characterized by written rites, a solitary judge and the single agent of the probationary production, torture practices to extract the “real truth” – the confession⁷³⁷. After these secret and paranoid rites, the punishment was carried out in public, in a spectacular way, to capture the emotions, fetishes, and all sorts of cruel sentiments, denominated as corporal punishment, a power mechanism whose function was to establish a real extortion from the body and (re)affirm and reproduce the truth of the crime in a pedagogical manner⁷³⁸.

⁷³⁶ “Je crois qu’aujourd’hui l’individualité est complètement contrôlée par le pouvoir, et que nous sommes individualisés, au fond, par le pouvoir lui-même. Autrement dit, je ne pense nullement que l’individualisation s’oppose au pouvoir, mais, au contraire, je dirais que notre individualité, l’indentité obligatoire de chacun est l’effet et un instrument du pouvoir, ce que ce dernier craint le plus: la force et la violence des groupes.” FOUCAULT, Michel. Folie, une question de pouvoir. IN: **Dits et Écrits**...v.II.p.663.

⁷³⁷ “Jusqu’au XVIII^e siècle, avec l’absolutisme monarchique, le supplice ne jouait pas le rôle de réparation morale, mais avait plutôt le sens d’une cérémonie politique. Le délit, en tant que tel, était à considérer comme un défi à la souveraineté du monarque; il troublait l’ordre de son pouvoir sur les individus et sur les choses.” FOUCAULT, Michel. La prison vue par un philosophe français. IN: **Dits et Écrits**...v.II.p.726.

⁷³⁸ FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault ... pp. 127/128.

The questioning of the sovereign monarchical power gave birth to a legal form (the Law) with its own truth, serving to mask the domination that continued to exist in another form, however, hereafter hidden and connected to the idea of absolute respect for the sovereignty of the Modern State, moulded by rights and fundamental guarantees, many times void of any material significance⁷³⁹.

The *Genealogical-Foucaultian* analysis of power, spread during most of the initial phase of his work, enumerated some principals, or *gnoseo-methodological preoccupations*, which are above the categories of disciplinary power or bio-power⁷⁴⁰, that is to say, presenting itself in two forms – those, not hindering, not antagonistic, but complementary:

a) The Principle of Dejurisdiction or the Principle of Locality

The first principle is that of Dejurisdiction of Power (or locality)⁷⁴¹, that is to say, one cannot seek to understand this manifestation, starting with the Law, or a central privileged or exclusive institution (the State), only by the peripheral, specific and disseminated mechanisms in various localities, together with the widest variety of techniques and instruments. Power permeates the crudest of social relationships, not being hostage to any of them, but forming with them a symbiosis, marked by the

⁷³⁹BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização ...pp.81/82.

⁷⁴⁰POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder. IN: Revista de Cultura e Política. v. 63 - São Paulo: Lua Nova. 2004.pp.179/181.

⁷⁴¹“Pour mener l’analyse concrète des rapports de pouvoir, il faut abandonner le modèle juridique de la souveraineté. Celui-ci, en effet, présuppose l’individu comme sujet de droits naturels ou de pouvoirs primitifs; il se donne pour objectif de rendre compte de la genèse idéale de l’État; enfin, il fait de la loi la manifestation fondamentale du pouvoir. Il faudrait essayer d’étudier le pouvoir non pas à partir des termes primitifs de la relation, mais à partir de la relation elle-même en tant que c’est elle qui détermine les éléments sur lesquels elle porte: plutôt que de demander à des sujets idéaux ce qu’ils ont pu céder d’eux-mêmes ou de leurs pouvoirs pour se laisser assujettir, il faut chercher comment les relations d’assujettissement peuvent fabriquer des sujets.” FOUCAULT, Michel. Il faut défendre la société.. IN: **Dits et Écrits**...v.III.p.124.

microphysical capillarity. However, the nucleus of power is formally contained in the notion of *right* and *truth*⁷⁴².

b) The Principle of Externality or the Principle of Objectification

In second place is the Principle of Externality or Objectification⁷⁴³, which limits one's comprehension not through mere subjective internal intentions or manifestations lacking in practice: it exists in order to take action. Power only possesses significance in contact with its object, in its field of application, that is, it is *immanent*⁷⁴⁴. One cannot say that there are individuals outside this mechanism of power: everyone is for it, in some form, agglutinated and linked, whilst the intellectual elaborations are not independent of the material applications⁷⁴⁵.

c) The Principle of Circularity or the Principle of Transitoriness

The third route is connected to the Principle of Transitoriness or the Circularity of Power⁷⁴⁶, which can be manifested in diverse places at the same time,

⁷⁴² "Ce que j'ai essayé de parcourir, depuis 1970-1971, c'était en gros, le 'comment' du pouvoir. Étudier le 'comment' du pouvoir, c'était essayer de saisir ses mécanismes entre deux limites: d'un côté, les règles de droit qui délimitent formellement le pouvoir, et d'un autre côté, l'autre limite serait les effets de vérité que ce pouvoir produit et qui, à leurs tour, reconduisent le pouvoir. Donc, triangle: pouvoir-droit-vérité" FOUCAULT, Michel. Cours du 14 janvier 1976. IN: **Dits et Écrits**...v.III.p.175.

⁷⁴³ "(...) il ne s'agissait pas d'analyser le pouvoir au niveau de l'intention ou de la décision, de chercher à la prendre du côté intérieur, de poser la question, je crois labyrinthique, qui consiste à demander: qui donc a le pouvoir? qu'est-ce qu'il a dans la tête? qu'est-ce qu'il cherche, celui qui a le pouvoir? Mais d'étudier le pouvoir au contraire du côté où son intention il y a, est entièrement investie à l'intérieur de pratiques réelles." FOUCAULT, Michel. Cours du 14 janvier 1976. IN: **Dits et Écrits**...v.III.p.179.

⁷⁴⁴ POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além ...p.182.

⁷⁴⁵ BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização ... pp.75/77.

⁷⁴⁶ "Le pouvoir, je crois, doit être analysé comme quelque chose qui circule, ou, plutôt, comme quelque chose qui ne fonctionne qu'en chaîne; il n'est jamais approprié comme une richesse ou un bien. Le pouvoir fonctionne, le pouvoir s'exerce en réseau et, sur ce réseau, non seulement les individus circulent, ils sont toujours en position de subir et aussi d'exercer ce pouvoir; il ne sont jamais la cible inerte ou consentante du pouvoir, ils en sont toujours les relais. Autrement dit, le pouvoir transite par les individus, il ne s'applique à eux." FOUCAULT, Michel. Cours du 14 janvier 1976. IN: **Dits et Écrits**...v.III.p.180.

in successive, fluctuating degrees of intensity. The power transits and contains the individuals as psychological causes of individual history, but does not summarise the dual or binary perspective of the subjugator and subjugated, in fact it is revealed as a multiform or plural form⁷⁴⁷

Therefore, this power cannot be stored, conserved, detained or appropriated, as well as being subtracted or divided; it simply functions and manifests itself in an eternal activity by means of the systematic application of intermediating techniques, for the individual caught up in its web.

d) The Principle of Ascendability

The Principle of the Ascension to Power⁷⁴⁸, understood not only in the vision of a corporative political philosophy as seen as being from the top down, in a global and general form, in a transformation process of people into subjects – i.e. *The Leviathan* -, contains an archeological analysis that tries to understand the ascendant nature of power starting from molecular and infinitesimal mechanisms, each one with its own story, its own trajectory, its own strength and its own tactics⁷⁴⁹.

⁷⁴⁷POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além ...p.182.

⁷⁴⁸“Je crois qu’il faut, au contraire – c’est une précaution de méthode à suivre-, faire une analyse ascendante du pouvoir; c’est-à-dire partir des mécanismes infinitésimaux, qui ont leur propre histoire, leur propre trajet, leur propre technique et tactique, et puis voir comment ces mécanismes de pouvoir, qui ont donc leur solidité et, en quelque sorte, leur technologie propre, ont été et sont encore investis, colonisés, utilisés, infléchis, transformés, déplacés, étendus par des mécanismes de plus en plus généraux et des formes de domination globale.” FOUCAULT, Michel. Cours du 14 janvier 1976. IN: **Dits et Écrits**...v.III.p.181.

⁷⁴⁹BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização ... Tese de Doutorado, UFPR, 2005.p.84.

e) The Principle of Non-Ideologization

The principle of Non-Ideologization of Power⁷⁵⁰ affirms that it finds itself detached from all ideologies, whilst structured with a knowledge and rational base that is not to say, in some mode, not impregnated with diverse ideologies in the techniques of knowledge. The power base is the form of accumulation and acquisition of these technologies, whilst the form of execution corresponds to the mechanism of circulation of the same knowledge. Therefore, the single interpretation is not of power, necessarily linked to repression or to oppression⁷⁵¹, or perhaps, there is not only its Machiavellian conception, especially because, if it is only limited and constrained, it will certainly not be obeyed and internalized by the subjugated⁷⁵².

f) The Positivist Principle or The Principle of Productivity

The Positivist Principle or Productivity of Power⁷⁵³, which abandons the imposition of negative effects of a single repressive hypothesis (the sovereign that

⁷⁵⁰ “Il se peut bien que les grandes machineries de pouvoir soient accompagnées de production d'idéologies; il y a eu sans doute, par exemple, une idéologie de l'éducation; il y a eu une idéologie du pouvoir monarchique, une idéologie de la démocratie parlementaire, mais, à la base, au point d'aboutissement des réseaux de pouvoir, ce qui se forme, je ne crois pas que ce soient des idéologies. C'est beaucoup moins et, je crois, beaucoup plus: ce sont des instruments effectifs de formation et de cumul de savoir, ce sont des méthodes d'observation, des techniques d'enregistrement, des procédures d'investigation et de recherche, ce sont des appareils de vérification.” FOUCAULT, Michel. Cours du 14 janvier 1976. IN: **Dits et Écrits**...v.III.pp.183/184.

⁷⁵¹ “Je crois, sans trop me vanter, m'être tout de même méfié depuis assez longtemps de cette notion de 'répression', et j'ai essayé de vous montrer, à propos justement des généalogies dont je parlais tout à l'heure, à propos de l'histoire du droit pénal, du pouvoir psychiatrique, du contrôle de la sexualité enfantine, etc., que les mécanismes qui étaient mis en œuvre dans ces formations de pouvoir étaient tout autre chose, bien plus, en tout cas, que la répression.” FOUCAULT, Michel. Cours du 7 janvier 1976. IN: **Dits et Écrits**...v.III.p.173.

⁷⁵² BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização ... pp.78/79.

⁷⁵³ “La règle des **emplacements fonctionnels** va peu à peu, dans les institutions disciplinaires, coder un espace que l'architecture laissait en général disponible et prêt à plusieurs usages. Des places déterminées se définissent pour répondre non seulement à la nécessité de surveiller, de rompre les communications

manifests itself in the destruction of bodies, or restrained and observed them, is substituted by disciplinary power) in order to extract the positive effects, the multiplication of knowledge and the induction of more power in the mechanics of its anatomy⁷⁵⁴.

g) The Principle of Non-Centrality or The Principle of Non-Unity

This principle expresses the impossibility of the centrality and unity in the conduct of power⁷⁵⁵. For Foucault⁷⁵⁶ the State and the Law represented terminal sources of power, manifestations of other innumerable multiple forces, mobile, unequal, unstable, that is, the focus of knowledge-power⁷⁵⁷. The functioning of power reminds one of a network of games in which everything is inserted and contains its own strategies and manoeuvres and is not linked in a legal way, imposed unilaterally⁷⁵⁸.

dangereuses, mais aussi de créer un espace utile.”. FOUCAULT, Michel. Surveiller et punir: naissance de la prison. Éditions Gallimard, 1975.pp.168/169.

⁷⁵⁴POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além do Poder Disciplinar e do Biopoder. IN: Revista de Cultura e Política. v. 63 - São Paulo: Lua Nova. 2004.pp.186/189.

⁷⁵⁵“il ne s’agit pas d’analyser les formes réglées et légimites du pouvoir en leur centre, dans ce que peuvent être ses mécanismes généraux ou ses effets d’ensemble, il s’agit, au contraire, de saisir le pouvoir à ses extrémités, dans ses derniers linéaments, là où il devient capillaire. C’est-à-dire prendre le pouvoir dans ses formes et ses institutions les plus régionales, les plus locales, là où le pouvoir, débordant les règles de droit qui l’organisent et le délimitent, se prolongue au-delà de ces règles, s’investit dans des institutions, prend corps dans des techniques et se donne des instruments d’intervention matériels, éventuellement même violents”.FOUCAULT, Michel. Cours du 14 janvier 1976. IN: **Dits et Écrits**...v.III.pp.178/179

⁷⁵⁶“De même, plutôt que de rechercher la forme unique, le point central d’où toutes les formes de pouvoir dériveraient par voie de conséquence ou de développement, il faut d’abord les laisser valoir dans leur multiplicité, leurs différences, leurs spécificité, leur réversibilité: les étudier donc comme des rapports de force qui s’entrecroisent, renvoient les uns aux autres, convergent ou au contraire s’opposent et tendent à s’annuler.”. FOUCAULT, Michel. Il faut défendre la société. IN: **Dits et Écrits**...v.III.p.124.

⁷⁵⁷POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além ...p.188.

⁷⁵⁸BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização ... p.75.

h) The Principle of Immateriality

The *immateriality* of power⁷⁵⁹ renders, in other words, that it is everywhere and nowhere materializing completely, only in the bodies of the subjugated individuals. The focus cannot be totally rash for a group of people, hence, it cannot possess a single title and is *immanent and non-subjective*⁷⁶⁰. Power is unrelated to the constitution of the focus of knowledge, which strengthens or weakens the old network and/or forms new power relationships, mutually complementary to practices and techniques.

II. Disciplinary Power → Disciplinary Society

The increase in incarceration, which coincides with the origins of modern capitalism, implicates the inversion by which the criminal process turned public, whilst the penal execution was confined within the walls of a prison archipelago, far away from curious, vindictive eyes, even forgotten. The punishment, henceforth, arrogated the legal interest which all of us possess – time – and establishes the privation of liberty for the general equivalent of the debt the condemned owes to society⁷⁶¹.

Foucault demonstrates that there has not been an evolution of corporal punishment to imprisonment, in which the liberal theoretical conquest has been weighed; but instead, a new reorganization of the tactical politics of domination for a refinement of scientific knowledge, or even, supposedly neutral knowledge⁷⁶².

⁷⁵⁹ “Le pouvoir, je crois, doit être analysé comme quelque chose qui circule, ou, plutôt, comme quelque chose qui ne fonctionne qu’en chaîne; il n’est jamais approprié comme une richesse ou un bien(...)”. FOUCAULT, Michel. Cours du 14 janvier 1976. IN: **Dits et Écrits**...v.III.p.180.

⁷⁶⁰ POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além ... pp.187/188.

⁷⁶¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir ...p.02.

⁷⁶² “Vous voulez me faire dire qu’on ne supplicie plus maintenant. C’est vrai, on ne supplicie plus. Mais enfin vous savez bien que les supplices se sont déplacés maintenant et que la police, qui est également une

The body, the symbolic object of the old corporal punishment, persists in the centrality of the technology of power, in the context of the relationship of power established in this social subsystem; whilst prison has a violent effect on the same body it encloses. The punitive system, instead of destroying it, aims to extract the maximum economic benefit.

Establishing, at this time, a political economy of bodies which subjugates reticent or rebellious men to the relationship of domination (complementing the Marxist base of Critical Criminology – to the relationships with production) to mould them, for the constant, automatic disciplinary dose, of docile and wasted bodies. This discipline, in the penal system, does not escape the rule of *microphysics*, when all the mechanisms of normalization of the subject introduces itself into the strategy of the dominant classes to establish a total ideology of submission of “abnormals”⁷⁶³, in which the soul turns itself into a prison in the condemned man’s body.

The normalization of the subject appears, through critical analysis, to be a contradiction in terms, once of a “normal” moral has been imposed- consistent with nothing more than the legal base for the discipline of the productive workforce, removing the subjectivity of the subject, which is singular, lowering it to the condition of a subjugated object. Whilst the other theories of Critical Criminology concentrate on the negative effects of imprisonment, Foucault, in conclusion,

institution nouvelle, date justement du moment où les supplices ont disparu. Alors la consigne a été: non plus quelques grands supplices éclatant, et on laisse courir les autres criminels, mais tout le monde doit être puni de façon systématique, que chaque crime soit puni. À partir de ce moment-là, il a fallu que la justice se double d’une institution nouvelle que a été la police. Or la police, elle, pour savoir la vérité, vous savez parfaitement qu’elle utilise, et plus en plus, des moyens qui sont des moyens violents. La police supplicie.” FOUCAULT, Michel. Radioscopie de Michel Foucault. IN: **Dits et Écrits**...v.II.p.795.

⁷⁶³“*L’individu à corriger. C’est un personnage plus récent que le monstre. Il est corrélatif moins des impératifs de la loi et des formes canoniques de la nature que des techniques de dressage avec leurs exigences propres. L’apparition de l’incorrigible’ est contemporaine de la mise en place des techniques de discipline, à laquelle on assiste, pendant le XII^e et le XIII^e siècles – à l’armée, dans les écoles, des les ateliers, puis, un peu plus tard, dans les familles elles-mêmes. Les nouvelles procédures de dressage du corps, du comportement, des aptitudes ouvrent le problème de ceux qui échappent à cette normativité qui n’est plus la souveraineté de la loi.*” FOUCAULT, Michel. Les Anormaux. IN: **Dits et Écrits**...v.II.p.824.

denuded its positive effects – to seek the docility and utility of isolated and subjugated bodies, by the punitive power of technology⁷⁶⁴.

Thus, the *illegality of bodies* characteristic of an agrarian feudal system was replaced by: (1) the *illegality of goods* in the capitalist economy marked by the material privation in contradiction of the relationship between labor/means of production, in which the refuge of the working-class is not assimilated into the productive and private processes of liberty; and by the (2) *illegality of rights* of the bourgeoisie and instigated by the profit motive, tolerated socially and not punished by courts, at the most, the application of pecuniary sanctions. This dualism demonstrates the connection of the punitive system not with the *suppression* of criminality, but with its *differential agent*⁷⁶⁵.

If, before, in the feudal and proto-mercantilism period, wealth was expressed as the possession of land, spices, coins and precious stones which could be a negotiating tool between individuals; at the end of the XVII century wealth was invested in accumulated amounts that exposed the degradation of the dispossessed population, therefore, with a view to protecting the material fortune, it required the installation of control mechanisms⁷⁶⁶.

The interpretation of the motive which brought prison from a marginal status in feudal society, with its high costs and uneasy control, to the central prison archipelago is, for this reason, the extensive and pulverized utilization of social control, found in discipline. It corresponds to the true microphysics instituted by the

⁷⁶⁴CIRINO DOS SANTOS, Juares. 30 anos de Vigiar e Punir (FOUCAULT) ... pp.02/03.

⁷⁶⁵“La prison crée et maintient une société de délinquants, le milieu, avec ses règles, sa solidarité, sa marque morale d’infamie. L’existence de cette minorité délinquante, loin d’être la mesure éclatante d’un échec, est très importante pour la structure du pouvoir de la classe dominante.

Sa première fonction est celle de disqualifier tous les actes illégaux qui sont regroupés sous une commune infamie morale. Il n’en allait pas ainsi auparavant: bon nombre des actes illégaux commis par le peuple étaient en réalité tolérés. Maintenant, ce n’est plus possible, le délinquant, fruit de la structure pénale, est d’abord un criminel comme quiconque enfreint la loi, pour quelque raison que ce soit. Ensuite on crée une structure intermédiaire dont se sert la classe dominante pour ses illégalismes: ces sont les délinquants, justement, qui la constituent.” FOUCAULT, Michel. La prison vue par un philosophe français. IN: *Dits et Écrits*...v.II.pp.729/730.

⁷⁶⁶FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault ... p.168.

domination of individual bodies (*units of productive capacity*) disassociating them from the personal will of the detainer's energy, which no longer has control over the primary use⁷⁶⁷. It was in the generalization of prisons as the most common form of punishment that the strategies of control over the body and discipline gained their best level of achievement, without needing to exclude people that present normalization potential yet setting the conduct and fixing the individuals:

The device 'par excellence' of disciplinary power was the Panopticon (pan-optic – which sees everything, the “*Œuf du Colombo*” of politics⁷⁶⁸), originally conceived by Jeremy Bentham⁷⁶⁹ in the form of a circular construction, in the center of which existed a monitoring tower capable of identifying and singling out each of those submitted in its exterior ring. Due to the conscience of the surveilled of the constant surveillance, this became objectively unnecessary, thus, its potentiality sufficed in the end to permit the automatic exercise of control and the internalization of the sensation of control in the new anatomy of control⁷⁷⁰.

Through the Panopticon, in principle, individuals discipline themselves through their own devices, by virtue of the omnipresence of a visual control, which demands from them permanent training and correction. This mode is not essential for exercising violence or brut force in order to make the disciplinary flow work: this is the greatest victory of this disciplinary technology; obtaining the maximum

⁷⁶⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir ... p.03.

⁷⁶⁸“*Le principe étant: à la périphérie, un bâtiment en anneau; au centre, une tour; celle-ci est percée des larges fenêtres qui ouvrent sur la face intérieure de l'anneau. Le bâtiment périphérique est divisé en cellules, dont chacune traverse toute épaisseur du bâtiment. Ces cellules ont deux fenêtres: l'une, ouverte, vers l'intérieur, correspondant aux fenêtres de la tour; l'autre, donnant sur l'extérieur, permet à la lumière de traverser la cellule de part en part. Il suffit alors de placer un surveillant dans la tour centrale, et dans chaque cellule d'enfermer un fou, un malade, un condamné, un ouvrier ou un écolier. Par l'effet du contre-jour, on peut saisir de la tour, se découpant dans la lumière, les petites silhouettes captives dans les cellules de la périphérie. En somme, on inverse le principe du cachot; la pleine lumière et le regard d'un surveillant captent mieux que l'ombre, qui finalement protégeait.*” FOUCAULT, Michel. L'Œil du pouvoir. IN: **Dits et Écrits...**v.III. pp.190/191.

⁷⁶⁹BENTHAM, Jeremy. O panóptico. Trad.: Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

⁷⁷⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir .. p.04.

utility with the least expenditure, exactly as in the *cost/benefit* correlation characteristic of capitalism⁷⁷¹.

The construction of the Panopticon form was more or less incorporated by several diverse organizations in civil society – such as factories, schools, hospitals and mental asylums -, as well as state agencies – courts, barracks and prisons⁷⁷². The result is the structuring of a *disciplinary society*, in which the disciplinary methods (*vigilance*, *sanction* and *examination*) are employed intuitively to augment the useful strength of the bodies in functional and predetermined processes, as well as diminishing its political force (resistance), acting automatically and microphysically.

In this fashion, prison consisted of *legal-economic* apparatus which collected the *debt of the crime* in exchange for the time of liberty (the modulation equivalent to the punishment), as well, the *Panopticon technical-disciplinary apparatus* helped in the factory – the principal institution of capitalist society - which exercised coercion over the condemned, who submitted to the power of work for training and isolated them in a hostile environment with the consequent rupture of the horizontal relationships, substituted, then, by vertical relationships of control and vigilance.

Incarceration has the apparent ideological objectives (*declared functions*) of repression and the reduction in criminality. By means of *positive effects* emanating from the mechanisms of power, studied by Foucault, the *real objectives* of differential repression (*selective*) of criminality and the organization of delinquency were revealed; this inverted the operation that inserted occasional delinquents into permanent criminal careers (recidivism), as a political tactic of submission and a rhetorical justification for control⁷⁷³. The real objective is the

⁷⁷¹POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além ... p.193

⁷⁷²“*Les tribunaux, les prisons, les hôpitaux, les hôpitaux psychiatriques, la médecine du travail, les universités, les organismes de presse et d’information: à travers toutes ces institutions et sous des masques différents, une oppression s’exerce qui est à sa racine une oppression politique*”. FOUCAULT, Michel. Préface à Enquête dans vingt prisons. IN: **Dits et Écrits**...v.II. p.195.

⁷⁷³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir ... pp.05/06.

single explanation for the reposturing, repeated for more than 200 years, of the same weak project – the *reformist isomorphism* of prison⁷⁷⁴; in truth, it is an institutional success assimilating its declared objective pretensions into its real objectives⁷⁷⁵.

The discipline comprises, with the intention to realize its operationability, *arquitectonic, functioning and hierarquical proposals*⁷⁷⁶. Reuniting people in a heterogeneous space, each one in their place and in each place an individual, to avoid the waste of production with vagrancy, absenteeism or useless agglomerations, to equate the exact moods and the distances, the measurement of time, the regularization of communication and the simplification inside the work chain, as well as punishing the guilty, normalizing them and classifying them for merit and demerit, in a meticulous and insane measuring⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴“(…) j’ai l’impression que les difficultés et contradictions que la pratique pénale a rencontrées au cours des deux derniers siècles n’ont jamais été réexaminées à fond. Et, depuis maintenant cent cinquante ans, ce sont exactement les mêmes notions, les mêmes thèmes, les mêmes reproches, les mêmes critiques, les mêmes exigences qui sont répétées, comme si rien n’avait changé, et, en un sens, en effet, rien n’a changé. À partir du moment où une institution qui présent tant d’incovénients, qui suscite tant de critiques ne donne lieu qu’à la répétition indéfinie des mêmes discours, le ‘bavardage’ est un symptôme sérieux. (..) Il faut distinguer différentes choses dans l’analyse d’une institution. Premièrement, ce qu’on pourrait appeler sa rationalité ou sa fin, c’est-à-dire les objectifs qu’elle se propose et les moyens dont elle dispose pour atteindre ces objectifs; c’est en somme le programme de l’institution tel qu’il a été défini: par exemple, les conceptions de Bentham concernant la prison. Deuxièmement, il y a la question des effets. Évidemment, les effets ne coïncident que très rarement avec la fin; ainsi l’objectif de la prison-coorection, de la prison comme moyen d’amendement de l’individu n’a pas été atteint: l’effet a été plutôt inverse, et la prison a plutôt reconduit les comportements de délinquance. Or lorsque l’effet ne coïncide pas avec la fin, il y a plusieurs possibilités: ou bien on réforme, ou bien on utilise ces effets à quelque chose qui n’était pas prévu au départ, mais qui peut parfaitement avoir un sens et une utilité.” FOUCAULT, Michel. Qu’appelle-t-on punir?. IN: **Dits et Écrits...**v.IV.p.639.

⁷⁷⁵CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir ... p.05.

⁷⁷⁶BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização ... p.95.

⁷⁷⁷“A chaque individu, sa place; et en chaque emplacement, un individu. Éviter les distributions par groupes; décomposer les implantations collectives; analyser les pluralités confuses, massives ou fuyantes. L’espace disciplinaire tend à se diviser en autant de parcelles qu’il y a de corps ou d’éléments à répartir. Il faut annuler les effets des répartitions indécises, la disparition incontrôlée des individus, leur circulation diffuse, leur coagulation inutilisable et dangereuse; tactique d’antidésertion, d’antivagabondage. d’antiagglomération. Il s’agit d’établir les présences et les absences, de savoir où et comment retrouver les individus, d’instaurer les communications utiles, d’interrompre les autres, de pouvoir à chaque instant surveiller la conduite de chacun, l’apprécier, la sanctionner, mesurer les qualités ou les mérites. Procédure donc, pour connaître, pour maîtriser et pour utiliser. La discipline organise un espace analytique.” FOUCAULT, Michel. Surveiller et punir...p.168.

The linking of disciplinary power not only inside cells, or in the analysis of the productive process⁷⁷⁸, but also the natural and organic individuality captured in the gearing of this social and corporal microcapilarity, explains the exportation of disciplinary stratagems in the direction of non-industrial environments⁷⁷⁹.

Disciplinary power, which is found equally in the outskirts and depends on its invisibility to work, by being, unverifiable, inverts the poles of visibility and centrality of sovereign power, in which the monarch personified the manifestation of descending absolute power (from above to below) and, thus, was the single center.⁷⁸⁰ Their functions engendered a disciplinary *continuum*, disseminating the effects of the grand institutions, the most innocent practices, the least illegality, the minimum irregularity, anomaly or deviation. Where it touched upon punishment, one could talk about an incarcerating *continuum*, in the penitentiary wall, and the annexes, informal control and, including, the threat of delinquency, yet to be externalized.

The diverse mechanisms of discipline, that augment economic productivity and utility, have their point of interaction in the minutiae and subtleties (political anatomy of *details* in the bodies capillarity invested with discipline)⁷⁸¹ which manifests itself in three principle methods, outlined below.

⁷⁷⁸“Depuis des siècles règne toute une politique du corps. Le corps humain, en effet, a été, depuis les XVII et XVIII siècles, à la fois utilisé, quadrillé, enserré, encorseté comme force de travail. Cette politique consistait à en extraire le maximum de forces utilisables pour le travail, et le maximum de temps utilisable pour la production. Actuellement, ce qui est mis en question, c’est ceci: ‘va-t-on pouvoir ou non récupérer sans propre corps, et aussi le corps des autres – avec tous les rapports que cela implique – pour autre chose que cette utilisation de la force de travail.’”. FOUCAULT, Michel. *Séxualité et politique*. IN: **Dits et Écrits**...v.II.p.537.

⁷⁷⁹BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização* p.96.

⁷⁸⁰POGREBINSCHI, Thamy. *Foucault, Para Além* p.191.

⁷⁸¹FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault ... pp.173/188.

a) Hierarquical Vigilance

To achieve the functional articulation of bodies in productive systems, the first method which discipline needs is *hierarquical vigilance*⁷⁸², which assembles vertical networks in the control of disconnected bodies, affecting the devices that use the logic of observation techniques (*obliged to watch*), establishing a complete visualization whilst continuing to evolve the productive processes⁷⁸³. Its extreme manifestation is the *Panopticon*.

The *hierarquical vigilance* is the principal mechanical gearing of disciplinary power, propagating discipline above the limits of closed institutions, minutely distributing the automatic and deindividualized exercise of power, at the same time in which it individualizes those submitted, imprisoned by its complex web. This continuous and hierarquical network, in illustrative terms, forms a pyramid (without a center) or a diagram, as Deleuze conjectured⁷⁸⁴. No point of view will be permanently obscured to the playful eye over the multiplicity of humanity.

b) Normalized Sanctions

The *normalized sanctions*⁷⁸⁵ constitutes a real double-hander, punishing and degrading those that deviate from the expected norms, with a view to reducing

⁷⁸² “L’exercice de la discipline suppose un dispositif qui contraigne par le jeu du regard; un appareil où les techniques qui permettent de voir induisent des effets de pouvoir, et où, en retour, les moyens de coercition rendent clairement visibles ceux sur qui ils s’appliquent. Lentement au cours de l’âge classique, on voit se construire ces ‘observatoires’ de la multiplicité humaine pour lesquels l’histoire des sciences a gardé si peu de louanges. A côté de la grande technologie des lunettes, des lentilles, des faisceaux lumineux qui a fait corps avec la fondation de la physique et de la cosmologie nouvelles, il y a eu les petites techniques des surveillances multiples et entrecroisées, des regards qui doivent voir sans être vus; un art obscur de la lumière et du visible a préparé en sourdine un savoir nouveau sur l’homme, à travers des techniques pour l’assujettir et des procédés pour l’utiliser”. FOUCAULT, Michel. Surveiller et punir...p.201.

⁷⁸³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir ... p.04.

⁷⁸⁴ POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além ... pp.192/193.

⁷⁸⁵ “Mais la discipline porte avec elle une manière spécifique de punir, et qui n’est pas seulement un modèle réduit du tribunal. Ce qui relève de la pénalité disciplinaire, c’est l’inobservation, tout ce qui s’en éloigne,

the damage through micro-penalties and, at the same time, recompensating and promoting the merit of the efficient⁷⁸⁶.

One could say that this method while sanctioning, at the same time as normalizing, acts as a final penal mini-system, less punitive than corrective, according to the individual's specifications. Normalization across all of the complex disciplinary points of the web, in comparison, differentiates and homogenizes⁷⁸⁷ and has as its aim not specific crimes, but small deviations in normalization, such as delays in the work routine, unjustified interruptions, lack of zeal and care or some other disregard for the internal corporate regulations. As well as this, more than just punishment is involved, since it implicates the realization of the required and expected habit that has not been concretized by sanctioning⁷⁸⁸.

c) The Examination

The *examination*⁷⁸⁹ unites sanction and vigilance to reconstitute the "individuality" as an effect and object in the network of relationships between power and knowledge (techniques of correction)⁷⁹⁰. To compare, evaluate, classify, and exclude, through normalization and utilizing vigilance, for maximizing the forces and productivity, permeates the content of the examination, the articulation

les écarts. Est pénalisable le domaine indéfini du non-conforme: (...) Le châtement disciplinaire a pour fonction de 'reduire les écarts. Il doit être essentiellement correctif.' FOUCAULT, Michel. Surveiller et punir...pp.210/211.

⁷⁸⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir ... p.04.

⁷⁸⁷POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além ... p.194.

⁷⁸⁸FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault ... pp.177.

⁷⁸⁹"L'examen combine les techniques de la hiérarchie qui surveille et celles de la sanction qui normalise. Il est un regard normalisateur, une surveillance qui permet de qualifier, de classer et de punir. Il établit sur les individus une visibilité à travers laquelle on les différencie et on les sanctionne. C'est pourquoi, dans tous les dispositifs de discipline, l'examen est hautement ritualisé. En lui viennent se rejoindre la cérémonie du pouvoir et la forme de l'expérience, le déploiement de la force et l'établissement de la vérité. Au cœur des procédures de discipline, il manifeste l'assujettissement de ceux qui sont perçus comme des objets et l'objectivation de ceux qui sont assujettis. La superposition des rapports de pouvoir et des relations de savoir prend dans l'examen tout son éclat visible". FOUCAULT, Michel. Surveiller et punir...p.217.

⁷⁹⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir ... p.04.

between the two previous methods.⁷⁹¹ The examination instrument realizes the perfect articulation between the power strategies and the formation of a clear dominion of knowledge, to the extent that they are archived and registered as individuals as if they were “cases” to be documented and, at the same time, setting up other normalized individuals - more docile and useful -, although not autonomous⁷⁹².

III. Biopower and Governmentality

Biopower (or *biopolitics*⁷⁹³), adapting and complementing disciplinary power, as well as having sovereignty over it, manifests itself excessively in *normalized societies*: at another level of techniques and instruments contemporaneous to the disciplinary processes, it does not permit the domestication of individual bodies and the maximization of useful forces, but affects the population as a whole, their lives and the other processes birth, longevity and mortality; finally, possessing the aspect of mass-propaganda.⁷⁹⁴

In order to intervene in the collective processes and phenomena (and not in singular bodies), biopower creates regulatory mechanisms – such as pensions, insurance and public health - and produces knowledge (generally statistical and biological) to optimize life, operating with the notions of *city* and *population* in which neither the sovereign power and the disciplinary power dared to address .

⁷⁹¹POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além ... pp.194/195.

⁷⁹²FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault ... p.179.

⁷⁹³“Le thème retenu était donc la ‘biopolitique’: j’entendais par là la manière dont on a essayé, depuis le XVIII^e siècle, de rationaliser les problèmes posés à la pratique gouvernementale par les phénomènes propres à un ensemble vivants constitués en population: santé, hygiène, natalité, longévité, races...”
FOUCAULT, Michel. Naissance de la biopolitique. IN: **Dits et Écrits**...v.III.p.818.

⁷⁹⁴POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além ... p.196.

However, it also exercises a limited control over the quality of life⁷⁹⁵, similar to police power, through the previously mentioned *regulation*.

The ambivalent element between the disciplinary power and the biopower, between discipline and regulation, between the individual and society, between a disciplined society and a normalized society, between the body and life, between individuation and mass propaganda is the *norm*⁷⁹⁶ which allows, therefore, the tracing of the line of normality and abnormality, opting for normalization (collocation in a normal state) in the end. This ‘tipping point’, the *norm*, “*includes the dominion of states and situations that allow the concretization of positive power technologies, characteristic of modern societies*”⁷⁹⁷.

Foucault studies on biopower completes those that were launched as bases to disclose the disciplinary practices in various social institutions (army, workshops, convents and prisons) and focuses on the more subtle, but no less effective, manifestations of power, principally used by the State – governability –, in order to control life and death collectively, or perhaps, obtain control and normalization ‘en mass’ to *remain alive* or *leave dead*⁷⁹⁸. The bio-politics, at this point, inverts the signal of the old political theory of the sovereignty of the absolute monarchy, whose power controlled life only by means of the power to order the death of vassals, or perhaps, the reinvigoration of *custody patria potestas* in Roman Law⁷⁹⁹. This power, asymmetric to the previous *kill* or *let live*, rose in a slow process of intensification and, afterwards, the appropriation by part of the state bureaucratic

⁷⁹⁵ “D’une façon plus précise et plus localisée, les nécessités de l’hygiène appellent une intervention médicale autoritaire sur ce qui passe pour foyer privilégié de maladies: les prisons, les bateaux, les installations portuaires, les hôpitaux généraux où se rencontraient les vagabonds, les mendiants, les invalides, les hôpitaux eux-mêmes dont l’encadrement médical est la plupart du temps insuffisant, et qui avivent ou compliquent les maladies des patients quand ils ne diffusent pas à l’extérieur des germes pathologiques. On isole donc le système urbain des régions à médicaliser d’urgence et qui doivent constituer autant de points d’application à l’exercice d’un pouvoir médical intensifié.” FOUCAULT, Michel. La politique de la santé au XVIII^e siècle. IN: **Dits et Écrits**...v.III.p.22.

⁷⁹⁶ POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, Para Além p.197.

⁷⁹⁷ FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault ... p.91.

⁷⁹⁸ BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização ... pp.90/91 e 100.

⁷⁹⁹ FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito. São Paulo: Max Limonad, 2002.p.199.

organs of the disciplinary practices hypothesized in the in the second half of the XVIII century and the beginning of the XIX century, with the atavistic ascendancy of the *lettres de cachet* of French Royalty, announcing the normalized panoptic society as a grand institution for sequestration that over all, had ways to manage life that invested in the vital potentiality and phenomena⁸⁰⁰.

Beyond, therefore, the techniques of control of bodies and gestures to obtain productive training, by the biopowers, the State zeroed in on duration, extension, form, intensity, and finally, the statistical indexes on the birth, fecundity and mortality (its causes, effects and tendencies – the *normality curves*), endemic sicknesses and epidemics, public health, statistics of work accidents, rates of occupation, unemployment and urbanization, among others, producing new and more engraved knowledge with the appearance of “scientific truth”, in a way to activate, intervene and control considerable contingents of populations⁸⁰¹.

Bio-politics installed an *art of governance* (or *governmentality*⁸⁰²) which does not properly impose exclusion or discipline, but establishes governance over groups of individuals which constitute the population, as well as stipulating *security mechanisms* which operate by the regularity of their *biological and physiological processes*⁸⁰³.

These above-mentioned *security mechanisms*, which act as statistics for forecasting risk, illustrate the internal conflicts – however, not those described by

⁸⁰⁰BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização p.200.

⁸⁰¹BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização ... pp.92 e 102/103.

⁸⁰²“Par gouvernementalité, j’entends l’ensemble constitué par les institutions, les procédures, analyses et réflexions, les calculs et les tactiques qui permettent d’exercer cette forme bien spécifique, bien que complexe, de pouvoir, qui a pour cible principale la population, pour forme majeure de savoir, l’économie politique, pour instrument technique essentiel les dispositifs de sécurité. Deuxièmement, par ‘gouvernementalité’, j’entends la tendance, la ligne de force que, dans tout l’Occident, n’a pas cessé de conduire, et depuis fort longtemps, vers la prééminence de ce type de pouvoir qu’on peut appeler le ‘gouvernement’ sur tous les autres: souveraineté, discipline; ce qui a amené, d’une part, le développement de toute une série d’appareils spécifiques de gouvernement et, d’autre part, le développement de toute une série de savoirs. Enfin, par gouvernementalité, je crois qu’il faudrait entendre le processus ou, plutôt, le résultat du processus par lequel l’État de justice du Moyen Âge, devenu aux XV^e et XVI^e siècles État administratif, s’est trouvé petit à petit ‘gouvernementalisé’”. FOUCAULT, Michel. La “Gouvernementalité”. IN: **Dits et Écrits**...v.III.p.655.

⁸⁰³FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito ... p.193.

the theories of Machiavelli or Hobbes – in “*defence of society*”, against the dangers that arose from its own body, from foreign bodies which represented a risk against the constituted order, that is, that so distanced themselves from the norms of that society and, therefore, had to be (re)conducted back to the original.

Biopower did not ignore the imbrications of power-knowledge: e.g., what is understood as sexuality is nothing more than the result of an advantage of knowledge about sex, starting with a necessary scientific pretence⁸⁰⁴. If the ancient civilizations had treated eroticism as an art or pleasure, instead of the medieval religious proscription as a sin, present society would treat it as life management⁸⁰⁵. The manner in which people conduct their own sexuality influences the *normality curves* that is expected in respect to the number of births, birth deaths, that is to say, sex represents one of the first preoccupations of bio-politics – the state eugenic, racist and social-Darwinist theories⁸⁰⁶, and the family, constituted essentially by sexuality, acquiring, at that moment, fundamental importance⁸⁰⁷.

A diagrammatic synthesis of the chain of disciplinary power would be “*body – organism - discipline – institutions*”, whilst biopower would configure itself in the following form “*population –biological processes –regulation or regulatory mechanisms – the State*”⁸⁰⁸.

⁸⁰⁴FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito ... p.198.

⁸⁰⁵“*Gérer la population ne veut pas dire gérer simplement la masse collective des phénomènes ou les gérer simplement au niveau de leurs résultats globaux; gérer la population, ça veut dire la gérer également en profondeur, en finesse et dans le détail.*” FOUCAULT, Michel. La “Gouvernementalité”. IN: **Dits et Écrits...**v.III.p.654.

⁸⁰⁶FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito ... pp.201/202.

⁸⁰⁷“*En revanche, ce qui va apparaître à ce moment-là, c’est la famille comme élément à l’intérieur de la population et comme relais fondamental de son gouvernement. Autrement dit, l’art de gouverner, jusqu’à la problématique de la population, ne pouvait se penser qu’à partir du modèle de la famille, à partir de l’économie entendue comme gestion de la famille. À partir du moment, au contraire, où la population va apparaître comme étant absolument irréductible à la famille, du coup cette dernière passe au second plan par rapport à la population; elle apparaît comme élément à l’intérieur de la population. Elle n’est donc plus un modèle; elle est un segment, segment simplement privilégié parce que, lorsqu’on voudra obtenir quelque chose de la population quant au comportement sexuel, quant à la démographie, au nombre des enfants, quant à la consommation, c’est bien par la famille qu’il faudra passer.*” FOUCAULT, Michel. La “Gouvernementalité”. IN: **Dits et Écrits...**v.III.pp.651/652.

⁸⁰⁸FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault ... p.211.

SECOND PART

DECONSTRUCTING THE POLITICAL AND
LEGAL FUNDAMENTALS

SINGLE CHAPTER

A CRITICAL-CRIMINOLOGICAL APPROACH ON ALTERNATIVE PUNISHMENTS (DIVERSION PROGRAMMES IN CRIMINAL POLITICS)

I. Alternative punishments: traditional vs. critical explanations

Alternative punishments are composed of a resolute collection of strategies and trends, usually inwardly extremely distinct, from contemporary societies, in theory, which trace a viable path in handling punishments for low-level and light offences. The concept of *diversion* (diversification) of penal control, which can be inserted into the group of the “*four D’s*”, part of the new political-criminal discourse: *diversion*, *decriminalization*, *deinstitutionalization* and “*due process of law*”⁸⁰⁹.

In the strictest sense, adopted by this work, *alternative punishments* do not represent actual punishment alternatives, but is an alternative to the proper criminal punishment as traditionally conceived, especially the privation of liberty, which continues to restrict, in diverse ways, this same individual liberty. Thus, the monitored liberty by the *conditional* suspension of a penal execution (*probation*), by the *conditional* release (*parole*), by the *conditional* suspension of the penal procedure, or by the immediate imposition of the restrictions of rights – through a penal transaction (*plea of guilty*), also subject to *conditions*-, constitutes a type of alternative punishment.

To establish legal *conditions*, it is inferred that the institutions mentioned do not escape the rule to require the formal completion of normative presuppositions, demanded by law and applied by the criminal-justice organs, once

⁸⁰⁹KAISER, Günther. Diversion. IN: Kleines Kriminologisches Wörterbuch.3.Auflage.- Heidelberg: C.F.Müller Juristischer Verlag, 1993.pp.88/92

that its objective do not effectively *substitute* the formal system of social control, furthermore, which is not intended nor possible⁸¹⁰.

1.1 Traditional Explanations:

Whilst, supposedly, alternative punishments are not a modality of criminal punishment itself, it adheres to all the attributed functions, whether manifest, whether hidden, the most character measures sanctioned by social control. However, the explanation for its general adoption by contemporary States could hit upon the official discourse (traditional), or break the covered veil and dissenter the real explanations, studied by Critical Criminology⁸¹¹.

a) The Humanitarian Explanations:

In first place, one can find the fundaments for admission in the humanitarian values *piety, mercy and compassion* disseminated principally, even in a veiled form, by the Judaeo-Christian religious beliefs. This non-scientific explanation turns, on the common sense of pity, for the suffering provoked by the official agencies of control and all the sorts of human privation and degradation occurring inside prison. The existence of a criminal underworld, part of a legalized society, with unwritten rules, where corruption and personal violence rules, formed in 1116 Brazilian prisons, with 262,690 places, filled nonetheless by 437,596 people⁸¹², without the guarantee of exercise and any access to fundamental human rights, is accepted without question.

⁸¹⁰KAISER, Günther. Diversion ...pp.88/92

⁸¹¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral .. p.597.

⁸¹²SOUZA, Fátima; Versignassi. A Cadeia como você nunca viu. IN: Revista Superinteressante. Março, 2008. São Paulo: Editora Abril. pp.54 e ss.

b) Scientific Explanations:

Progressive authors of legal-penal literature, nonetheless cannot be considered properly *critical*, for ignoring the perverse effects of the alternative punishments, also vindicated by the inclusion in the ordaining and processing of punishments, based on their scientific conclusions, *empirically* attested (traditional method)⁸¹³. They affirm the *diversifying* strategies must find more informal modes to *combat* criminality, with attenuated sanctions and more positive, trying its best to work outside the legal procedures⁸¹⁴, reinvigorating the role of community service (punishment).

The first mention, explicitly scientific, of the notion of penal *diversion* resides in the publication of the final report of the “*Commission on Law Enforcement and Administration of Justice*”, proposed by the President of the United States of America, in 1967. The conclusion of these studies pointed to the fact that legal penal intervention, frequently, *produces more damage than benefits*, above all, compared to the insignificant crimes and to the perpetrators considered low-risk, in view of consolidating the deviant behaviour instead of helping to solve the problems (social) underlying the punishable fact⁸¹⁵.

The scientific objectives of alternative punishments can be summarised as follows:

“In this form, the distinct objective of the diversifying programs can be transcribed as follows: related to the clientele, proposes the reduction in the stigmatization and the limitations in freedom for the beneficiary peoples, as well as an increment, in the first place, of the real help needed to solve the problems. As compared to the preventative interests, corresponding, on the other hand, to a new orientation for the accelerated official state reaction, to the growth in the social participation in conflict resolution, to the discharge by the legal system of trifling cases and to the decrease in expenses with punishment cases in general, linked, finally, with the cost economy (primary and secondary) in the fight against criminality, as well as –

⁸¹³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral ... p.598.

⁸¹⁴KAISER, Günther. Diversion ...p.88.

⁸¹⁵KAISER, Günther. Diversion ...pp.88/89.

although extremely doubtfully – lightening the procedural load for more serious cases.”⁸¹⁶

The international movement for accepting these conclusions unite **(1)** the necessity to relieve the courts, reduce costs and conciliate the victim’s interests, favoring less repressive measures; then, **(2)** the most suitable for the political-criminal objectives manifested by general or special prevention. This style is of most benefit to juvenile delinquency and to low or medium level crimes, excluding the habitual and recidivist criminals.

I.II Critical Explanations:

It is possible to easily verify, with the criticisms written below, how the scientific explanations, to be dissected by the historical-dialectic method of critical criminology, already carries with it the germ of its own transcendence :

*“As well as this, there exists other critical points to be considered: in first place, with regard to **diversion** it has, as its remit, to leave the delinquents as often as possible in their own social environment, ignoring the fact that often it is exactly where they find the causes for their deviant behavior. In second place, it is doubtful to conclude that **diversion** really reduces the stigmatization, when official programs only involve cases of low-level criminality, threatening, therefore, the non-beneficial people with even more incisive labels“(our italics)”⁸¹⁷.*

⁸¹⁶KAISER, Günther. Diversion...p.89. **Original:** “Damit lassen sich die Ziele der verschiedenen Diversionsprogramme wie folgt umschreiben: Hinsichtlich der Klientel stehen die Verminderung der Stigmatisierung und der Freiheitsbeschränkungen für divertierte Personen sowie die Verstärkung von Problemlösungshilfen im Vordergrund. Präventionsinteressen entspricht hingegen eher die Ausrichtung auf eine Beschleunigung des offiziellen Reaktionsverhaltens, eine Verstärkung der gesellschaftlichen Beteiligung an der Konfliktlösung, eine Entlastung der Justiz von Bagatellverfahren und eine Herabsetzung der Fallbelastung der Strafgerichte verbunden mit einer Einsparung von (primären und sekundären) Kosten der Verbrechensbekämpfung sowie eine – äußerst zweifelhafte – Verfahrenserleichterung in schwierigen Fällen”.

⁸¹⁷KAISER, Günther. Diversion ...p.92. **Original:** “Daneben sind noch weitere Kritikpunkte beachtlich: So wird zum einem darauf verwiesen, dass Diversion darauf abzielt, den Delinquenten möglichst in seinem sozialen Umfeld zu belassen. Gerade hier sind aber oftmals die Ursachen für das abweichende Verhalten zu suchen. Zum anderen wird bezweifelt, ob Diversion tatsächlich die Stigmatisierung verringert. Denn

Meanwhile, there are other not accidental explanations of the adoption, whilst well-intentioned, the alternative punishments in the present legal ordainment, do not exclude, but integrate and complicate the traditional explanations of humanitarian or scientific tendencies.

a) The Prison Overpopulation:

The first of these focuses on the ***Prison Overpopulation*** as a reason to opt for *deinstitutionalization*, that is, the mechanisms of penal control of *decarceration*. There is not sufficient places in penal establishments in general – and Brazilians are not far off from this reality-, at least by the population already *incarcerated*, as well as by the *unprisonable*, if you take into account the hundreds of thousands of requests for prison that remain unanswered, not because of the non-location of the person but because of the unavailability of places, prison officers, police, and finally, instruments in general⁸¹⁸.

There are, according to official data, 437,596 prisoners⁸¹⁹ in Brazilian penal institutions, a number almost twice the actual capacity (262,690), a situation that potentializes the problems indicated by the scientific explanations of alternative punishments, such as: the privation of other rights, as well as, the privation of freedom, programmed leisure time, physical and sexual violence, suppression of political rights, the lack of medical, legal, psychological assistance, finally, it facilitates the chronic abuse of the human rights of those imprisoned, brutalizing them and stripping them of their dignity.

As well as this, the ***Prison Overpopulation*** intensifies the outburst of prison mutinies and conflicts, the maximum expression of recidivists who must wait

dadurch, das sich die meisten Programme lediglich mit Fällen leichter Kriminalität befassen, droht gerade durch diese Programme eine besondere 'Abstemperung' der nicht divertierte Personen".

⁸¹⁸CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.599/600

⁸¹⁹SOUZA, Fátima; Versignassi. A Cadeia como você nunca viu ... pp.54 e ss.

for the application of *supra-legal causes* of *exculpation* – such as *civil disobedience and the conflict of needs* in abnormal situations (*material privation*), in which there is no demand for *normative direction* -, in view of the political nature of these manifestations, since it does not imply serious violence or threats⁸²⁰.

b) The Fiscal Crisis:

For the fiscal *crisis* includes, in the first place, the sky-rocketing *cost of imprisonment* – in a comparative *cost/benefit* relationship-, which does not include not only the individual costs (consumption and services), but, *the fortiori*, the expenses such as the administrative penitentiary functionaries, such as those responsible for maintaining internal security and with the financing of reforms, the enlargement and construction of new prisons.

The economic effects of this crisis, following the international trend to harden the juvenile penal treatment and the persecution of trifles, intensified in the past two decades, with the carry-over of the capacity of the judicial organ's response, transforming the option for the alternative favorable to the interests of the powerful ("*Diversion zugunsten Mächtiger*")⁸²¹ who do not want to squander economic resources. This being so, in second place, is the state financial precariousness aggravated by the *imprisonment cost* even greater if one counts the expenditure on the judiciary, legislative, police (federal, military, civil, highway etc.) and the help needed to leave prison⁸²².

So, the budgetary allocation for 2005 in Brazil for the penitentiary fund (*FunPen*), amounted to R\$ 224,098,871.00 (Justice Ministry data), which when divided by the number of individual inhabitants incarcerated nationally, results in the individual cost of R\$ 512,1136 annually, corresponding to the *apparent* cost of

⁸²⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral ... p.598/600; 337/339.

⁸²¹KAISER, Günther. Diversion ...p.89

⁸²²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal ... p.600.

imprisonment. However, with spiralling costs of other components, according to information from Folha de S. Paulo (daily newspaper), published in 1997, the *real* cost of imprisonment has reached the level of R\$ 4,440.00 annually⁸²³. This value, 10 years old, has certainly increased, which demonstrates the distortion in costs, of keeping an individual prisoner, when the income of an average Brazilian family, is the minimum salary of R\$ 415.00 (data from the Department of Statistics and Socio-Economic Studies - Dieese).

Still, according to this nationally daily, if the budgetary allocation of the prison system was transferred to the public housing policy sector, for example, 18,163 popular houses could have been built, with a far higher social reward.

c) The Increase in Social Control:

Finally, what this study decisively shows, representing the guiding lines of its development, the *fiscal crisis* thesis makes the arguments even more frightening, in the end pronouncing the *increase in social control* occasioned by the adoption of *diversion* mechanisms. As encountered by Günther Kaiser:

*“Specially significant weight must be given to the knowledge that **diversion**, in part, does not offer any alternative to a privation of liberty penalty, but, on the contrary, creates a serious dislocation and a considerable increase in the network of social control (called ‘net-widening’)” (our italics)*⁸²⁴

Here lies the most perverse effect of an option apparently sensible and humane, whose end should have been the avoidance of the brutalization and degradation of people provoked by the passage through the formal apparatus of the

⁸²³LEMGRUBER, Julita. Segurança não tem preço, cadeia tem custo. IN: Folha de S. Paulo, versão de 24 de julho de 1997.

⁸²⁴KAISER, Günther. Diversion ... p.91. **Original:** “Besonders schwer wiegt die Erkenntnis, dass die Diversion zum Teil keine Alternative zur Freiheitsstrafe geboten, sondern umgekehrt zu einer erheblichen Verlagerung und Ausweitung des Netzes sozialer Kontrolle geführt hat (sog. “net-widening” Effekt)”.

penal system, with the confinement in a cell⁸²⁵. The alternative punishments is nothing more than a *pan-penal reformism* engendered still by the corporative capitalistic logic of “*enlightened men*”, in a mode to reinforce the *correctionalism* through a more sophisticated *penal engineering*.

These liberalizing measures represent *functional adjustments*, real *tentacular* mechanisms of prison, which remain the *nerve center* of the “*prison archipelago*”, now re-legitimized and reinforced. As previously pointed out, the proper name for this political-criminal trend - “*Diversión*”-, the *diversification* of control occurred in an era of neo-liberal capitalism with a shrinking of “*welfare*” policy, expanding the formal network – “*net-widening*” – in the activities of the official agencies (no longer exclusively extended to the police or prison, now also including the *child correction institutions*, the *recuperation centers*, *juvenile reformatories*, *hostels*, *factories* etc.)⁸²⁶.

The *humanitarian* and *scientific* demystification explanations allow us a glimpse of the *class and bureaucratic* alternative punishments, seeing that the nucleus of the bottom-line of the penal system is not crime reduction, let alone its prevention – or at least even the improvement of life inside or outside prison-, but, the *real program of the mode of production* – the *multiplication of productive capital*⁸²⁷. Therefore, the new *disciplinary tactics* reinforce the invisible *strings of the market*, definitively linking the capitalist working class, **increasing control** now over the *general community*, the *non-productive sectors* by *productive sectors* of *social production* (commerce, industry etc)⁸²⁸.

In other words, the fiscal **crisis** has transformed the penal system into a great option for *investment*, behind the facade of transferring the *therapeutic* and *pedagogical* functions of alternative punishment and the options of the

⁸²⁵BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica... pp. 201/203.

⁸²⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical ... p.16.

⁸²⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical ...pp.37/38

⁸²⁸CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical ... pp.113/114.

deinstitutionalized penal execution⁸²⁹ (less costly), at the same time as the conviction-punishment reinvigorates itself as a pure *instrument of terror* (neglecting the ideology of resocialization), reserved hereafter for the most serious cases, with the possibility of a *conversion* in future *reincarcerations* in *totally integrated institutions*.

If the ***increase in penal control***, through alternative punishments dislocates the *penal discipline* from *community productive sectors*, thereby increasing the number of people controlled in the same time frame, *pari passu*, with the recrudescence of the policies of *zero tolerance* reinforcing prison as the “*ultimate recourse*” which cannot be put aside, this increase could be summarized in the three political-criminal directions stated below:

(a) expansion for the greatest number of people related to or contained in the formal system of control, especially youth and minors; (b) acceleration of the “passage” to the social system of control, as the control techniques imitate the production techniques of industry, processing a greater quantity of people in the same unit of time; (c) bifurcation of the social control system: desegregated control of low-level criminals, on the one hand, and more rigorous segregated control of serious criminals – who immediately fill their places-, with the additional problems of security and discipline⁸³⁰.

The myth of crime reduction resulting from mass incarceration, defended by the scientific theories of alternative punishments, masks the growth of these same crimes in the future prison population, in ever greater numbers, as evermore people pass in less time, through the formal penal system and, even when they leave prison, continue to be controlled by the new control technology present in post-disciplinary societies, as predicted by Gilles Deleuze⁸³¹.

To sum up, alternative punishments, if taken in its literal sense of denomination, show a lie: not substituting the penalty- reinforcing it -, now that the

⁸²⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral ... p.603.

⁸³⁰CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical ... pp.117/118

⁸³¹DELEUZE, Gilles. Post-scriptum das sociedades disciplinares. Tradução de Peter Pál Pelbart. IN: Conversações: 1972-1990. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.

new trend of *reformist isomorphism*⁸³², a term coined by Foucault⁸³³, is not used to explain the repeated reposturing in the unsuccessful prison project.

II. A CRITICAL ANALYSIS OF THE OBJECTIVES PRE-REQUISITES/ ASPECTS OF ALTERNATIVE PUNISHMENT

All the modalities of *alternative punishments* impose strict authorizing parameters, linked perhaps to the quantity of punishment by the privation of liberty abstractly prescribed for the crime at hand, or one concretely applied by a judge, or perhaps, over time to be obtained in a prison establishment, also simply known as *objective pre-requisites*.

The amount of the penalty can induce the measurement of the importance of good judgement, instructed legal interests by the penal norms, as well as, the extension of damage provoked or the probability of the lesion of good judgement exposing the danger; in other words, the *quantum* of the privation of liberty supposedly expresses the *gravity* of the crime. However, this hasty correlation is ambiguous.

Firstly, there has not been proper instruction exercised by the legislative creator of the types of punishments. There exists, through the law, only one tutelary pretension, however, it is in the concrete life that verifies the real counterpart of a harmful control, especially in the fantasies of the *criminalized political agency*⁸³⁴.

In fact, instead of protecting legal interests, the Penal Law has historically served as a rapist's mantle for the systematic violations by those reputedly dignified interests, of the penal tutelage which believes in the penal solution and even in

⁸³²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de Vigiar e Punir (FOUCAULT), Trabalho apresentado no 11º Seminário Internacional do IBCCRIM (4 a 7 de outubro de 2005), São Paulo/SP.

⁸³³FOUCAULT, Michel. Surveiller et punir... pp.267 e ss.

⁸³⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Vol I. 2ª.ed. - Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 227.

unrealizable utopias. Therefore, as well as not having any material demonstration in which the typical formulation protects some legal interests – being the fundamental instructional *formal reference*, and not *material* -, admitting that the type presupposes tutelage legal interests dressed up as a systemic political criminal school, not to guarantee the individual, but the maintenance and (re)production of social order.⁸³⁵

Moreover, the concept of tutelage legal interests, by which all legal interests demand and presuppose a penal tutelage, raises the risk of conducting the criminalization excessively and without gaps. With this, the real signal - if it really exists- of criminalization, that is the *offensivity* (the *limiting effect of the idea of legal interests harming or exposed to danger*) ended, having been neutralized and driven by the false concept of penal tutelage, which weakens the proper idea of legal interest conferring on it a relative importance, culminating in its substitution by functional concepts – originating from *Hegel* and *Luhmann* – with the *establishment of normative expectations* or *willpower* (the position of Günther Jakobs), or the definition of the crime as a simple *infraction of the duty to act*, which is transmitted by the only legal interest existing or accepted theoretically – the State⁸³⁶.

The German *Third Reich*, supported by the theory of Schaffstein, completely neglected the concept of legal interest and, in its place, instituted the ***Penal Law of the Will***, basing crime on the violation of the general duty of obedience to the Nazi state.⁸³⁷

Without working with the mentioned criterion (offensivity), the operator is taken as mistaken by the discourse of preventative efficacy of punishment as the

⁸³⁵TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. 3ª ed. - Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 180.

⁸³⁶ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro ... pp. 227/228.

⁸³⁷AMELUNG, Knut; El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. IN: La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? (HEFENDEHL, Roland – Org.) - Madrid/Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007. pp. 233/234. No mesmo sentido: BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 9ª Ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 95.

solution of more or less assessed problems, rationalizing the repression of improbable and distant risks, of abstract and remote dangers, of disproportionate interventions to damage or leading to the criminalization of hypothetical and spiritualized legal interests (i.e. the state of health of the financial system, the efficacy of the court administration, national security etc), characteristic of functioning complexes of the capitalist system, and not of a person of flesh and bones, or perhaps, of legal interests of definable individuals such as fundamental human rights⁸³⁸.

In this way, on the one hand, the concept of legal interest continued to be necessary to establish a *material reference* for the definition of the punishable fact, the expression of some sort of conduct imbued with *social negativity* capable of meriting legal criminalization⁸³⁹. The Anglo-Saxon system sought the embodiment of legal interest in the *harm principle*, encountered empirically with the aim of identifying the hypothesis of accepting the need for penal intervention⁸⁴⁰.

Baratta championed the linkage of material reference of *social negativity* with the *real necessities (bisogni reali)* related to more or less *structural violence (violenza strutturale)* and the *free communication of power (comunicazione libera dal potere)*:

“The theoretical instruments that serve me in this research on the ‘material reference’ of the definitions of criminality are the concepts of ‘structural violence’, of ‘real necessities’ and the ‘free communication of power’. For ‘structural violence’ read understanding the situation in which the real necessities are suppressed; for ‘real’ necessities, read the potentialities of existence of people and groups that correspond to the state of development of the cultural and material production capacity achieved by a determined society and are identifiable by a process of the free communication of power.

⁸³⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro ... p. 227.

⁸³⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral ... pp. 14/15.

⁸⁴⁰SEELMANN, Kurt. El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena. IN: La teoría del bien jurídico...pp. 373/374.

(...) from this point of view, 'structural violence' is a situation of discrepancy between the effective conditions of existence of men that are part of the socio-economical system and the potential situation. (...) ⁸⁴¹

The Italian professor continues that there are two forms of satisfaction for real necessities, humane and inhumane, depending on the historical process for which the structural violence was designed:

"They (Marx and Engels in their "German Ideology") distinguish between the 'humane' and the 'inhumane' manner of satisfaction from the necessities that, in their turn, depend on the mode of the social relationship to production. The 'humane' manner corresponds to that permitted by the social capacity of production. The 'inhumane' manner, on the contrary, is that imposed by the injustices derived from property and power. The 'humane' manner presupposes social relationships in which the producers are gentlemen in the productive process and are able to be guided in the direction of the satisfaction of real necessities. The critique of politico-economics was for Marx, the analysis of the class antagonisms in a capitalist society owing to the situation which, starting from now appears to me perhaps, transformed more in its form than substance: in which the satisfaction of the necessities of one occurs at the expense of the others." ⁸⁴²

Finally, admitting the importance of the existence of some definition that might define legal interest, this embodies the **Principal of Damages** (or **Harm Principle**), by which it tries to circumscribe the repressive state action in conflict

⁸⁴¹ **Original:** "Gli strumenti teorici di cui mi servo in questa ricerca sul 'referente' materiale delle definizioni di criminalità sono i concetti di 'violenza strutturale', di 'bisogni reali' e di 'comunicazione libera del potere'. Con 'violenza strutturale' intendo la situazione in cui i bisogni reali sono repressi; con 'bisogni reali' le potenzialità di esistenza delle persone e dei gruppi, che corrispondono allo stadio di sviluppo della capacità di produzione materiale e culturale raggiunto da una determinata società e sono identificabili in un processo di comunicazione libera dal potere.

(...) da questo punto di vista, 'violenza strutturale' è una situazione di discrepanza fra le condizioni effettive di esistenza degli uomini che fanno parte di un sistema economico sociale e la situazione potenziale.(...)"
BARATTA, Alessandro. *Che cosa è la Criminologia Critica?* In: **Dei Delitti e Delle Pene**, 1991, n. 1. p. 68

⁸⁴² **Original:** "Essi (Marx ed Engel nella "Ideologia Tedesca") distinguono tra una maniera 'umana' ed una maniera 'inumana' del soddisfacimento dei bisogni, che a loro volta dipendono dal modo d'essere delle relazioni sociali di produzione. La maniera 'umana' corrisponde a quella che sarebbe permessa dalla capacità sociale di produzione. La maniera 'disumana', invece, è quella imposta da ingiuste relazioni di proprietà e di potere. La maniera umana presuppone relazioni sociali in cui i produttori sono signori nel processo produttivo e possono guidarlo nella direzione del soddisfacimento dei bisogni reali. La critica dell'economia politica non era per Marx altro che l'analisi dell'antagonismo tra le classi nella società capitalista dovuto alla situazione che da allora mi sembra sia cambiata più nella forma che nella sostanza: quella in cui 'il soddisfacimento dei bisogni reali degli uni avviene a spese dei bisogni degli altri'" BARATTA, Alessandro. *Che cosa è ...* pp. 68/69.

situations marked by the damage or effective danger of damage of the rights of others, or perhaps, in the sphere of *alienation*, excluding, therefore, insignificant damage – which does not succeed in violating the alienation -, such as improbable and remote dangers⁸⁴³.

The *Principle of Damages*, which carries a liberal-bourgeois guarantee, represents a great advance, whilst prohibiting incrimination: (1) of internal attitudes (convictions, desires, feelings, the simple reflections unaccompanied by external action – *cogitationis poenam nemo patitur*); (2) of conduct that does not exceed the ambit of the perpetrators themselves (self-injury, preparative acts, the simple collusion between two or more people in order to commit a crime without starting its execution; (3) the simple existential state and conditions (penal law of fact – what was done-, instead of the penal law of the perpetrator – one is); (4) from conduct considered aberrant by the dominant morality, but which does not affect any legal interest (all the religious practices, politics, sexuality, esthetics etc. of aware adults, which compose the nucleus of the “*right of difference*”).⁸⁴⁴

To opt for the catalogue of passive legal interests to serve as a criterion of criminalization and its scale of importance, is inevitably, to opt for a deterministic ethics. At the moment in which it tries to import a single ethic, the paternalistic State becomes immoral exactly for not respecting the individual’s liberty field, by not offering another option. Thus, if the encounter in the Law and Ethical spheres was admitted, it will be morally acceptable Law that allows the possibility of immorality, which does not violate the ethical sphere of the individual, or even does not punish the actions that do not transcend the legal interest itself, but only when it involves the implication of the legal spheres of third parties. In these resides the *personalization* of the Law, nothing more than the consecration of *alterum non laedere* of Aristotle⁸⁴⁵.

⁸⁴³ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro . pp. 225/228.

⁸⁴⁴BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 9ª Ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2004. pp. 92/94.

⁸⁴⁵ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro ... pp. 225/229.

The Law can only approve the external pacific order of society, adopting it as a limit of its operations, once it is not destined for the ethical education of the citizenry⁸⁴⁶. In truth, there is no correspondence between immorality and criminality, considering that there are no ethical facts, only the ethical interpretation of facts, which can arise from an erroneous exegesis, in the wake of Nietzsche's belief that evokes the *transvaluation of values*, in this way, the values option will always be an option, among others, since man *is human, unduly human*.⁸⁴⁷

Durkheim had already said that the ethic, as all and any other social fact, is also submitted to an evolutionary process in accord with the collective conscience, which few can alter and cleanse the impurities; not having constancy, in a measure in which acts considered criminal in primitive societies lose this quality. Thus, the criminals today can be those that blame the involution or mean – even unconsciously – to demonstrate the delay in the transformations of social life⁸⁴⁸. In sum, there are no constant criteria to categorize the thin line between morality and immorality.

On the same pitchfork, in the theories of Weber, social action is guided by the perspective of others – possibly anticipating the nucleus of the interactionist theory of the *labeling approach* -, in whatever mode, it can be determined by the *rational reference mode of ends* (with the expectation of the behavior of other persons or object in the exterior world), *the rational reference mode of values* (the personal belief in the values might be ethical, esthetic, religious etc., depending on the interpretation), the *effective mode* (influenced by emotional states constantly wanting rational explanations) or the *traditional mode* (for an inbedded habbit). More specifically, when the social actions related to values, predominant in legislative schools for priority legal interests, even as the belief in the adherence and

⁸⁴⁶BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ... p. 91.

⁸⁴⁷CARVALHO, Salo de. Antimanual de Criminologia. - Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008. pp. 176/177.

⁸⁴⁸DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico. IN: Coleção "A Obra Prima de Cada Autor". - São Paulo: Ed Martin Claret, 2003. pp. 60/61.

inherency which axiologically supports determining the historical text – presumably its absolute character -, knows that there are innumerable other value groups - a real *pluralism of values*⁸⁴⁹.

The appropriation of these conclusions by Critical-Criminology occurred some time back, when Professor Lola Aniyar de Castro had already defended the non-existence of natural crimes or the immediate linkage of immorality (and sin) to crime, as well as this deviation in personality⁸⁵⁰. The Venezuelan criminologist considered *relativity a crime of ghosts* that haunted traditional criminology (together with Black cipher and golden cipher), then the specter appears from time to time to warn that there is no *ontology of crime*, but only *social construction* of a *criminogenic society* marked by individualism, which creates the conditions for the *processes of criminalization*⁸⁵¹.

This being the case, there is no measurable hierarchy between legal interests which reflect the quantity of punishment prescribed for the crimes that they affect, principally by the Brazilian judiciary, in which crimes against property are penalized with more severity than crimes against life⁸⁵². The legislative power ignores any proportionality in the argument of the preventative necessity from criminality, which hides the classist conceptions of social control, stipulating punishment in a completely arbitrary manner.

Furthermore, by admitting legal interest as a *criterion of criminalization*, the big question is to identify in which material substratum of the ***universal interests*** guides to the criminalizing hypotheses congregate, in an unequal and divided society in which there are no identity of interests⁸⁵³. The Critical-Criminology with a heavily biased Marxist approach, indecipherable from socialist ideology, identifies the essential contradiction of *capital/salaried labor*, its

⁸⁴⁹WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 3ª ed.- Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1994.pp. 13/16.

⁸⁵⁰CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Reação Social* ... pp. 63/65.

⁸⁵¹CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Reação Social* ...pp.19/30.

⁸⁵²ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. *Direito Penal Brasileiro* ... pp. 230/231.

⁸⁵³CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral* ... pp.9/14.

historical-concrete base, imputing the salaried worker as the carrier of the common, universal interests: their emancipation leading to the liberty of all of humanity - *Weltanschauung*. In the words of Alessandro Baratta:

*“The problems that remain insoluble, and which is no less possible to maintain a perspective with this, and, is the construction of a normative point of view for the practical action to internalize conflicts, or perhaps, the taking of a position in favour of one of the parties. The theory of class conflicts elaborated by Marx confronted this problem. Translating with a materialistic key is one of the main principals of a practical philosophy; Marx not only described the social conflict that affronted his eyes, but also asked himself which of the antagonistic interests were ‘universable’; which of the conflicting classes were, at the moment of writing, the carriers of common interests of all mankind. This class was, according to Marx, the ‘working class’, and therefore its emancipation appeared to be linked to the general emancipation of society.”*⁸⁵⁴

Owing to this, there is no immutability in which the complex social relationships whose preservation and reproduction concern all the historical periods, having or not converted into legal interests together with the act of creating crime policy (*primary criminalization*). Thus, legal interests only reveal themselves at the moment in which the criminalization is instituted – creating the crime and imposing the criminal behavior label on certain selected acts according to the objectives of the legislator. In the words of Nilo Batista:

*“In a class society, the legal interests express, in a more or less explicit fashion, yet inevitably, the interests of the dominant class and in the general sense of its selection will guarantee the reproduction of the current relationship of dominances, especially the structural economic relationships”*⁸⁵⁵

⁸⁵⁴**Original:** “Il problema che rimane insoluto, e che nemmeno è possibile porre in una prospettiva come questa, è quello della costruzione di un punto di vista **normativo** per l’azione pratica all’interno dei conflitti, ossia della presa di posizione a favore di una delle parti. La teoria dei conflitti di classe elaborata da Marx ha affrontato questo problema. Traducendo in chiave materialistica un fondamentale principio della filosofia pratica, Marx non solo descriveva il conflitto sociale che aveva dinanzi agli occhi, ma si chiedeva quale degli interessi antagonisti ‘fosse universalizzabile’; quale delle classi in conflitto fosse, nel momento in cui egli scriveva, portatrice di interessi comuni a tutti gli uomini. Questa classe era, secondo Marx, la ‘classe lavoratrice’, e pertanto la sua emancipazione sembrava legata alla emancipazione generale della società”
BARATTA, Alessandro. *Che cosa è ...* pp. 66/67.

⁸⁵⁵BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ...* p. 96.

With the distinction between *ideological* and *real objectives* of the penal system, redefining the penal ideology of the *protection of society* for the *protection of a society of merchandise producers*, in which the class domination is exercised through the legitimized repression – a *differentiated agent* – for the appearance of *personal correction*.

The choice of time-pattern (*common* legal interest– unique in so far as it can all be disposed, contrary to wealth, which is restricted legal interest) of the value of the merchandise is linked to *average time* of social work necessary for its production. This *equal* exchange excluded the blood vengeance of retaliation, in the historical transition of the *zoological subject*. In this manner, the criminal penalty – which corresponds to the suppression of time at liberty, exactly the value shared by all of us - represented the *general equivalent* of the exchange of the crime (as well as the money for the merchandise) corresponding to the transition to the state capitalist form⁸⁵⁶.

To limit the concession to *alternative punishments* the levels of punishment are low, hindering the proper use of the *diversification hypotheses* foreseen in the legislation; the *objective requirements* realize the *primary criminalization*, that is, the legal selective choice of entitled legal interests by the economic and political elites of the capitalist society, always favor the maintenance of the unequal distribution of utilities and property, one of the faces of the coin of the *criminalization process*.

It is a pity that the legislator does not adopt more democratic postures to widen these narrow limits of arbitrary terms, to intensify the proposals of *depenalization* and *decarceration*, in the end, to at least secure a little more dignity in an undignified system⁸⁵⁷.

⁸⁵⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical pp.87/88.

⁸⁵⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral ... pp.699; 702/704.

III. A CRITICAL ANALYSIS OF THE SUBJECTIVE PRE-REQUISITES/ ASPECTS OF ALTERNATIVE PUNISHMENT

Alongside the *objective aspects*, that focus on the alienated circumstances of the individual being criminally processed or condemned to the privation of liberty without the restrictive substitution of rights, in general the extension/quantity of punishment abstractly prescribed to the crimes of a fictitious hierarchy of legal interests and damages, there are *subjective aspects*, instrumental in finding the personal conditions of the criminal practice, beyond sketching the outline of a *favorable prognosis* in which the beneficiary does not re-offend, that is, that the substituting measure will be sufficient and convenient to fulfil the *declared functions* of preventing and repeating the crime.

A *subjetivization* of the pre-requisites of concessions and fruition of *alternative punishment* displays a source of arbitration without precedent, reinvigorating an *Author's Penal Law* based on the contestable *personal danger*, fortifying the juridical force of unconstitutional recidivism and conforming to a rhetorical discourse of domination and manipulation of images and symbols of criminality.

Words produce symbols and represent a powerful arm of political domination. The Theory of language, the source of the *labeling approach* (interactionism), one of the basic constituents of Critical Criminology, teaches that *situations defined as real produce real effects* (the celebrated **Thomas Theorem**). In this manner, not only do punishments of material reality give rise to real effects, but also in symbolic reality— defined as real by the imaginary collective (image of criminality).⁸⁵⁸

As emotional perceptions, notwithstanding being erroneous, produce concrete attitudes and social alarm, it is unnecessary to act on reality to (re)produce reality, once that there is enough fear to diffuse through the mass media, as well as

⁸⁵⁸CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... pp.696/697.

by the sentences, the representation of a common enemy to be combated, independent of social class, a true fight against crime. Thus Alessandro Baratta taught:

*“This signifies that, if a determined image of reality, acts effectively over the ideological and material structure of society. In a society such as ours, in which the communicative processes are mass-marketed to the point that the classification of ‘the mass-communication society’, is influential and particularly evident. In order to obtain determined political effects, to legitimize or delegitimize, for example, a political system or government, is not necessary to influence reality, its enough to work on its image”.*⁸⁵⁹

The *culture of fear* transcends the values of diverse groups, perhaps to increase, perhaps to decrease the cohesion of individuals, principally in the case of fear associated with criminal violence. Its principal real effect is to hinder the perception and critical faculties, facilitating the manipulation of these idiosyncrasies and emotions, becoming good arenas for populist electoral platforms, private security entrepreneurs, vehicles of both the spoken and written media dominated by industrial capital etc.⁸⁶⁰. In the sense attributed to Marilena Chauí, fear feeds the sad passions and can be intensified by passions even more sad or reduced, but never overcome.

Applying the **Thomas Theorem**, the common place of violence and its symbolic banality alters the sense of the perceptions and produces real violence, naturally, and people tend to live isolated – even though disposed to defeat the common enemy, this is an abstraction, a myth – in an atmosphere more inconsequential and unnatural. An example of this trend is reflected in the paranoia of the upper and upper middle classes, each time more locked up behind wall and

⁸⁵⁹ **Original:** “Ciò significa che, se si afferma una determinata immagine della realtà, questa agisce effettivamente sulla struttura ideologica e materiale della società. In una società come la nostra, nella quale i processi comunicativi sono massificati a tal punto che si la definisce ‘società delle comunicazione di massa’, questa influenza è particolarmente evidente. Per ottenere determinati effetti politici, per legittimare o delegittimare, ad esempio, un sistema politico o un governo, non è necessario influire sulla realtà, è sufficiente agire sulla sua immagine”. BARATTA, Alessandro. *Che cosa è...* p. 63.

⁸⁶⁰ PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. – São Paulo: Editora Método, 2003.pp.15/16 e 37.

railings, a situation which turns the urban landscape into an even more disorganized, excluding and conflicting environment⁸⁶¹.

The rhetorical domination engendered by the symbolic violence is so or more violent than the reality feared, once those that subjected to it (dominated) do not prostrate themselves to the discursive rhetoric. On the contrary, they internalize them and renew their own domination, being co-authors of it, according to the thought of Pierre Bourdieu⁸⁶².

The conditionalities between the utilization of social alarmism by the mass media and politicians, in order to intensify the fear of criminality and the insecurity of the citizenry (*l'insicurezza cittadina*), functions as a network to legitimize the existing power relationships. Public opinion, facing the perception of some situations as being problematic, dramatized by the *moral entrepreneurs*, point towards the existing demarcation between the population guaranteed and that part not – whose potential members or effectively the *criminal population* –, is intensified, because of social class tensions.⁸⁶³

It could be said that the culture of fear and its overstating represent once more exported *Americanism*, considering the formula of domination there always exploited the anxieties and phobias of violent indigenous natives, the Italian Mafia, communists, drug traffickers and most recently, terrorists⁸⁶⁴.

In the same manner that the image of criminality does not represent the reality of the facts and the perceptions of the risks and dangers are greater than the actual risks and dangers, the trend in recrudescence or increase of criminalization have no relationship with the actual increase in practice of crime, by their grave pretence or even by the social extension of damage. One can see that the single variable really independent of the criminalization processes is the *social position of the author* – filled by stereotypes, preconceptions and other ideological components

⁸⁶¹PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo... pp.18 e 36.

⁸⁶²BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. 6ª Ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.pp.10/11.

⁸⁶³BARATTA, Alessandro. *Che cosa è...* pp. 63/65.

⁸⁶⁴PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo... p. 27.

-, attributing it with the criminal label with a *negative social asset* distributed selectively, whilst the other characteristics such as employment or schooling constitute mere *interfering variables*, but not determinant ones.⁸⁶⁵

And it is hoped that the areas in which, the principle, the official criminal statistics point to as the greatest risk, perhaps also the areas in which the *criminalizing police agencies* act with the most rigor; this is, where social control is most concentrated. This is the logic of the *social construction of criminality*: the official action generates the crime, in a way in which the *criminalization process* is perfected, finding its scapegoat, by selecting the most socially vulnerable individuals.⁸⁶⁶

On the other hand, to infuse in the lower classes – the most subject to the danger of concrete vulnerability and a penalizing selection – an aggressive repudiation of those marginalized from the labor market that will take the risks of criminalization, as if they had a personal problem, instead of the structural criminal potentialities⁸⁶⁷.

As a matter of fact, the symbolic image of criminality, disseminated by public opinion, provokes a *belicose culture* to show *mortal enemies* (the summary executions of suspects without trial) or the *fallen soldiers* (police officers killed by the same system of victimizing selection). The war against crime has raised the level of priority in the national security ideology, with the absolutization of the value of public security, the debilitation of the *horizontal links* among people (with *solidarity, sympathy and humanity*) and reinforces those *vertical links* (*authority, discipline and militarization*). To allow the arbitrary valuation of **subjective aspects** of alternative punishment, contaminated with a socially defensive ideology,

⁸⁶⁵CIRINO DOS SANTOS. Juarez. A Criminologia Radical... pp.46/47.

⁸⁶⁶CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia da Reação Social...pp.123 e ss.

⁸⁶⁷“Vers 1840 apparaît le héros criminel, héros parce que criminel, qui n’est ni aristocrate ni populaire. La bourgeoisie se donne alors ses propres héros criminels. C’est au même moment que l’on constitue cette coupure entre les criminels et les classes populaires: le criminel ne doit pas être un héros populaire, mais un ennemi des classes pauvres.”. FOUCAULT, Michel. Entretien sur la prison: le livre et sa méthode. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v.II, 1994.p.747.

corresponds to the opening of doors to the restoration of a Police State and its principal consequence – the *incarcerationalization*⁸⁶⁸, as well as realizing, not only the selectivity in the stipulation of *objective aspects*, but a *differential management of criminality*.

The *punishing selection*, engendered by the State, is planned on two principal levels or *criminalization processes*: the *primary criminalization* with the promulgation of penal laws which incriminate certain conduct considered harmful (to the dominant interests), which in the *alternative program* is realized with the stipulation of *objective aspects*, and the *secondary criminalization*, the punitive actions exercised by the concrete police agencies (or bodyrations, institutions and bureaucracies), directing the people that, supposedly, have carried out an act sanctioned with criminal punishment, depriving them of their liberty and submitting them to a judicial process and more stigmatization.

As the *primary criminalization* program, so large and only limited by the operational capabilities of the police agencies, has become a negative utopia, in the way in which realized punishments of the lowest order from the primary catalogue of abstract criminalization. The concrete label *secondary criminalization* is attributed to the few vulnerable individuals, in a manner inevitably selective by the official organs, whilst the rest of the typical conduct passes unheeded – the *hidden cipher*.⁸⁶⁹

Of all the special organs of the penal system, those that have acquired the most selective powers are the *police agencies* which, or must opt for the selection of individuals, or for its functional inactivity– and its consequent disappearance from the available options list of official organizations. The police possesses the most exposure exactly because it appears in the first moments of an investigation and criminal repression, conditioned as well, even though unconsciously, by the meta-

⁸⁶⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro ... pp.58/59.

⁸⁶⁹ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro ... pp.43/44.

rules (*basic rules* or *second code*)⁸⁷⁰ and other stereotypes that guide the selectivity. The judges bind their work strictly to the facts investigated by the police, and only those facts that arouse, equally, the proposal of the accusation on behalf of the Department of Justice. In other words, contrary to what you might think, the field of criminalization action of the judiciary is much more restricted than that of the police, albeit not less important, since only the judges can pronounce definitively who is or is not a criminal.

This being the case, the selective operations of the police agencies return, almost always, to the option for gross facts (violent crimes– the rough side of criminality), that causes the greatest media uproar, and for people that cause the least problems – by their incapacity to access political and economic power. These refer to people revealed in the social communication as single delinquents and, those acts, as single crimes, aggravating even more the *stereotypical negative image of criminality*, guided by criteria of race, age, esthetics, gender and social class.

The result of the *secondary criminalization* propitiates the conclusion that the delinquency restricts the layers lacking in the power in society, once that it is they that populate the penal environment and commune the specific characteristics of the stereotypical standard⁸⁷¹. According to this fantastical conception and provoked by the punitive discourse, guaranteeing rights, including facilitating the access of the legal hypotheses of *alternative punishment*, ‘en mass’, amounts to securing impunity to the perpetrators of “natural crimes”.

Therefore, the pressure for the concrete attribution of the criminal labels excludes the most vulnerable individuals, this is, closest to the standard of the *delinquent image*, through a negative calibration of the *subjective aspects*. By touching on *alternative punishments*, there is a real *inside-out selectivity*: the beneficiaries of the *diversified and de-institutionalized measures* are selected not for being the most vulnerable, on the contrary, to what is cited in the *secondary*

⁸⁷⁰BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica... p.88.

⁸⁷¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro... p.46/51.

criminalization properly stated. In truth, these continue to be vulnerable, the *few inside the many*, possibly being the clientele of the penal system, that ignores completely the harmful acts of high-powered economic individuals.

It is clear that one cannot fall back on the false conspiratorial conception of some class or hegemonic control group, in a harmonious and exclusive manner, all of the police agencies of penal control⁸⁷². This was personalized, in the same form as the *secondary criminalization*, a common enemy – this time the economic elites - which, being stripped of its power, culminated in a total transformation or even the suppression of the penal system⁸⁷³.

This hasty conclusion has proven to be absolutely false, when the penal system, functioning as a kind of intricate *filters* with bureaucratized and professionalized agentes⁸⁷⁴, acting in a compartmentalized and sectorized manner, and each organ having its corporatist interests, its recruitment methods, training and their legitimate internal discourses. There is much more precarious and inconstant balance, marked by antagonisms, than cooperative relations between the organs that compose the *secondary criminalization*⁸⁷⁵.

Furthermore, the fabulist image of criminality equally legitimized *emergency penal legislation*, through *procedural guarantees* such as *contradictory proposition*, *a wide defence*, *privacy*, *inertia of jurisdiction*, *a natural judge*, *exceptionality of prison and telephone intercepts* are relativized and reduced to a mere *individual interest*, under the argument of a *higher public interest*⁸⁷⁶. The penal epidemic reflected in ***alternative punishments*** in order to reduce the ambit of incidence, hindered its concession and attributed to the judges and other intervening

⁸⁷² “il n’y a pas quelqu’un ou un groupe qui soit titulaire de cette stratégie (de dominação), mais à partir d’effets différents des fins premières, et de l’utilisabilité de ces effets, se bâtissent un certain nombre de stratégies.”. FOUCAULT, Michel. Qu’appelle-t-on punir?. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v. IV, 1994.p.640.

⁸⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro. p.48.

⁸⁷⁴ HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão. 1ª ed. Trad. Maria Lúcia Karam. – Rio de Janeiro: Luam Editora Ltda. 1993. pp. 80/81.

⁸⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alli*. Direito Penal Brasileiro... p.49.

⁸⁷⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral... p.697.

authorities in the execution of punishment an arbitrary uncontrollable source in the analysis of the *subjective aspects*.

An example of the idiosyncratic nature of the analysis of the *general subjective aspects* of *satisfactory behavior* and *a good work performance* for the *conditional liberty (parole)* is that they contain this double subjectivity: (1) that of the subject that needs to adapt to the standard of satisfactory behavior and a good performance, whatever that may be, (2) and that of the penal authority, that is, the subject that evaluates the completion of these general suppositions, without any control, before the same magistrate, who will qualify the evaluation without any scientifically based evidence⁸⁷⁷. The situation narrated fortifies the position of *moral orthopedists*, with correlating knowledge, under the same judicial instance.⁸⁷⁸

In the same manner, if in the evaluation of *subjective aspects* the future behavior cannot be forecast scientifically and, in the case of doubt must authorize the concession to the legal benefit versus the certainty of a worse alternative that will be prison⁸⁷⁹, then always the option must be the better alternative which does not lead to incarceration, when a *favorable prognosis* is a vague concept, a myth, with in fact closes the chain of mechanisms of class power, inserted into the web of disciplinary techniques – here the judgment hearing⁸⁸⁰. Notwithstanding, that the

⁸⁷⁷CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral...* pp.618 e 704.

⁸⁷⁸“Seulement voilà: il va y avoir maintenant un tribunal, de trois juges, je crois, qui va décider si oui ou non la liberté conditionnelle peut être accordée à un détenu; et cette décision sera prise en tenant en compte d’éléments dans lesquels il y aura d’abord l’infraction première, qui sera réactualisée en quelque sorte, puisque la partie civile et les représentants de la victime seront présents et pourront intervenir. Et puis on va intégrer à cela les éléments de conduite de l’individu dans la prison, tels qu’ils auront été observés, appréciés, interprétés, jugés, par les gardiens, par des administrateurs, des psychologues, des médecins. C’est ce magma d’éléments hétérogènes les uns aux autres qui va donner prise à une décision de type judiciaire. Même si c’est juridiquement acceptable, il faut savoir quelles conséquences de fait cela pourra entraîner. Et, en même temps, quel modèle dangereux cela risque de présenter pour la justice pénale dans son usage courant, si effectivement, on prend l’habitude de former une décision pénale, en fonction d’une conduite bonne ou mauvaise”. FOUCAULT, Michel. Qu’appelle-t-on punir?. IN: *Dits et Écrits*. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v. IV, 1994.p.645.

⁸⁷⁹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral...* pp.605, 618/619, 628/629 e 633.

⁸⁸⁰“Sur ce point, je crois qu’il faut être à la fois modeste et radical, radicalement modeste, et se rappeler ce que Nietzsche disait il y a maintenant plus d’un siècle, à savoir que dans nos sociétés contemporaines on ne sait plus exactement ce qu’on fait quand on punit et ce qui peut, au fond, au principe, justifier la punition; tout se passe comme si nous pratiquions une punition en laissant valoir, sédimentées un peu les unes sur les

judge might not want to evaluate, he is obliged to, running through the disciplinary need, to impose the pain, according to the work of the Norwegian criminologist Nils Christie:

“People with power can deliver pain. Power means the ability to get other people to do what you want them to do, independently of their own wishes. The penal judge is above the defendant. He is protected by the symbols of the courtroom, the elevated bench, the robe, in some systems also the wig, the prestige of the building, the atmosphere, his training, affiliations, special class, and enjoys the advantage that the decisions are in reality made somewhere else; the judge is only carrying out a heavy task. His heart is bleeding, but he is obliged to act, to punish”⁸⁸¹

In truth, in an alternative criminal policy, implicated as the promotion of human rights and the depopulation of the prisons, the *subjective aspects* must become extinct, weighing the hypotheses of *alternative punishment* as always authorized *objective aspects* ⁸⁸², with the appropriate criticisms of Critical Criminology pointed out in the previous item on the delimitation of the levels of punishment. On the contrary, the *subjective aspects* only accentuate the *secondary criminalization*, or perhaps, the *social marginalization*.

IV. THE RELATIONSHIP OF ALTERNATIVE PUNISHMENTS TO THE ECONOMY AND THE LABOR MARKET

The mutual imbrications of the forms allowed by the penal practices by capitalism, especially the post-Fordian, and the (non)necessities of the labor market scrutinized by the *penal political economy*, that is, through materialist Critical

autres, un certain nombre d'idées hétérogènes, qui relèvent d'histoires différentes, de moments distincts, de rationalités divergentes.” FOUCAULT, Michel. Qu'appelle-t-on punir?. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v. IV, 1994.p.641.

⁸⁸¹CHRISTIE, Nils. Limits To Pain. Oslo, 1981. (eBook) Chapter 10: Some conditions for a low level of pain infliction. 10.2 Power.

⁸⁸²CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: Parte Geral. – Curitiba: ICPC: Lumen Júris, 2006. pp.703/704.

Criminology, *derived from Marx and Foucault*, of the power to punish⁸⁸³. The times gone by were marked as the incontestable history of the rise of the humanization of punishment in the ongoing and inexorable process of civilization, as well as the non-temporal rationalizations set for a more dignified punitive reality, which were to be interpreted as the intricate graph with more spiral than linear strategies and urgencies than the capitalist mode of production demanded to establish class domination, subordination and repression, because of advances and regressions stimulated by the actual economic dynamics.

I have already emphasized that criminality represents a social construct and, obviously that the institutions of control do not treat the deviation as a damaging phenomenon to all the social group, whilst the penal law is in place for the service of the general interest, but with the expression of supremacy of the dominant class. Still, one cannot fallback into the economic determinism which for such a long time perverted the Marxist proposition, reducing it to two factors: the infra-structure, on an economic base, and the superstructure, amalgamated from ideologies and judicial conventions. The contribution of Foucault serves in the understanding of the ascendent circular nature of power, delinked from an automatism of a mechanical economic cloudy weather, or the ideology proposed by organic intellectuals, however, converging to immanent techniques and knowledge to the social bosom and linked to regulatory as well as cultural, political, charismatic forces etc⁸⁸⁴.

Furthermore, the historic relationship between the labor market and punishment (linking the economic base to the superstructure of control of the social system formation, must be seized, as in the celebrated formula made explicit by

⁸⁸³DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal. – Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. pp.31/36.

⁸⁸⁴DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal.... p.37.

Rusche/Kirchheimer: “*Every system of production discovers punishment that correspond to its productive relations*”⁸⁸⁵.

So, as the labor market is the fundamental determinant of the criminal justice system: (1) if the workforce is insufficient for the need of the market, the punishment will assume the form of forced work with productive disciplinary and protective ends for labor; (2) if the workforce exceeds the market needs, the punishment assumes the form of bodily punishment for the destruction or extermination of useless labor.

The history of punishment and the punitive systems translated into the history of *two nations* (powerful and dispossessed - *labelers* and *labeled* in the criminalization process) and into innumerable variations and strategies to amortize the domination, making it at the same time more consistent, yet also more imperceptible and camouflaged by juridical norms. According to the transformations through which the penal system has passed, it remains clear that it is the relations between the social classes in the labor market that explains the generalization of prison as a method of control and discipline in the relations to production (factory) and distribution (market) to form a workforce necessary and suitable for the productive apparatus⁸⁸⁶.

According to Foucault's theories, the productive systems must be studied for their positive effects (that fulfill a complex social function) and not for their negative effects (sanction/repression), or perhaps, a political economy of bodies inserted into positions of power, unexplained by the rules of Law. There soon occurred political mediation of the penal system to realize objective economic aspects specifically for the extraction of utility and the obtaining of docile bodies.

On the threshold of the transition from the *Ancien Régime*, in which absolute *sovereign power* reigned, which lacerated and annihilated theatrically the

⁸⁸⁵RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. (trad.) Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.p.20

⁸⁸⁶CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.62/63.

tortured bodies, for a proto-bourgeois society with a primitive accumulation of capital, the birthplace of *disciplinary power*, the economic injunction which necessitated productivity, required the change in focus of the *negative function* of physical destruction and the elimination of the deviation, for the *positive function* of recuperation, training, discipline and the normalization of the different and subjugated. In a silent and discrete manner started the grand shutdown of the masses henceforth shaped by the workforce, because the word ‘order’ binds itself in the sense of the preservation of the human contingent, normalized and with a productive potential⁸⁸⁷. Ultimately, with the passage of torture in prison, the *power which destroys* presented itself to be **substituted** by the *power which transforms*, as well as the *sovereignty that prohibits* to be **substituted** by *governmentality which regulates, orders and organizes and settles*⁸⁸⁸.

Their reigned in the mercantilist period a pressure for the intensive exploitation of work of the growing population in the urban centers— London, the international model and in the United States, New York and Philadelphia, large numbers of people were attracted to the suburbs, although, many of them sent out for the diversion, as a result of the material privation that they suffered and made them, therefore, more vulnerable to the incipient bureaucratic state control⁸⁸⁹. Feudal paternalistic ties were broken⁸⁹⁰, increasing the *anonymity of existence* in poor parts of the city, as well as the desperation and the decrepitude of the

⁸⁸⁷ DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal.... pp.26/27.

⁸⁸⁸ DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal. – Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. pp.84/86.

⁸⁸⁹ SCULL, Andrew. *Decarceration*. Prentice-Hall, 1977.p.16.

⁸⁹⁰ “But the market destroyed the traditional ties between rich and poor and the reciprocal notions of paternalism, deference, and dependence which characterized the old order, producing profound shifts in the relationships between super-ordinate and subordinate classes, and of upper class perceptions of their responsibilities towards the less fortunate. (...) These changes in structures, perceptions, and outlook which marked the transition from the old paternalistic order to a capitalist social system provided a direct source of bourgeois dissatisfaction with the traditional, non-institutional response to the indigent” SCULL, Andrew. *Decarceration*...pp.24/25.

miserable population, as well as to strengthen what Foucault denominated the institutions of the “*police*”, necessary to legitimize a “*Reason of State*”⁸⁹¹.

The control assumes, therefore, a more institutional form to work/struggle with the surpluses, this trend revealed by the establishment of houses of correction (*workhouses*) in Europe, starting at Bridewell, London, founded in 1555, until the Hôpitaux Généraux de Paris, in 1656⁸⁹². There was a real pressure by the urban elites to establish these disciplinary locations, whose existence in a feudal society would have been impractical, as much because of the lack of the necessary administrative techniques, as to the lack of the minimum capital accumulated to pay for and maintain them⁸⁹³.

Previously, in the Middle-Ages, the *abnormals* (prostitute, aged, lunatics, the physically-challenged, the sick, vagrants, petty thieves etc.) receive, the maximum, Christian charity or particular treatment in a domestic environment by informal methods, without social implication; with the centralization of Monarchist power, the secular authority subjugated the role of the church in the civil life of people. The state institutions were obviously interested in this volatile *able-bodied*

⁸⁹¹ “Ainsi, la raison d’État, en dehors des théories qui l’ont formulée et justifiée, prend forme dans deux grands ensembles de savoir et de technologie politiques: une technologie diplomatico-militaire, qui consiste à assurer et développer les forces de l’État par un système d’alliances et par l’organisation d’un appareil armé; la recherche d’un équilibre européen, qui fut l’un des principes directeurs des traités de Westphalie, est une conséquence de cette technologie politique. L’autre est constitué par la ‘police’, au sens qu’on donnait alors à ce mot: c’est-à-dire l’ensemble des moyens nécessaires pour faire croître, de l’intérieur, les forces de l’État. Au point de jonction de ces deux grandes technologies, et comme instrument commun, il faut placer le commerce et la circulation monétaire interétatique: c’est de l’enrichissement par le commerce qu’on attend la possibilité d’augmenter la population, la main-d’œuvre, la production et l’exportation, et de se doter d’armées fortes et nombreuses. Le couple population-richeesse fut, à l’époque du mercantilisme et de la caméralistique, l’objet privilégié de la nouvelle raison gouvernementale.” FOUCAULT, Michel. Sécurité, territoire et population. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v. III, 1994.p.721.

⁸⁹² MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário – séculos XVI –XIX. Rio de Janeiro: Revan, 2006.pp.33 e ss.

⁸⁹³ SCULL, Andrew. *Decarceration*....pp.23/24; 31.

army⁸⁹⁴ to combine apparent philanthropy with a trick camouflage of increase value⁸⁹⁵.

However, if, on the one hand, capital liberated the work ties and the personal and territorial dependency (feudalism), for another, it installed a form more attuned to servility⁸⁹⁶. The penitentiary arose at this historic moment as a social institution subordinated to the factory, a kind of laboratory for the disciplinary techniques for the handling of the *political economy of the body* and the formation of a *subject proletariat*⁸⁹⁷, as well as a reflection on organizational and ideological profile. In this form, if the work contract fixed the duration of the personal and subordinated rendering of services, the sentence fixes the time length for the crime, as an equivalent value in exchange⁸⁹⁸. The privation of liberty for time (a general equivalent in exchange for the crime) represented a “*form of salary*” applied as punishment. The prison realized the “*economic-moral accountability*” of the condemned and produced the social body mechanisms to transform coercively the condemned through techniques of isolation, *work and change*⁸⁹⁹.

The transformatory evolution of prison, from a marginal institution to the penal system that is the principal form punishment in society (establishing the period of liberty removed as a general and abstract criterion of value, started with the model Rasphuis (Holland), passing on to the subsequent models of Gand (Holland) and Gloucester (England), both correction models (isolation and length of punishment), and the model in Philadelphia (USA) – instituted as an apparatus of knowledge to form individualized knowledge of the condemned⁹⁰⁰.

⁸⁹⁴ “The significance of the distinction between the able-bodied and the non-able-bodied poor thus increases *pari passu* with the rise of the wage labor system.” SCULL, Andrew. *Decarceration*. Prentice-Hall, 1977.p.27.

⁸⁹⁵ SCULL, Andrew. *Decarceration*... pp.17/18 e 26.

⁸⁹⁶ DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal.... pp.42/43.

⁸⁹⁷ DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... p.99.

⁸⁹⁸ PASUKANIS, E. Teoria Geral... p. 203.

⁸⁹⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.80/81

⁹⁰⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.71/73.

According to Foucault's "*microphysics of power*" the power to punish transferred the body torture to the centralization of the "*incarceration archipelago*" for prison (man substituted crime as the principal object of judgement and the prison of the body is an intermediary in search of its "soul"). There also occurred a division of work with the contest of parallel judges, the "*moral orthopedists*", as a result of the complexities of judgements; the result being the intensification of the normalization process of the subject, hidden behind the scientific truth. In reality the penal system constituted a strategy to power which, is helped by scientific knowledge and influenced by the variable economic social structure creating permanently an "*ideology of submission*", in all those subjugated to social control.

The disciplinary power, instituted by the Panopticon principle and its developments (*vigilance, sanction and examination*) transformed punishment in central social control institution intending to extract docility and utility from bodies, putting each individual in his place and in every place an individual squarerization⁹⁰¹.

The reformist movements in this epoch, who sought more humane punishments, without explicitly addressing the disciplinary training, were also vindicated by the better classification among all of those that deviated from the *normality curves* and, along with the specialization in correctional treatment came the professionals⁹⁰²:

“(..) jailers were transformed into prison wardens; madhouse keepers into alienists or psychiatrists; the local militia were replaced by a bureaucratically organized police force; the parish vestrymen by paid Poor Law Guardians”.⁹⁰³

⁹⁰¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical...pp.77/78

⁹⁰² “That is, the way the emergence of assorted ‘experts’ in the control of various forms of deviance, and the elaborate ideological accounts of their work these groups produced, helped to complete and lend an aura of objectivity to the process of rigidification of the various subcategories of deviance” SCULL, Andrew. *Decarceration*... p.30.

⁹⁰³ SCULL, Andrew. *Decarceration*... p.22.

With a more industrialized capitalism, prison became an instrument of terror and degradation (instituted torture, solitary confinement, hard-labor). So, the *workhouses*, which had originally served to teach work discipline (*or of hunger*) to useful bodies, from one moment to another became the depository of the unemployable⁹⁰⁴, the decreptic and the decadent. Even though, these people were harmless, they were best neutralized behind walls, or perhaps, best kept out of *harm's way*⁹⁰⁵.

The discipline of individual enclosed bodies, after being revealed as insufficient in the aurora of the XIX century, was coupled with the power to regulate large groups of humans of within industrial society, becoming an even more rational management (power-knowledge) of the productive forces. The perfect articulation between the disciplinary techniques and the governing of populations occurred in the first half of the XX century, with the consecration of the *Welfare State* and its penal paradigm of correctional incarceration⁹⁰⁶.

In this phase of social development, more than 200 years of the propagation of penal reformist movements without significantly changing the situation of a *superpopulation* locked up - inert and undisciplined or consider the quality and conditions of incarceration, many people believed that the old correctional centers were a hazardous reality, to such a point that the only means for improvement was to empty out the prisons and asylums:

*“De-incarceration, deinstitutionalization, diversion – under whatever name the process currently masquerades – the movement to return the bad and the mad to the community has led many to anticipate (or even announce) the advent of the therapeutic millennium.”*⁹⁰⁷

This political criminal movement represented a new correctional program *flexible, adaptable and community-based* with an end to facilitate the *reintegration*

⁹⁰⁴RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social... pp.154/155.

⁹⁰⁵SCULL, Andrew. *Decarceration*...pp.29/33.

⁹⁰⁶DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... p.27.

⁹⁰⁷SCULL, Andrew. *Decarceration*... p.41.

of offenders by way of avoiding incarceration or the effects of *stigmatization* of institutional punishment. The principal defenders of this *community service* still advocate real *humanization* in the penal execution, in order to contain *the deficit of places* in prisons and, principally, to *reduce the cost* of crime⁹⁰⁸.

Scull argued that, there has always been resistance to remove condemned criminals from prison and relocate them in the community, especially when the multi-secular feeling of the value of retribution punishment (suffering) held sway – and the idea of the deinstitutionalization of punishment almost appeared as impunity –, the alternative punishments consolidated the policies of *Welfare State*⁹⁰⁹, whose measures, as well as allowing the reproduction and maintenance of the workforce, also imported an improved *quality* in work conditions.

The main motive for the option for a *diversified policy of social control* was to squeeze the budget in favor of the useful costs of the proposed policies for the benefit of the organized working class, faced with the wasted cost and damage to maintaining people imprisoned which had to be amortized:

*“In such circumstances, the continuation of an increasingly costly social control policy which, in terms of effectiveness, possesses few advantages over an apparently much cheaper alternative becomes ever more difficult to justify; and the attractiveness of that alternative to governments under ever greater budgetary pressures, whatever the political difficulties in the way of its realization, becomes steadily harder to resist.”*⁹¹⁰

⁹⁰⁸SCULL, Andrew. *Decarceration...* pp.42/43.

⁹⁰⁹“Clearly, the advent of the welfare state reflected in some measure a lessened resistance to such legislation on the part of a capitalist class increasingly led to confront the implications of the fact that, in advanced economy, human faculties are as important as means of production as any other kind of capital. Equally, however, the historical genesis of the welfare state is also the product of political struggles on the part of the increasingly organized labor movements. To this extent, welfare measures represent ‘social concessions’ made under the threat of, or in anticipation of popular discontent and struggle. (...) Social polarization and the more acute forms of class conflict have thus been minimized by the working classes’ ability to extract a whole series of economic and social reforms. Reforms which have modified but not destroyed the underlying character of the capitalist political and economic system. Indeed, such compromises on the part of the state apparatus vis-à-vis the dominated classes have to a significant extent served to strengthen the system as a whole, even while, they have necessarily involved the sacrifice of the short-term and even long-term **economic** interests of particular sections of capital.” SCULL, Andrew. *Decarceration...* p.136.

⁹¹⁰SCULL, Andrew. *Decarceration...* p.139.

The regulation of the *reserve industrial army (surplus)*, superfluous to advanced capitalism, through biopolitics, explains why not all the unemployed is criminalized: part of it (*social junk*) is created by paternalistic *welfare* measures, whilst the problematic part (*social dynamite*), is formed from congregating groups of negative stereotypes – ethnic minorities, immigrants and poor youth – who receive the rigor of the police and prison⁹¹¹, or even some *alternative punishment*, without the same institutional rigor. However, a gradual assumption of some punitive vestiges of the same *welfare* measures to hinder and limit access to the benefits (bureaucratic selectivity) can be seen and the social stigmatization of the beneficiaries, which could be a weight to be shouldered by all of the other contributors, or perhaps, as vagrants⁹¹².

However, at the beginning of the 60s, with the progressive dismantling of the *Welfare State* by a neo-liberal attack (*economic deregulation*), the context of punishment became marked by *ideologies of repression* – consecrated in a real *Penal State (hypertrophy and hyper-regulation of punishment)*-, whilst at the same time abandoning a large part of the disciplinary project – pure and simple.

The disciplinary society, that is, where the disciplinary institutions and apparatus predominate and, in which individuals submit themselves to a permanent control, was the same capitalist society which allowed the accumulation of capital and the formation of complex productive systems in the XIX and XX century. The actual society is not more disciplined, just a *controlled society*⁹¹³.

⁹¹¹ “Personnellement, l'idée que j'ai voulu introduire dans la discussion, c'est que l'appareil d'État bourgeois de justice dont la forme visible, symbolique est le tribunal avait pour fonction essentielle d'introduire et de multiplier des contradictions au sein des masses, principalement entre prolétariat et plèbe non proletarisée, et que, de ce fait, les formes de cette justice et l'idéologie qui leur est liée doivent devenir la cible de notre lutte actuelle.” FOUCAULT, Michel. Sur la justice populaire: Débat avec les maos. IN: **Dits et Écrits**. Org. Daniel Defert e François Ewald. Paris: Gallimard, v. II, 1994.p.368.

⁹¹² FONSECA, Marcio Alves da. Michel Foucault... p.131.

⁹¹³ DELEUZE, Gilles. Post-scriptum das sociedades disciplinares...(online version) pp.02/03

In this new situation the technologies of control are not used solely to train and optimize the workforce - exactly because it is difficult to dissipate energy and waste, or perhaps, the abundance of the productive force through *negative excesses*⁹¹⁴. They, whilst being techniques for risk prevention, in fact, function to monitor, segregate and contain, in prison or ghetto and poor neighborhoods the excluded classes – considered “dangerous” - in this chain of employment, when its potential is no longer of interest to the formal, legal and economic cycle and, thus, must be segregated from the other laboring classes⁹¹⁵.

It is a retrograde trend of present day life, when, in a time of unemployment, disciplinary techniques to exercise a power-knowledge over individual bodies normalized and reinserted in the context of productivity is being developed. Still, in times of excess (negative and positive), there has been a progressive abandonment of simple alternative penal measures and of correctional prison (for recuperation) for a return of neutralization and inoculation *tout court* of the individual, this is, to control populations no longer by *power-knowledge*, but by *non-knowledge*, once there is no longer an interest in individuality

The abundance of **alternative punishment**, it has been more than 70 years since the start of the movement for de-incarceration, one perceives that there are two historical trends, that of correction and training, as well as neutralization by informal stigmatization in public – outside prison. There is no longer a preoccupation with the production of subjectivities, only the pure destruction of them⁹¹⁶. This form of *diversion* punishment has been historically always linked to, or at the service of *disciplinary power*, or *bio-power*.

Humanitarian penal reform, still sustained by some, or even its deinstitutionalization, has encountered a minimum limit – the principle of *less eligibility* by which the entire repressive system must adapt to inferior levels of life

⁹¹⁴DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... p.90.

⁹¹⁵DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... pp.27/28.

⁹¹⁶DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal... pp.112/113.

than those supported by the poorest free-working population, in order to maintain the function of constraining and dissuading punishment⁹¹⁷. This vector conditions the situation and the *surplus value* of the workforce: when the economic offer of this good is greater, the contracted equivalent price will be less, thus how much worse will the work conditions of the proletariat get? And what about the punishments? In these historical periods they become more severe in order to destroy waste and the leftovers: they are severe and cruel punishments, unproductive forced-labor, of laborious and insupportable prison conditions.

As such, actually the development of the mode of capitalist production points to a second alternative: the demands of a neo-liberal economy to create the best possible conditions to attract investors and productive capital which implicates the growing dismounting of the nucleus of public policies and the flexibilization of social rights harshly gained by the organized working class in the “*la Belle Epoch*”, at the beginning of the century. the economic structure, then, conceded liberty only to markets and becomes enriched, simultaneously, banks and financial speculator, at the same time as creating a new world of *dead work crystalized in capital*, or perhaps, a automation obtained by technological development, making *live work* all the more unnecessary⁹¹⁸. As an inexorable consequence of collapse of citizenship, there is a terrible wave of recrudescence of the *punitive strategies of segregation* in the West, taking for example, the penal policy of England and the United States.

Moreover, the trend for the widening of *punitive segregation* remains most evident if one were to count the individuals *on probation* or *on parole*, that is submitted to varied forms of ***alternative punishment***, demonstrating that almost 5%

⁹¹⁷ RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social....pp.152/153.

⁹¹⁸ ARGÜELLO, Katie. Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem. Conferência proferida no “1º Congresso Paranaense de Criminologia”, realizado em novembro de 2005, em Londrina.pp.02/03.

of the adult population of any country was engulfed by a formal control system, institutional or non-institutional⁹¹⁹.

The convergence of Marxist and Foucaultian concepts⁹²⁰ demonstrates the existing symbiosis between the forms of control required in reality – evermore flexible, plastic and cheap and less institutional, but no less intrusive of the body and soul – and the economic structure strongly marked by the non-intervention of the state and the abandonment of citizenship: it appears then that ***alternative punishments*** really represent a favourite option, which reconciles the dislocation of the social controls of sectors of unproductive zones (public jail houses and prisons) with the productive zones of industry and commerce⁹²¹ monopolized henceforth by subtle *punitive segregation*, and where licit and illicit activities appear interwoven as never seen previously⁹²².

Finally, global financial capital values above all the growth added - *values* and accentuating it monopolistic accumulation, including assuming the function, previously carried out by the state, this trend being revealed by the hypotheses of *diversification punishment* controlled chiefly by the community – called by Wacquant, the *horizontal extension of the penal network*⁹²³.

In conclusion, the theoretical-genealogical unveiling of the umbilical relationship between ***alternative punishment*** and the ***economic-social penal structure*** confirmed the thesis espoused in the axis of Critical Criminology by their ***objective aspects*** and ***subjective aspects***, as well as reinforcing the trend of expansion of the *diversified/deinstitutionalized punishment policies* marked by the explicative of the ***prison overpopulation***, the ***fiscal crisis*** and the ***growth of social control*** - perhaps by *disciplinary techniques*, perhaps by *bio-politics*.

⁹¹⁹WACQUANT, Loïc. *Prisões da Miséria*. Trad. André Telles. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. pp.83/84. Also: WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. Eliana Aguiar. – Rio de Janeiro: Revan, 2003.p.69.

⁹²⁰BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica*.pp. 191/192.

⁹²¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*... p.601.

⁹²²ARGÜELLO, Katie. *Do Estado social ao*...p.21.

⁹²³WACQUANT, Loïc. *Prisões da Miséria*... pp.83 ss.

EPILOGUE: THE RISE OF NEW FORMS OF SOCIAL CONTROL

The most varied of *diversifying strategies* adopted in *Criminal Policy* (or better still, mere *Penal Policy*) of neo-liberal capitalism has prompted, not the possible existence of mechanisms of real *penal alternatives*, or the resolution of problems maximized by *structural violence* (by insufficient material and economic utilities) or by *institutional violence* (provoked by the practices of state agencies), but the *increase in the network of social control* (the *net-widening effect*⁹²⁴), amplified over and above by the perception of common sense captained by the traditional criminological method.

Certainly the *flexibilization* and *informalization* of *limits* and *conditions* of criminal punishment implemented, does not guarantee the effective subjective rights of those being subjugated; on the contrary, the *de-institutionalization* of punishment breeds the systematic violation of these same rights, categorized as fundamental, now transformed into a largely accepted procedure and an almost imperceptible negativity.

The disciplinary practices and techniques concentrated in the extreme total institutions⁹²⁵, such as prisons, contrary to appearance, do not weaken, but are invigorated by the utilization of *hierarchical vigilance*, *normalized sanctions* and *examination*, also disseminated to all society, amalgamated in the daily lives of people automatically, without any type of questioning.

After all, *normalization* represents the final objective of *alternative punishments*, for to be “beneficial” it is necessary to demonstrate a certain degree of *normalization*, as well as a perspective on the submission to a more intense and invisible process of *normalization* with the maximum extraction of the positive effects of utility and docility; or perhaps, the individual must return to the social

⁹²⁴KAISER, Günther. Diversion... p.91.

⁹²⁵GOFFMAN, Erving. Manicômios, Prisões e Conventos. Trad. Dante Moreira Leite. –São Paulo: Perspectiva, 2007. p.16

market, as a consumer or producer, ultimately, helping the gearing of the mode of production⁹²⁶.

To distribute and classify the people submitted to the formal process of social control, by the *normality curves*, the penal system imposed sanctions that were not only mere physical training, but were seen as the principal way to penetrate the soul of the accused/condemned. Thus, during the probationary period of the *alternative punishments*, the subjects had their lives minutely monitored and publicly exposed every time that they retied to their homes at a determined time; abstaining from frequenting *non-normalized* places; changing address without previous judicial consent or spending their leisure time, their intimacy and their preferences; to periodically appearing before a judge to inform and justify their activities and their personal impressions of the occupation developed, among others matters⁹²⁷.

What in the past represented the domination of religious justification emanating from an extemporal and omniscient creator was substituted by an omnipotent science and the indisputable truth of the methods to engender them⁹²⁸. The model of the divine and vengeful father of the biblical texts, close to the father of George Bandeman in “*The Verdict*”⁹²⁹ and the father of Gregor Samsa in “*Metamorphosis*”⁹³⁰, shaped a state abstraction, impersonal, bureaucratic and Kafkaesque, as in “*The Process*”⁹³¹, capable of inflicting unspeakable psychological and physical suffering on all the hidden *Josef Ks* in the world and, even worse, using *informal measures*, not formal punishment.

⁹²⁶BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização... p.176.

⁹²⁷BORGES, Clara Maria Roman. Jurisdição e normalização... pp.177/178.

⁹²⁸PASSETTI, Edson. Kafka e a Sociedade Punitiva. IN: Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. Edson Passetti (Org). – São Paulo: IBCCrim, 1997.pp.177/178.

⁹²⁹KAFKA, Franz. O Veredito/Na Colônia Penal. Trad. Modesto Carone.- São Paulo: Companhia das Letras. 1998.

⁹³⁰KAFKA, Franz. Metamorfose. Trad. Modesto Carone.- São Paulo: Companhia das Letras. 1997.

⁹³¹KAFKA, Franz. O Processo. Trad. Modesto Carone.- São Paulo: Companhia das Letras. 1997.

The problem is linked to the vagueness these infamous *de-institutionalizing* or *repressive measures* become or proceed in the same sense of increasing or re-legitimizing, even indirectly, the stereotyped *genocide in action*, in marginalized regions of the world, such as Latin-America⁹³².

However, the trend does not indicate punishments to increase the prerogatives and ascendancy of state agencies regarding the legality of their activities. Unfortunately, there has been, *pari passu*, a recrudescence of incarceration and summary executions, without trial, illegally embraced by the state agencies, as well as, the official tolerance of death-squads and militias⁹³³.

Firstly, informal incarceration and sanctions, enter the penal “provisional” process – the form of preferential argument for the misery on the periphery of capitalism-, and in the *form of restrictions of rights without due process* or, at least, *without a definitive judicial decision*, of those *not so socially vulnerable* such as the *penal transaction and the conditional suspension process*. Secondly, summary executions increase even more the actual humanitarian catastrophe, including the intensification of the risky situations in transportation and industry, which victimizes imprudently millions of people⁹³⁴, once the laws here, those same internationally agreed conventions to guarantee the quality of life,, have not been respected, and in other words, in a region on the margins, where a life is worth little, or practically nothing.

Moreover, over and above this state *biopolitics* which determines the value of life, which retreats without any remorse into *biological death*, once the priority is no longer the *individual subjectification* of the controlled, only the imposition of a collective command over the multitudes, there remains the grave problem of *biographical death* of the unemployed, of those confined in ghettos and those

⁹³²ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal. (trad.) Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991.pp.123 ss.

⁹³³ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das... pp.121/122.

⁹³⁴ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca... pp.123/124

deposited in *gulags* and prisons. In these times, the *State of Exception*⁹³⁵ of *extreme biopolitics* (*thanatos-politics*) upsets the rule and *naked life*⁹³⁶ the refuge of globalization, can be harvested at a low cost or involvement.

In fact, there is a great failure at the core of the *diversified punishment* criminal-corrective program, in which it is justified as a measure of contention of the damaging effects occurring in public prisons where prisoners are dropped and piled up, without any prophylaxis or dignity, in numbers far greater than the actual capacity to keep them. All of this looms at the moment in which the policy of social segregation will demand an intense future wave of incarceration, to imprison the misery produced and, consume prisoners, without a disciplinary counterpart— once it is no longer possible to discipline even work-, increasing the risk of probable recidivism at the end of the punishment, as a consequence of stigmas and the sub-culturation suffered.

If it is evident that social control is increasing in a disproportionate manner, and the examples of dystopian narratives, as opposed to utopian, appear to be not too distant from our own reality. In this genre, the dystopian writers (or anti-utopian) wrote fictional works characteristic of XX century: the dystopias, visions of civilization which propose a non-ideal world. On the contrary: humanity in decadence, inserted onto a stage in which technology has attained high levels of development, and interpersonal relationships are constantly being monitored, controlled and censored. The novels “1984”, by George Orwell, “*Brave New World*”, by Aldous Huxley, “*I, Robot*”, by Isaac Asimov, and “*A Clockwork Orange*”, by Anthony Burgess are important examples of this genre.

“*Brave New World*, 1932⁹³⁷” is a novel which presents the tragic vision of a future in which human lives are controlled from conception. The individuals are submitted to constant conditioning, prohibited reading and the manifestation of

⁹³⁵AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Trad. de Iraci D. Poleti. – São Paulo: Boitempo, 2004.p.13

⁹³⁶AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua. Trad. Henrique Burigo. – Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.pp.148/149.

⁹³⁷HUXLEY, Aldous. Admirável mundo novo. 11. ed. Rio de Janeiro: BRADIL, 1969.

affection. Interpersonal relationships are indifferent and there is a questionable hierarchy of castes, filling the social positions of the subjects predefined at the time of foetal feeding; thus designing a hyper-controlled society, in which no violation of order is tolerated. So much so, that 'readers', for example, are considered "savages" and imprisoned like wild animals in a sequence of strong and highly convincing narratives.

Equally disturbing is the dystopian vision of Anthony Burgess's "*A Clockwork Orange* 1962"⁹³⁸, whose story was adapted for the screen by the director, Stanley Kubrick⁹³⁹, in 1971. In Burgess and Kubrick's decadent future, an apparently infallible method of criminal control was created: the *Ludovico Method*, capable of "curing" criminal subjects by subjecting them to an over-exposure of violent images. The protagonist, Alex, is submitted to a type of treatment or experimental aversion therapy. The question raises a series of discourses on natural ethics. After all, how is it possible to try and combat future manifestations of physical violence by means of a terrifying example of mental violence, institutionally legitimized?

The role of the State as a legitimizer of excessive violence to control society permeates "*Minority Report – The New Law*" (*Minority Report*⁹⁴⁰, 2002), directed by Steven Spielberg. In the film, the Washington police, in 2054, implant a method, to combat crime, based on premonitions of three "*precogs*", individual paranormals that have visions of the future. The criminals, therefore, are arrested 'before' they commit any crime, which made the "*New Law*" a total success. A *questionable success*: is it possible to arrest an individual for crimes yet to be

⁹³⁸BURGESS, Anthony. *A laranja mecânica*. Rio de Janeiro: Artenova, 1977.

⁹³⁹Ver KUBRICK, Stanley; MCDOWELL, Malcom; MAGEE, Patrick; BATES, Michael. **Laranja mecânica** = *A clockwork orange*. [S.l.]: Warner Home Vídeo, 2006. 1 DVD (137 min.): NTSC : son., color. ; (Coleção Stanley Kubrick).

⁹⁴⁰FRANK, Scott; COHEN, Joe; SPIELBERG, Steven; BONT, Jan de; CURTIS, Bonnie; MOLEN, Gerald R.; PARKES, Walter; CRUISE, Tom; SYDOW, Max von; HARRIS, Steve; MCDONOUGH, Neal; KILPATRICK, Patric. **Minority report** : a nova lei = *Minority report*. [S.l.]: Fox Home Entertainment, 2003. 1 DVDs (148 min): NTSC : son, color.

committed? How can you punish an individual for murder if the crime has not yet been committed; instead be punished for “*foreseen*” crimes? Spielberg answered the question: it is not possible, since the “*New Law*” is essentially a failure. To make a point in our reality (and it is important to register that dystopias are, yes, hinged on the present, which originated the characteristic critical accent of these narratives) the disquieting question arose: would “*pre-crime*” only remain science fiction?

The focus of critical-criminology analysis of criminal politics sought a democratic alternative for social control in the period of monopolistic capitalism: if the *official penal policy*, circumscribing the relationships of distribution, is defined by the processes of penal criminalization and stigmatization, those who object to the control of the dominant classes and the discipline of the workforce (or, as we saw, only control and mere submission without discipline), and all of this is reinvigorated by the policy of ***alternative punishments***; on the contrary, the *radical criminal policy* objectifies the transformation of the judicial and political superstructures of capitalism, by the reduction of social inequalities in the criminal justice system, amplifying real democracy and the development of class consciousness and organization policy in the working class, without recourse to more of the same Penal Law⁹⁴¹, a trend especially strong in the prison regime of the present controlled societies, in which, Deleuze pronounced: “*the search for "alternative punishments", at least for petty delinquency, and the use of electronic tags, which obliges the condemned person to remain in his home at certain hours*”.⁹⁴²

The not necessarily well-intentioned *process of de-institutionalization*, consolidated into a *movement of prison in the community*, amplified social control based, however, on false humanitarian, technical and economic arguments and, under the pretence of an apparent liberalism, actually hid a *policy of prison reinforcement*, always used as the *ultimate resource of fear*, by its immanent *possibility of (re)conversion*.

⁹⁴¹CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical... pp.118/120

⁹⁴²DELEUZE, Gilles. Post-scriptum...p.04.

At this point it is clear that to be outside the prison system, is better than nothing. The *alternatives* plainly justified, in the first moment of battle for *penal minimalization*, with steps approximating the final strategic objective -: opening prison to society! This will be realized only with the limitation of the perverse consequences of incarceration and with the institution not of re-socialization through prison (a state proposal bankrupt of positive special prevention), but the socialization notwithstanding it, by and for the community⁹⁴³.

Still this modest progress is not of great value if, one counters the expansion of the punitive apparatus and mitigates the utilization of prison, this remains unscathed at the center of the penal-prison archipelago! Sometimes, a single form to reinvigorate *alternative punishments* strictly linked to the abolition of prison punishment. Only in this case has there been any effective humanist advancement and, following, the abolishment of even the *alternatives punishments*, once, Radbruch stated in a lecture, *not to search for a better Penal Law, but something better than Penal law*⁹⁴⁴. *Substitution* (of the punishment) will never overcome it, six of one and half a dozen of the other, is just *penal reformism*.

Therefore, instead of searching for more efficient systems of *electronic monitoring*, laser bracelets, graphic computation for the reconstruction of faces and crime scenes, and all the ingenuity of the punitive human mind now, in the present and in the near future, by creating more laws, more punishments, more police, more judges, more prisons – knowing full-well that having evermore repression and evermore people submitted to these forms of control, without any reduction in the number of crimes and the root causes of the social problems or resulting from it⁹⁴⁵-, would be a *real alternative*. One hopes in the future that there will be no future for prisons, punishment, or for *punishment alternatives*.

⁹⁴³CIRINO DOS SANTOS, Juares. A Criminologia Radical... pp.120/123.

⁹⁴⁴RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Vol II. - Coimbra: Armênio Amado Editor, 1961. p. 97

⁹⁴⁵SHECAIRA, Sérgio Salomão. Prisões do Futuro? Prisões no Futuro? IN: Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. Edson Passetti (Org). – São Paulo: IBCCrim, 1997.pp.173/175.