



**UEPB**

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS I  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO  
CURSO DE DIREITO**

**DANIELA MELISA GOMES SANTOS**

**CRIME E CASTIGO: FUNÇÕES OCULTAS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE  
NO SISTEMA NEOPUNITIVISTA**

**CAMPINA GRANDE  
2021**

DANIELA MELISA GOMES SANTOS

**CRIME E CASTIGO: FUNÇÕES OCULTAS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE  
NO SISTEMA NEOPUNITIVISTA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Área de concentração:** Ciências criminais e novas tecnologias

**Orientador:** Prof. Dr. Luciano do Nascimento Silva

**CAMPINA GRANDE  
2021**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

S237c Santos, Daniela Melisa Gomes.  
Crime e castigo [manuscrito] : funções ocultas da pena privativa de liberdade no sistema neopunitivista / Daniela Melisa Gomes Santos. - 2021.  
18 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2021.

"Orientação : Prof. Dr. Luciano do Nascimento Silva, Departamento de Ciências Jurídicas - CH."

1. Pena privativa de liberdade. 2. Neopunitivismo. 3. Ciências criminais. I. Título

21. ed. CDD 345

DANIELA MELISA GOMES SANTOS

**CRIME E CASTIGO: FUNÇÕES OCULTAS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE  
NO SISTEMA NEOPUNITIVISTA**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentada ao Centro de Ciências  
Jurídicas da Universidade Estadual da  
Paraíba, como requisito parcial à  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Ciências criminais  
e novas tecnologias

Aprovada em: 5/ 04/ 2021.

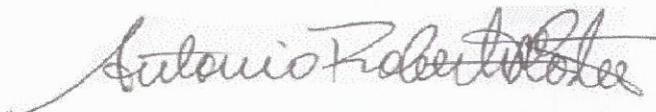
**BANCA EXAMINADORA**



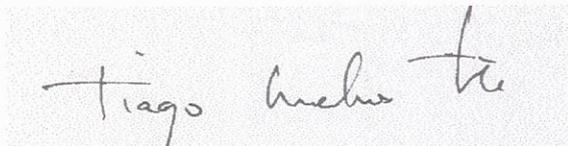
Prof. Dr. Luciano do Nascimento Silva (Orientador)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Profa. Dra. Ana Clara Montenegro Fonseca  
Universidade Federal da Paraíba (UFPB)



Prof. Dr. Antonio Roberto Faustino da Costa  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Me. Tiago Medeiros Leite  
Centro Universitário de Patos (UNIFIP)  
Faculdade Católica Santa Terezinha (FCST)

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>07</b>
<b>2</b>	<b>REVISÃO DE LITERATURA .....</b>	<b>08</b>
<b>2.1</b>	<b>Funções declaradas da pena .....</b>	<b>08</b>
<b>2.2</b>	<b>O (pseudo) colapso da pena de encarceramento .....</b>	<b>10</b>
<b>2.3</b>	<b>Funções ocultas da pena .....</b>	<b>12</b>
<b>2.4</b>	<b>Pena privativa de liberdade e neopunitivismo no ordenamento brasileiro .....</b>	<b>13</b>
<b>3</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>16</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>17</b>

# CRIME E CASTIGO: FUNÇÕES OCULTAS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO SISTEMA NEOPUNITIVISTA

Daniela Melisa Gomes Santos\*

## RESUMO

A questão carcerária causa constrangimento ao Estado Democrático de Direito, assim a pertinência teórica encontra sua relevância social na necessidade de escancarar, por uma perspectiva crítica, a falência da política de encarceramento adotada no Brasil; enquanto a relevância jurídica reside na influência do tema no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo é tecer uma análise crítica sobre as funções não declaradas da pena restritiva de liberdade no sistema criminal que adota o neopunitivismo como modelo punitivo. Dentre o referencial teórico utilizado, apresentam-se como irrenunciáveis para a construção do trabalho os pensamentos de Feuerbach, Claus Roxin, Günther Jakobs e Sanchez. A metodologia empregada é a bibliográfica, a investigação possui caráter exploratório-descritivo caráter exploratório-descritivo de tipo quantitativa baseada fundamentalmente no método dedutivo. A doutrina brasileira trata, majoritariamente, da falência da pena privativa de liberdade, havendo pouca literatura sobre as funções não declaradas da pena, além disso, as outras que abordam o neopunitivismo cuidam basicamente de explanar os pensamentos de autores estrangeiros, praticamente inexistindo obras originais nesse sentido. Em um primeiro momento, analisa as principais contribuições funções retributiva, preventiva e mista da pena privativa de liberdade. Posteriormente, cuida das disfunções da pena de encarceramento, indicando a crise de legitimidade do sistema prisional. Na sequência, trata das funções ocultas da pena privativa de liberdade. Por fim, relaciona as funções não declaradas da pena e o neopunitivismo. Conclui que a ineficácia da pena e o neopunitivismo são compreendidos pelas classes dominantes no poder.

**Palavras-chave:** Pena privativa de liberdade. Funções ocultas. Neopunitivismo.

## ABSTRACT

The prison issue causes indigestion in the Democratic Rule of Law, so the theoretical relevance finds its social relevance in the need to open, from a critical perspective, the bankruptcy of the incarceration policy adopted in Brazil; furthermore, the legal relevance lies in the influence of the theme in the Brazilian legal system. The objective is to make a critical analysis of the undeclared functions of the freedom-restricting penalty in the criminal system that adopts neopunitivism as a punitive model. Among the theoretical framework used, the thoughts of Feuerbach, Claus Roxin, Günther Jakobs and Sanchez are indispensable for the construction of the work. The methodology used is the bibliographic one, the investigation has exploratory-descriptive character exploratory-descriptive character of qualitative type, fundamentally based on the deductive method. The majority of Brazilian doctrine

---

\* Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. E-mail: danielamelisa@hotmail.com.

deals with the bankruptcy of the custodial sentence, with little literature on the undeclared functions of the sentence, in addition, the others that deal with neopunitivism basically take care to explain the thoughts of foreign authors, practically there are no original works in this context. sense. At first, it analyzes the main contributions of the retributive, preventive and mixed functions of the custodial sentence. Subsequently, it takes care of the dysfunctions of the penalty of imprisonment, indicating the crisis of legitimacy of the prison system. Next, it deals with the hidden functions of the custodial sentence. Finally, it lists the undeclared functions of punishment and neopunitivism. It concludes that the ineffectiveness of punishment and neopunitivism are undertaken by the ruling classes in power.

**Keywords:** Penalty deprived of liberty. Hidden functions. Neopunitivism.

## 1 INTRODUÇÃO

Os altos índices de reincidência, a superpopulação carcerária, o estado insalubre, o predomínio de facções criminosas, a violação em massa de direitos humanos, a corrupção dentro dos presídios, atrelada a falta de credibilidade do sistema penitenciário e o sentimento de impunidade por parte da população, induzem o discurso de colapso da pena privativa no Brasil.

Logo surgem propostas de contenção da criminalidade, através de normas penais incriminadoras e políticas de tolerância zero, com a conseqüente supervalorização da pena privativa de liberdade.

Contudo, as penas de encarceramento não se mostram aptas para resolver o problema da criminalidade e da violência, ao contrário disso, elas mutilam definitivamente a personalidade do preso, transformando o recluso em um criminoso com potencial para apadrinhamento do sistema.

Apesar disso, a pena de prisão continua a ser aplicada em larga profusão, sem solver o problema, sem que a sociedade ou os setores especializados da justiça discutam mais profundamente novas formas de lidar com a violência e a criminalidade, que não seja aperfeiçoando-os e sofisticando-as cada vez mais, aumentando sem cessar a população carcerária que se amontoa nas prisões brasileiras.

Nessa seara, a temática do trabalho fora selecionada pela escassez do debate crítico acerca da política criminal brasileira, especialmente considerando a ideologia empreendida pelos meios de comunicação que se opõem a execução penal nos moldes garantistas da pena.

Assim, a pesquisa mostra-se relevante, no âmbito social, devido ao impacto político e econômico da atual situação do sistema prisional. É no cárcere que fica latente a ineficiência do poder público de conter a criminalidade, evidenciando-se o a indolência na construção políticas públicas, de tal modo que a questão carcerária precisa ser debatida criticamente, já que é um assunto de fácil indigestão para o Estado Democrático de Direito que tende a pairar em questões superficiais.

Por sua vez, a relevância jurídica apresenta-se através do golpeio as funções declaradas no Código Penal e na Lei de Execuções Penais, bem como nos dispositivos normativos que contribuem para o hipercarceramento, pautando-se nas medidas de maximização do Direito Penal.

Nesse contexto, questiona-se por que, apesar do notório colapso da aplicação da pena privativa de liberdade, a política de combate à criminalidade pauta-se na maximização do Direito Penal?

A primeira e única hipótese relaciona-se a justificativa no sentido de que a privativa de liberdade desempenha função simbólica, sendo utilizada como instrumento de dominação social.

Portanto, o presente artigo científico tem como objetivo geral tecer uma análise crítica sobre as funções não declaradas da pena encarceramento no sistema criminal que adota o neopunitivismo como política criminal.

A técnica de pesquisa para a elaboração do estudo é bibliográfica e documental, buscando referencial na literatura existente sobre a matéria e nos textos normativos que a disciplinam. Os dados são coletados na doutrina impressa, na legislação pertinente e na jurisprudência que abrange o tema.

Dentre o referencial teórico utilizado, apresentam-se como fundamentais para a estruturação do presente artigo, os pensamentos de Immanuel Kant, Claus Roxin e Winfried Hassemer, no cenário nacional destaca-se o autor Cezar Bitencourt e os julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de uma investigação de caráter exploratório-descritivo com uma metodologia de tipo quantitativa, baseada fundamentalmente no método dedutivo, que se realiza de modo a percorrer todos os momentos metodológicos da leitura: exploração do objeto de investigação, seleção do conteúdo, análise das doutrinas, teorias e reflexão que possibilitem a formulação de um juízo de valor a respeito do material investigado.

Para atingir o objetivo pretendido, o trabalho divide-se em quatro eixos. O primeiro capítulo aborda as teorias clássicas da pena, traçando uma linha do tempo do desenvolvimento teórico das funções retributiva, preventiva e mista da pena privativa de liberdade, apontando, ao fim, a teoria adotada no ordenamento brasileiro.

Na sequência, destacam-se as disfunções da pena de encarceramento, indicando a crise de legitimidade do sistema prisional, tendo em vista que a restrição de liberdade não cumpre a função mista, declarada no Código Penal e na Lei de Execuções Penais, de prevenção e redução da criminalidade.

O terceiro capítulo aduz que não haveria que se falar em colapso da pena privativa, porque inexistente intenção de atingir as finalidades expressas na lei. Assim, o encarceramento possui a função oculta de manter e reproduzir delinquência, enquanto consolida grupos dominantes no poder.

Por fim, o quarto capítulo trata da relação entre as funções não declaradas da pena e o neopunitivismo, destacando os dispositivos normativos modificados em razão da demanda punitiva, gerada pelo Estado e os meios de comunicação social que cominam na deturpação do Direito Penal.

## **2 REVISÃO DE LITERATURA**

### **2.1 Funções declaradas da pena**

Na seara jurídico-criminal há o dever de explicitar os fins atribuídos à sanção penal, assim é necessário entender a função das penas, de modo que, a consecução desta é fundamental para o entendimento do colapso da pena privativa, nesse sentido, destacam-se três teorias principais: a teoria retributiva, a teoria preventiva e a teoria mista.

A teoria retributiva, também denominada de teoria absoluta ou de teoria do castigo, é baseada na filosofia idealista alemã, em especial nas obras dos autores Kant e Hegel, conforme esta a pena tem a finalidade de retribuir a violação da ordem jurídica, ligando-se a fato pretérito e esgotando-se na aplicação da sanção.

Os filósofos alemães vislumbram a pena com a finalidade retributiva, contudo divergem quanto à formulação da teoria, para Kant (2008, p. 175), o fundamento da pena é a ordem ética, portanto a pena é um imperativo categórico.

Entretanto, a finalidade da pena hegeliana, em última análise, não é a retribuição do mal, tendo em vista que para Hegel (1997, p. 85-89) o crime é uma manifestação por meio da vontade de um ser racional e livre que tira a liberdade de outro, a pena encontra sua justificação na necessidade de reestabelecimento da ordem jurídica negada pelo delinquente, portanto o fundamento da pena é a ordem jurídica.

Apesar do mérito da teoria absoluta quanto ao princípio da proporcionalidade, essa teoria foi duramente criticada pelo jurista Roxin (2004, p. 17-19), segundo o alemão, a teoria fracassa por não estabelecer um limite quanto ao conteúdo do poder punitivo, não comprovar os seus fundamentos punitivos e que a fé não é válida para fundamentação da pena estatal.

A teoria retributiva então é superada pela teoria preventiva da pena, de modo que, em razão da necessidade da sobrevivência em sociedade a pena deveria ser imposta para evitar que o indivíduo voltasse a infringir a lei, portanto vislumbra fato prospectivo e justifica-se na necessidade de evitar delitos.

A teoria de Feuerbach tem fundamento na teoria da prevenção negativa, de maneira que a cominação da pena pela lei dissuadiria a população a não praticar delitos, ante a intimidação causada pela ameaça abstrata de punição.

O autor concebeu a finalidade da pena preventiva através da elaboração da teoria da coação psicológica, segundo Feuerbach (1989, p. 60) a coação física não é suficiente para evitar a consumação da lesão jurídica, a pena representa uma coação psicológica a fim de implicar na abstenção de comportamentos delitivos.

A teoria da prevenção negativa foi reprovada, Hassemer (1984, p. 381-387) aponta que seja desencadeado o efeito preventivo geral os destinatários devem conhecer a norma, além disso, a norma deve incidir no comportamento humano

No que tange a teoria da prevenção especial, o jurista alemão, defensor da teoria da ressocialização, Liszt (2006, p. 97-101) defende que a aplicação da pena baseia-se na ideia de reeducação do delinquente e intimidação os que não desejam se ressocializar e na neutralização dos incorrigíveis, assim a pena passa a defender a ordem na sociedade.

No anseio de agrupar os conceitos únicos dos fins da pena, surge a teoria mista ou unificadora da pena, com a proposta de combinar os objetivos das duas anteriores, em especial no que tange às finalidades preventivas da pena, mas limitando o caráter repressivo das mesmas, que é substituído, cada vez mais, pelo caráter formador e educativo embutido modernamente nas penitenciárias, por entenderem seus defensores que a coação, a repressão e a violência não contribuem no sentido da ressocialização da pessoa.

Inclusive, resta latente da leitura do artigo 1º da Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 e do *caput* do artigo 59 do Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, em seu *caput* que a Lei de Execuções Penais e o Código Penal adotaram a teoria mista para justificar a pena.

Em síntese, as teorias mistas aceitam a retribuição e a culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídica penal. Contudo, a teoria mista fracassou devido as contradições decorrentes da união de duas teorias distintas e pela reprodução de insuficiências de cada modelo teórico.

## 2.2 O (pseudo) colapso da pena privativa de liberdade

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, proferiu decisão reconhecendo o estado das coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, diante da violação de direito humanos, das falhas estruturais e da falência de políticas públicas.

O relator Marco Aurélio, deferiu cautelar para que os Juízes e Tribunais motivem expressamente, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a razão pela qual não aplicam medidas alternativas à privação de liberdade e que realizem, em até 90 dias, audiências de custódia, com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão.

Além disso, o relator determinou à União que fosse liberado o saldo acumulado de R\$ 2,2 bilhões do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para utilização na finalidade para a qual foi criado, qual seja, proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional.

Outrossim, a Suprema Corte, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581, ordenou ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimento prisional, dada a situação de urgência e a necessidade de proteção ao mínimo vital da dignidade da pessoa humana, consagrando a tese de licitude na exigência de medidas ou obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, efetivando e assegurando o princípio da dignidade da pessoa humana e respeito da integridade física e moral dos encarcerados.

Os julgamentos emblemáticos expostos demonstram a decadência do sistema carcerário brasileiro, reforçando a falência da aplicação da pena de prisão nesse toar, Bitencourt (2011, p. 161-162) aduz que os argumentos sobre o qual se baseiam a ineficácia da pena privativa de liberdade podem ser sintetizados em dois: que o ambiente carcerário, em razão de sua antítese com comunidade livre, não realiza a reabilitação do recluso; que as condições materiais e humanas tornam inalcançável o objetivo reabilitador.

No que tange ao ambiente de detenção, inexistem condições que possibilitem a reinserção social do condenado, sobre o tema Baratta (2002, p. 183-184) aponta que os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa.

O sociólogo indica que desde o início da detenção, nas cerimônias de mortificação, o encarcerado é despojado até dos símbolos exteriores da própria autonomia- vestuário e objetos pessoais- de modo que o modelo de encarceramento é o oposto de todo moderno modelo educativo que promove a individualidade e o autorrespeito do indivíduo.

Portanto, o referido processo inicia-se desde momento que não é possível projetar identidade no ambiente carcerário, com a padronização de vestimenta, bem como do corte de cabelo, barba e bigode, ausência de privacidade para as necessidades fisiológicas e controle da atividade social.

Nesse sentido, a Portaria 1191 de 19 de junho de 2008 do Ministro de Estado da Justiça, ao dispor sobre os procedimentos administrativos a serem efetivados durante a inclusão de presos nas penitenciárias federais, no inciso VIII, alíneas a, b e c, determina o corte de cabelo, raspagem de barba e aparamento de bigodes.

É fato notório ainda o uso obrigatório de uniforme, inclusive fora do cárcere e em sessões de audiência e julgamento, mesmo sem previsão legal, impondo, inclusive aos presos provisórios, o estereótipo decorrente de tal vestimenta.

Saliente-se que o encarcerado sequer pode escolher seu ofício, posta a obrigatoriedade do art. 31 da Lei nº 7.210 de 1984 e a limitação de atividades laborativas exercíveis no cárcere, entretantes, ainda houvesse o arbítrio, a remuneração ainda seria inferior ao salário mínimo, em claro desatino ao respeito aos princípios da isonomia e dignidade da pessoa humana.

Assim, o encarcerado é despojado dos símbolos que exteriorizam sua individualidade, submetido a horários, vigilância constante e a um modelo disciplinar, para se moldar a ordem primária, anulando o seu eu em detrimento do modelo de comportamento esperado, inclusive sob pena de advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direito, isolamento ou inclusão no regime disciplinar diferenciado, conforme previsão na Lei de Execução Penal.

A Lei de Execução Penal ainda aponta como deveres do condenado: comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; submissão à sanção disciplinar imposta; indenização à vítima ou aos seus sucessores; indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção; higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento; e conservação dos objetos de uso pessoal.

Tal imposição de comportamento baseia-se na irrestrita sujeição as normas, através de antolhos morais, adestrando os encarcerados a aderir a um comportamento dócil, entretanto, apesar do indivíduo sentir-se compelido a adotar tal conduta para sua sobrevivência no ambiente prisional, a mera repetição de hábitos desejáveis não tem o condão de reabilitar o indivíduo.

Logo, o cárcere é uma antítese da comunidade livre, coagindo o recluso a proceder conforme lhe é prenunciado, nesse sentido Goffman (2005, p. 159-160) aponta que as prisões têm o objetivo de modificar o recluso através do ajustamento de seu comportamento ao padrão desejável ou, ao menos, aceitável socialmente, é o que ele denomina de ajustamentos ou adaptações primárias.

O autor supracitado constata ainda a existência de uma ordem subterrânea que opera nestas instituições, impondo uma ordem interna que se sedimenta fortemente no interior da instituição e que, com frequência, é mais respeitada que a ordem legalmente instituída.

Para se compatibilizar com esta organização extralegal, o recluso adota padrões de adaptação secundária. Esta consiste em procedimentos proibidos, ilícitos, pelos quais o recluso dribla a vigilância da instituição e frustra os objetivos dela, porque simula um ajustamento às normas.

Entretanto, devido à fragilidade do sistema prisional brasileiro, os grupos de poder estabelecidos dentro da prisão, definem a ordem interna vigente no interior da instituição, cumprindo mais efetividade do que a ordem legal. Cumpre salientar ainda que a ordem extralegal conserva-se para além da prisão, em razão da reminiscência do vínculo com as facções e ordens subalternas que agem fora dos estabelecimentos prisionais, impossibilitando a ressocialização do encarcerado e consolidando verdadeiras carreiras criminosas.

Nesse toar, o Relatório da CPI do Sistema Carcerário (2009, p. 172) reconheceu que apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do

Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento de lixo humano e ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas.

A conjuntura atual do sistema carcerário eminentemente afronta os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação de tratamento desumano ou degradante, da proibição de sanções cruéis e da garantia de respeito à integridade física e moral do preso.

Cenário que viola além da Constituição Federal, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país, tais como a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, além das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos.

Por tais razões, aponta-se que a pena de prisão vive uma crise de legitimidade, tendo em vista que a restrição de liberdade não cumpre sua função de controle e redução da criminalidade.

### **2.3 Funções ocultas da pena**

Atentando a suposta ideia de fracasso da aplicação da pena de encarceramento, induz-se ao discurso de sua ilegitimidade, porquanto a remoção da liberdade desempenharia apenas uma função simbólica no controle da criminalidade, por esse ângulo Foucault (1987, p. 304) aduz que o atestado de que a prisão fracassa em reduzir os crimes, deve ser substituído pela hipótese de que a prisão conseguiu muito bem atingir sua finalidade.

A conjectura, aparentemente paradoxal, ocorre em razão da existência de funções ocultas da pena privativa de liberdade, nesta seara Trindade (2003, p. 18) aponta que a falta de sucesso ocorreu apenas nos objetivos declarados da prisão, quais sejam controlar a criminalidade e a reeducação do apenado, contudo, no que tange os objetivos reais as prisões possuem sucesso, ou seja, na reprodução de delinquência e da própria reincidência dos condenados.

Portanto, inexistente intenção de atingir as finalidades expressas na lei, qual sejam repressão e prevenção, de modo que a pena privativa de liberdade é perfeitamente funcional para o intuito que foi criada.

Insta observar que a história da construção da pena privativa de liberdade está diretamente relacionada com a consolidação do capitalismo, fato observado por Guimarães (2006, p. 127-129) aduzindo que com a propagação do iluminismo e a substituição do absolutismo pelo Estado liberal, a reforma do Direito Penal fazia crer que seu objetivo era uma aplicação mais humana e segura, quando, na realidade visava à adequação do direito punitivo e os modos de produção.

Além disso, o autor acrescenta que devido à ascensão de uma nova classe social, a burguesia industrial, surge uma ampliação da vigilância, da disciplina e da punição, contexto desfavorável ao proletariado, sobretudo devido ao desemprego, a pobreza e o aumento populacional.

De modo que enquanto era propagado o discurso que a repressão reduziria a criminalidade, se desenvolvia a função oculta de proteger os interesses econômicos da classe burguesa, de modo a manter a submissão das classes dominadas e imunizar os sujeitos poderosos. Logo, intima a relação entre encarceramento em massa e o sistema capitalista, constatada pelo autor Giorgi (2006, p. 28) ao vislumbrar a existência de um modelo disciplinar que visa neutralizar as classes

perigosas através de técnicas de prevenção de risco, principalmente pela forma de vigilância, segregação urbana e contenção carcerária.

Assim, função oculta da pena privativa, é marcada pela mão invisível das classes dominantes, por meio da mascarada propagação de ideais punitivistas, por meio das mídias sociais, com apelo frequente a penas mais rígidas. Sobreleva notar que a manutenção da criminalidade é de interesse da mesma elite que define os crimes e, em última análise, o estereótipo de criminoso, havendo ainda quem gere proventos com a delinquência, nesse sentido Carvalho (2009, p. 60) nota a existência de uma indústria penal, demonstrando que a exploração do medo e da violência pela mídia tem permitido ainda um crescimento de empresas privadas ligados ao setor de segurança, culminando na vulgarização do Direito Penal.

Assim, é perceptível o crescimento, nos meios de comunicação, do entretenimento voltado ao senso comum penal, legitimadores e mantenedores da crença popular na funcionalidade do sistema penal máximo. Além disso, destaca-se a ampliação de empresas de segurança privada e do uso de dispositivos de segurança em bens móveis e imóveis.

Destaca-se o papel determinante da globalização neste processo, vez que impôs ao Direito Penal sua metamorfose, para proteger, mesmo que apenas formalmente, os riscos intrínsecos à vida em sociedade. Entretanto, este cenário concretiza-se com o anseio da população, sem que seja categoricamente discutida a questão da criminalidade, na visão de Lopes (2009, p.144), não se procura analisar a razão do aumento da violência, procura-se busca fornecer uma resposta rápida aos anseios da sociedade, de maneira que o Estado muda sua postura de acordo com os interesses das classes dominantes, expressos da economia e política.

Vale ainda salientar que há ampla participação do Estado na depravação do Direito Penal, que institucionaliza o sentimento de insegurança, uma vez que ao adotar dispositivos de segurança e terceirizar à segurança privada de seus órgãos e repartições, reforça a ideia de transgressões impetuosas que sequer podem ser controladas pela segurança pública, se o Poder Público não pode conter a violação legal dentro de seus próprios espaços quiçá conterà as transgressões contra administrados.

Insta destacar que ao Direito Penal não compete a resolução do problema da segurança pública, tendo em vista que o controle social não se efetiva com o aumento da tipificação de condutas como delituosas, tampouco com o a exacerbação das penas, existindo uma série de fatores determinantes da criminalidade.

Pautado no senso comum, embevecido do sentimento de impotência, surgem políticas criminais com propósito de endurecimento das penas, entretanto sem nenhum fundamento ou indicativo de efetividade, porém que aguariam defensores, devido ao apelo dramático e harmonia com a demanda punitiva criada pelo Estado e a comunicação social.

#### **2.4 Pena privativa de liberdade e neopunitivismo no ordenamento brasileiro**

Oportunamente, cabe destacar que o ordenamento jurídico nacional é marcado por legislações simbólicas, propostas em razão da demanda punitiva, o melhor exemplo dessa máxima é a Lei 8.072 de 25 de julho de 1990, mais conhecida como Lei de Crimes Hediondos.

A legislação em comento sofreu modificação em 1994 em decorrência do homicídio de Daniella Perez, que urgiu a indignação dos cidadãos, implicando em

projeto de iniciativa popular que contou com mais de um milhão de assinaturas, fazendo que o homicídio qualificado fosse incluído no rol dos crimes hediondos.

A relevância da definição dos crimes hediondos se dá devido à insuscetibilidade de anistia, graça, indulto e fiança; o cumprimento inicial da pena em regime fechado; a progressão de regime após um tempo maior: se o apenado for primário, exige-se o cumprimento de dois quintos da pena, se reincidente, e de três quintos; e possibilidade de um prazo maior de prisão temporária.

O Supremo Tribunal Federal declarou através do Habeas Corpus nº. 111840 a inconstitucionalidade do art. 2º, parágrafo 1º, da Lei n.8072/90 o qual prevê que a pena por crime hediondo será cumprida, inicialmente, em regime fechado. Portanto, devido ao princípio da individualização da pena, deve-se observar, no caso concreto, o regime inicial que o réu deve cumprir.

Posteriormente, através da súmula n. 26, o STF determinou a inconstitucionalidade do art. 2º, parágrafo 2º da supracitada lei, que prevê a progressão diferenciada para os crimes hediondos, determinando que deve ser avaliado se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Cumpramos ressaltar ainda que a redação anterior a Lei nº 11.464/2007, previa vedação de liberdade provisória e cumprimento integral em privativa de liberdade. Em suma, desde seu texto original, até mesmo com a mudança de redação, a Lei de Crimes Hediondos tenta mitigar garantias processuais.

Recentemente, a Lei 13.964/2019, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, modificou dezessete leis atualmente vigentes, quais sejam, o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal, a Lei de Crimes Hediondos, Lei das Organizações Criminosas (12.850/13), o Estatuto do Desarmamento, a Lei nº 8.038/90, a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98), a Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), a Lei de Interceptações Telefônicas (Lei nº 9.296/96), a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), a Lei nº 11.671/08, a Lei 12.037/09, Lei nº 12.694/12, por fim, a Lei do “Disque-denúncia” (Lei nº 13.608/18).

Tal legislação demonstra que não estamos distantes dos anos 90 ao expandir o rol de crimes hediondos acrescentando os delitos de roubo circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V); roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B); extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, § 3º); furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A); comércio ilegal de armas de fogo, previsto no art. 17 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, previsto no art. 18 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado.

Como se não bastasse, o Pacote Anticrime ainda aumentou o tempo máximo de cumprimento de pena de 30 para 40 anos; permitiu o monitoramento de advogado com preso em presídios de segurança máxima e com autorização judicial; proibiu a saída temporária da prisão aos condenados por crime hediondo que resultaram em morte; trouxe novas regras de progressão, de acordo com os percentuais de penas já cumpridos pelos condenados e com o tipo de crime cometido.

Com exceção da Lei dos Juizados Especiais nº 9.099/95, da “Lei da Revelia” nº 9.271/96, da Lei nº 9.714/1998 que instituiu as penas restritivas de direito e de outros escassos diplomas normativos, o ordenamento penal seguiu a tendência de maximização das penas e encurtamento dos direitos e garantias fundamentais.

O agravamento das sanções é claramente uma manifestação da função preventiva geral da pena, tendo o intuito de intimidar os possíveis infratores a não violar determinados bens jurídicos, contudo sem nenhum sucesso.

Tal modelo punitivo ainda baseia-se na ideia de um direito penal máximo, em oposição à concepção do Direito Penal de intervenção mínima e apenas nos bens jurídicos mais relevantes, segundo Ferrajoli (1995, p.105), caracterizado, pela severidade excessiva, incerteza e imprevisibilidade de sentenças e penalidades; e que, conseqüentemente, é configurado como um sistema de energia não controlável racionalmente devido à ausência de certos parâmetros racionais de validação e cancelamento.

Dessa forma se, de um ângulo tínhamos a ideia que o Direito Penal deveria ser a *ultima ratio*, cuja tutela se daria apenas aos bens juridicamente mais relevantes, do outro, temos um Direito Pena Máximo que anseia por novas tipificações legais ou agravação das penas já existentes.

Diversos autores tratam do tema, trazendo diversas nomenclaturas para tal modelo punitivo, Sanchez (2013, p. 193-196) o denomina de Direito Penal de terceira velocidade, que sob seu enfoque, relativiza as regras de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais, que guarda estreita relação com o direito penal do inimigo.

O autor ainda define os delitos de delinquência patrimonial, profissional, sexual violenta e reiterada e os fenômenos de criminalidade organizada e terrorismo como ameaça aos fundamentos últimos da sociedade, coincidentemente os elencados no rol de crimes hediondos.

Nos casos dos delitos supracitados, segundo ele, a conduta criminal não apenas desestabiliza apenas regra específica, mas todo ordenamento, surgindo o aumento das penas de prisão, bem como a relativização de garantias substantivas e processuais. Contudo, estas relativizações de garantias constitucionais que supostamente deveriam ter caráter subsidiário, em situações emergenciais, passam a ser perenes.

Vale evidenciar que as penas desproporcionais são um claro desatino com um dos clássicos ensinamentos de Beccaria (1999, p.28), pois as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública, de modo que seriam injustas por sua natureza, porquanto mais justas tais penas, mais sagrada e inviolável torna-se segurança e maior a liberdade que o soberano, leia-se aqui, Estado.

As penas desiguais em conjunto com a severidade com a que devem ser tratados de acordo com a intenção do legislador nos deixam um alerta, pois são dois dos pilares da teoria do Direito Penal do Inimigo, segundo seu fundador Jakobs (2004, p. 21), o inimigo não será tratado como cidadão, mas sim como um perigo que deve ser combatido a qualquer custo, nem que isso implique na relativização direta de garantias fundamentais.

Compreende-se, portanto, nos moldes da teoria de Sanchez, que um Direito Penal construído sobre uma dicotomia daqueles que são merecedores de uma punição mais forte e dos cidadãos que não o merecem, se enquadra na Terceira Velocidade, uma vez confirmada a relação estrita entre as relativizações propostas como meio de justificar a expurgação do perigo real que o inimigo ofereceria.

Consoante a isto, surge a construção doutrinária do Direito Penal da quarta velocidade, cunhado pelo professor Pastor (2006) para quem a atual situação do sistema é classificada a partir da noção do neopunitivismo, é a questão central das reflexões políticos criminais que se caracteriza pela crença de que o poder punitivo pode e deve chegar a todos os espaços da vida social e é marcada pela desumanização e crescente endurecimento punitivo.

O Neopunitivismo é corolário do Direito Internacional, concretizado pelo Tribunal Penal Internacional do qual o Brasil é signatário, nos termos do §4º, do art. 5º da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004. A adesão ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, implica a violação do foro por prerrogativa de função; a imprescritibilidade dos crimes da competência do Tribunal como regra absoluta; a adoção de pena de prisão perpétua; a relativização o instituto da coisa julgada; e o ato de entrega de brasileiro ao Tribunal.

Nesse toar, na quarta velocidade tem-se o aumento máximo e mais arbitrário do poder punitivo, de modo que numa construção progressiva, o Direito Penal que, inicialmente, pautar-se-ia subsidiariedade e na intervenção mínima, passa a ser instrumentalizado como único instrumento de controle da criminalidade, consumando a política neopunitivista ora adotada no nosso ordenamento.

Assim, os ritmos ditados pela expansão punitiva, através de micro-mudanças legislativas, deram origem a produção normativa que esbarra em questões constitucionais extremamente sensíveis, inclusive com dispositivos diretamente opostos a cláusulas pétreas.

Não obstante evolução em termos de proteção à dignidade da pessoa humana, as ciências criminais tem sido vulgarizadas para justificar o devaneio punitivo, totalmente arbitrário, sem materialidade completa para justificar as afrontas ao bem jurídico na esfera do *ius puniendi*.

### 3 CONCLUSÃO

Em que pese a função declarada da pena privativa de liberdade ser reprimir e ressocializar, com base em tratamento humanitário e garantias individuais, há um descompasso entre a previsão legislativa e o cárcere genuíno.

Apesar do Código Penal e da Lei de Execuções Penais adotarem a disfuncional teoria mista da pena, observa-se a inexistência da finalidade preventiva do encarceramento, portanto a adoção involuntária da finalidade retribucionista pura da pena.

A literatura especializada aponta para o colapso da pena privativa de liberdade, no que tange as funções declaradas, esquecendo-se há um poder dominante, detentor dos meios de comunicação que mantém e reproduz a violência, trivializando o real problema da criminalidade.

Assim, propaga-se o discurso oficial das penas como justa retribuição à prática delitiva, enquanto é excepcionado o direito fundamental da liberdade, através de violações dos direitos humanos no cárcere. De maneira que enquanto são banalizados problemas estruturais complexos do Estado e privam-se cidadãos da sociedade, sobre a falsa promessa de ressocialização, mas, na verdade, os apadrinham ao sistema carcerário.

O encarceramento em massa é apenas a ponta do iceberg do resultado da contínua instrumentalização do Direito Penal como único instrumento de controle da criminalidade, como dito outrora, há um estado inconstitucional no sistema carcerário.

Outrossim, considerando que a função oculta da pena privativa de liberdade é a reprodução da delinquência e a política criminal baseia-se no endurecimento de penas, tem-se uma construção de punição direcionada para consolidação de poder. Nesse toar, houve o gradual aperfeiçoamento do Direito Penal até chegarmos ao modelo neopunitivista, irreconciliável com o Estado Democrático de Direito.

Os grupos dominantes aproveitam-se do terrorismo midiático para manipulação e aceitação de políticas criminais paralíticas, abstraindo das intenções não declaradas das penas que reforçam a seletividade do sistema penal e preservam o status *quo* da criminalidade.

Cumpra destacar que o objeto deste artigo não é defender a abolição da pena privativa de liberdade, a proposta é apresentar um contradiscurso crítico e defender primeiramente os direitos e garantias individuais inatas ao ser humano, mesmo antes do nascimento do Estado.

A inflação e expansão penal são incapazes de frear a delinquência, entretanto, conseguem ter o efeito oposto, explica-se, devido a fragilidade das normas sancionadoras de comportamento delitivo e a impossibilidade de controle da criminalidade, surge o sentimento de impunidade e desproteção estatal.

A segurança é temporária, porquanto os crimes sempre existiram e continuarão existindo como consequência das mazelas da vida em sociedade, entretanto os direitos e garantias processuais são resultado de paulatinas reivindicações contra o direito de punir do Estado, que não podem retroceder ocasionalmente. Portanto, urgente a reformulação da função da pena no Direito Penal e a reavaliação da política criminal adotada, para adoção da execução penal à luz das garantias e direitos individuais.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 02 de nov de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2019

BRASIL. Lei n º 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 13 de maio de 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 09 de jul. 2019

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm)>. Acesso em: 18 de mar. de 2020

BRASIL. Ministério de Estado da Justiça. **Portaria nº 1.191, de 19 de junho de 2008**. Disciplina os procedimentos administrativos a serem efetivados durante a inclusão de presos nas penitenciárias federais. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/quentes/63098/portaria-disciplina-os-procedimentos-administrativos-a-serem-efetivados-durante-a-inclusao-de-presos-nas-penitenciarias-federais>>. Acesso em: 09 de set. de 2020

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 111.840 ES**. Relator Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>> . Acesso em: 16 de jul. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal- STF. **Súmula vinculante 26**. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em: 05 maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Federal 347 Distrito Federal**. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 20 de fev. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.58**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>> . Acesso em: 12 de out. de 2020.

CARVALHO, Raphael Boldt de Carvalho. **Mídia, legislação penal emergencial e direitos fundamentais**. Dissertação. Faculdade de Direito de Vitória. Vitória. 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp116478.pdf>>. Acesso em 29 nov. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Tradutores: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FEUERBACH, Paul J. A. R. **Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania**. Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 1989.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramalheite. Petrópolis, Vozes, 1987.

GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Tradução de Dante Moreira Leite. 7ª edição. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista: do que se oculta(va) ao que se declara**. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Sociedade). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp021647.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2019.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos de derecho penal**. Tradução Francisco Muñoz Conde e Arroyo Sapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

HEGEL, Georg Wilíelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal no inimigo: noções e críticas**. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. Tradução de Edson Bini. 2 ed. Bauru: EDIPRO, 2008.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Fac-sim, 2006.

LOPES, Azevedo Ravazzano Fernanda. **O conceito não revelado e as funções não declaradas da ressocialização: a resposta garantista à manipulação da linguagem**. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9303/1/FERNANDA%20RAVAZZANO%20AZEVEDO%20LOPES.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2019.

PASTOR, Daniel R. **La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos**. In: *Jura Gentium, Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*. Firenze: Jura Gentium. 2006. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos e Luis Nastscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Ótávio de Oliveira Rocha. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TRINIDADE, Lourival Almeida. **A ressocialização... uma (dis)função da pena privativa**. 1ª ed. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2003.