

# A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL E O PODER PUNITIVO: REFLEXÕES À LUZ DO PROJETO DE LEI Nº 2.822/2022 E DO BILL H.2333

Lincon Coelho de Souza\*  
Vinicius Wildner Zambiasi\*\*

---

## RESUMO

O presente estudo exploratório visa analisar de forma criminológica o Projeto de Lei nº 2.822/2022, tendo como base a ideologia da defesa social como fundamento teórico-justificante do direito penal e a evolução da pena. Para o desenvolvimento utilizou-se da pesquisa bibliográfica e da pesquisa documental, utilizando-se de um método de análise histórico-dialético. O trabalho foi dividido em três seções: a primeira é destinada à elaboração de breve genealogia do poder punitivo e da pena privativa de liberdade; na segunda, busca-se relembrar da ideologia da defesa social e suas críticas formuladas pela criminologia, em seguida, analisam-se os projetos de lei em conjunto com a realidade carcerária. Ao final, conclui-se que o Projeto de Lei nº 2.822/2022 traz elementos do Estado absoluto, visto que, após o reconhecimento formal pelo Estado da ineficácia da pena privativa de liberdade, através de um direito penal que constitui um inimigo, avança a pena novamente em direção ao corpo dos detentos, tornando-os objetos úteis da execução penal, negando-lhes a condição de indivíduo que, como prega o modelo de execução penal e a própria Ideologia da Defesa Social, necessita ser ressocializado.

**Palavras-chave:** genealogia da pena; ideologia da defesa social; Projeto de Lei nº 2.822/2022.

---

---

Data de submissão: 22/10/2023

Data de aprovação: 08/03/2024

\* Graduando em Direito no Centro Universitário Univel.

\*\* Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

# THE IDEOLOGY OF SOCIAL DEFENSE AND PUNITIVE POWER: REFLECTIONS IN LIGHT OF BILL NO. 2,822/2022 AND BILL H.2333

Lincon Coelho de Souza  
Vinicius Wildner Zambiasi

---

## ABSTRACT

The present exploratory study aims to criminologically analyze Bill No. 2,822/2022, based on the ideology of social defense as the theoretical-justifying foundation of criminal law and the evolution of punishment. For the development of this study, bibliographic research and documentary research were employed, using a historical-dialectical analysis method. The work is divided into three sections: the first is dedicated to the brief genealogy of punitive power and custodial sentences; in the second, it seeks to revisit the ideology of social defense and its criticisms formulated by criminology, followed by an analysis of the bills in conjunction with the prison reality. In conclusion, it is found that Bill No. 2,822/2022 contains elements of an absolute state, as, after the formal recognition by the state of the ineffectiveness of custodial sentences, through a criminal law that portrays an enemy, it reintroduces punishment toward the bodies of inmates, making them useful objects of penal execution and denying them the status of individuals who, as advocated by the model of penal execution and the ideology of social defense itself, need to be rehabilitated.

**Keywords:** Bill No. 2,822/2022; genealogy of punishment; social defense ideology.

---

---

Date of submission: 22/10/2023

Date of approval: 08/03/2024

## INTRODUÇÃO

A história do Brasil é caracterizada pela exploração que teve início simultaneamente à chegada dos colonizadores europeus. Inicialmente, no território brasileiro, os povos indígenas foram os primeiros a serem submetidos a tratamentos desumanos e degradantes, bem como a trabalhos em regime forçado, seguidos pelos povos oriundos do continente africano. A exploração não apenas estava enraizada nas estruturas institucionais, mas também era uma política adotada pela metrópole em relação à sua colônia brasileira.

Conforme Priore e Venancio (2010) apontam, juízes e autoridades frequentemente deixavam de aplicar a lei quando se tratava de crimes cometidos por senhores de engenhos de açúcar. Por outro lado, os escravizados rebeldes e fugitivos, enfrentavam castigos severos, incluindo a amputação de mãos ou o corte do tendão de Aquiles, o que demonstra que a seletividade penal (e punitiva), em solo brasileiro, possui raízes históricas desde a época do Brasil Colônia.

Nessa senda, passados alguns séculos, mais precisamente em dezembro de 2022, foi protocolado no Senado Federal o Projeto de Lei (PL) nº 2.822, de autoria do Senador Styvenson Valentim (PODEMOS/RN). Nele, sob a justificativa de ampliação dos direitos do detento, prevê-se uma nova hipótese de remição de pena na execução penal: a doação de órgãos múltiplos (Brasil, 2022).

A título de comparação, no Estado de Massachusetts, nos Estados Unidos da América (EUA), foi apresentada proposta legislativa em similar sentido. Carlos González e Judith A. Garcia, ambos do partido Democrata, apresentaram o PL H.2333, que visa estabelecer um programa de doação de medula óssea e órgãos para apenados, em contrapartida, há a remição pena (Massachusetts, 2023).

Sobre o direito penal, conforme aduz Foucault (2011), não obstante o modelo de aplicação de suplícios corporais tenha sido superado, o método de encarceramento ainda mantém, de certa forma, um fundo suplicante - isto é, não houve o abandono completo de práticas de sofrimento e indignidade, as quais ainda se fazem presentes na aplicação de penas segregadoras de liberdade, especialmente ao se considerar o projeto de "transformação dos indivíduos" na "fábrica de delinquentes", implementado nas prisões (Foucault, 1998, p. 131-132). Outrossim, sabe-se também que a Ideologia da Defesa Social, há tempos conceituada por autores da Escola Criminológica Clássica Liberal e Escola Criminológica Positiva, é a ideologia fundante do direito penal até os dias atuais, de acordo com Baratta (2011).

Desse contexto, emerge o problema de pesquisa do presente trabalho: com este aparente discurso de tornar a execução penal "útil" à sociedade, semelhante tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, é possível considerar que exista alguma alteração interna - no sentido de desvio para com os seus princípios fundantes - na Ideologia da Defesa Social e da função da pena, vez que esta ideologia nasce de um movimento liberal que, visando conter o poder político/estatal, retira do corpo do indivíduo a pena a ele aplicada?

Para o desenvolvimento da investigação, o presente trabalho foi dividido em três seções. A primeira versará sobre a ideia de sociedade punitiva e o sistema penitenciário, tendo como base principal o pensamento de Foucault, de forma a evidenciar a evolução do direito penal e o papel na utilização das penas. Em seguida, na segunda seção, será apresentada a Ideologia da Defesa Social, bem

como explicitadas as críticas tecidas pela criminologia. Após, na derradeira seção, serão analisados os Projetos de Lei em contraponto ao cárcere.

No desenvolvimento deste trabalho exploratório será utilizado o método materialista histórico-dialético, levando em conta a evolução histórica do instituto da pena. O instrumento de pesquisa será a pesquisa bibliográfica e análise documental.

Ao final, concluiu-se pela confirmação da hipótese inicialmente proposta, no sentido de que há um movimento de retorno da pena ao corpo do apenado de forma a torná-lo, de alguma forma, útil a sociedade após um reconhecimento formal pelo Estado da ineficácia da pena privativa de liberdade. É de se notar que tal movimento torna-se mais grave ainda dada a seletividade penal operante no Brasil. Além do que, vai na contramão da evolução histórica de racionalização da pena e do pregado pela já "sucateada" Ideologia Social que embasa o direito penal.

## **1 UMA BREVE GENEALOGIA DO PODER PUNITIVO E DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Diante do objetivo investigativo do presente artigo, faz-se necessário relembrar a evolução da pena com o passar dos anos, e é para isto que a presente seção se destina. Para realizar a referida análise, recorreu-se, principalmente, à obra de Michel Foucault, a fim de construir um conceito sólido do sistema penal e penitenciário em conjunto ao conceito de poder punitivo e biopolítica. Embora a teoria foucaultiana seja o foco, os horizontes foram ampliados com outras ideias no contexto da criminologia crítica.

De acordo com Albuquerque (1995), para Foucault, o poder pode ser entendido como um conjunto de relações entre o indivíduo dominado e o indivíduo dominante que produzem uma assimetria que irradia de baixo para cima. Isso tudo advém da noção de que inexistente poder sem a personificação dele em alguém. Ou seja, para existir o poder é necessário existir alguém apto a incorporá-lo e efetivamente manifestá-lo.

Tal definição é extraída a partir de um ensaio sobre a noção de poder de Hobbes, para quem "o maior de todos os poderes humanos é o poder integrado de vários homens unidos [...] é o poder do Estado ou aquele representativo número de pessoas, cujas ações estão sujeitas a determinadas pessoas" (Hobbes, 2014, p. 80).

Ao refinar o referido conceito, Albuquerque (1995, p. 107) define que, na acepção hobbesiana, "o poder é o conjunto de recursos e natureza psicológica, material ou econômica, existentes na sociedade, que os indivíduos põem a serviço de uma autoridade suprema para manter a ordem pública".

Observa-se que, para Foucault, se inexistir quaisquer dos elementos: os indivíduos que detêm o poder, a autoridade que recebe o poder ou e se não há uma finalidade para o poder, não há nenhuma articulação ou expressão deste. Daí vem a noção de Foucault de que o poder é o conjunto de relações que, primeiramente, irradia do súdito (de baixo para cima, portanto). Elencam-se, assim, os três componentes do poder: i) a autoridade, ii) a quem ou em que ele recairá (objetivo/finalidade) e iii) de onde ele vem (Albuquerque, 1995).

O objetivo do poder-soberania, elemento essencial de articulação, especialmente no absolutismo, caracteriza-se pela busca de recursos e aniquilação do inimigo, sobre quem o poder recairá. Essa concepção de poder advém do absolutismo e é transmitido ao Estado Moderno. O poder constituído no soberano tem seu alvo, portanto (Albuquerque, 1995).

Ademais, Foucault (2008) ressalta que o Estado, em diferentes momentos históricos, comporta-se de forma diversa em relação ao exercício poder. Na Idade Média, por exemplo, o papel do Estado e, conseqüentemente, o do exercício do poder, era semelhante ao papel paterno, propriamente de proteção aos súditos, levando em consideração as características imanentes da constituição e exercício poder.

Tal ideia de proteção no medievo, de acordo com Melossi e Pavarini (2006), dão origem à pena como retribuição *post factum* - isto é, uma troca posterior pelo crime cometido. Quanto a isso, faz-se necessário compreender que na Idade Medieval, antes da concepção westfaliana do Estado como Estado-Nação, o crime atentava não somente contra os indivíduos, mas também contra Deus e à autoridade.

A pena, por esse motivo, adquiria dois aspectos principais: a *retributio* (troca posterior que servia como punição para com a sociedade) e a *expiatio* (castigo para com Deus). Embora existente o cárcere no medievo, a mera privação da liberdade por certo período não era entendida como suficiente para equilibrar o mal do crime. Assim, a pena era aplicada principalmente sobre o corpo, justamente em um ato de suplício do criminoso, visando não somente proteger a sociedade, mas também demonstrar à divindade a repulsa da comunidade por aquele ato transgressor (Melossi; Pavarini, 2006).

Ainda de acordo com Melossi e Pavarini (2006), atacavam-se os valores relevantes para àquela época, quais sejam a honra e a religiosidade, de modo que a pena era pública e, como se tratava de um ato que visava também purificar o criminoso protegendo a sociedade, não encontrava limite no corpo. Levava-se o inferno ainda em vida ao apenado, tudo isso dentro de um contexto de paternidade do Estado, conforme posterior interpretação de Foucault (2008).

Já a partir do século XVIII, o suplício se extingue e, conforme Foucault (2011), a compreensão das raízes desse fenômeno remonta ainda ao século XVII. Assim, o autor francês (Foucault, 2008) aduz que é neste período (século XVII) que se constitui a Razão de Estado, a consciência do Estado e governo de si mesmo - isto é, a noção de soberania, ou seja, a concepção do Estado ser limitado em relações internacionais e ilimitado internamente, bem como a passagem do medievo para o estado nacional de polícia. Há, portanto, a necessidade de modelar os súditos para o alcance dos objetivos nacionais.

Todavia, o poder estatal, que primeiramente nasce ilimitado internamente, acaba por se autolimitar. Importante compreender que o Estado era traduzido na vontade do governante, e o Direito, inicialmente baseado no Direito divino, e posteriormente natural, era considerado externo ao próprio Estado, fundando-se nestas outras fontes. Por sua vez, o Poder Judiciário serve inicialmente de amplificador do poder do estatal. Foucault (2008) elenca que o objeto de autolimitação do Estado a partir do século XVII foi, antes de tudo, a lógica do preço. O preço se

torna objeto de validação da ação estatal. O mercado que ditará o bom e o justo na lógica da mercadoria.

Segundo Foucault (2008), a transformação do mercado em um espaço de validação dos atos estatais é resultado de uma combinação multifacetada de elementos. Isso abrange a conjuntura monetária, um influxo renovado de ouro, o crescimento econômico e demográfico, a intensificação das práticas agrícolas, a incorporação de especialistas na administração governamental, o desenvolvimento de métodos e ferramentas para reflexão e análise, bem como a formulação de uma estrutura teórica para abordar questões econômicas. Inicia-se, assim, a era do governo frugal, ou “moderado”.

Da ideia de poder anteriormente discutida, surge também o conceito de poder disciplinar, que é intrínseco ao estado de polícia e nele formulado; a essência do estado absolutista, agora limitado à verificação mercadológica, e para além do suplício corporal. Ferreira (2022) aponta que para a teoria foucaultiana, o poder disciplinar é aquele exercido pelo estado-nação internamente em seu território, objetivando que os corpos sob seu domínio se tornem massas úteis e dóceis, através de mecanismos como a escola, hospitais e a prisão (que aqui será entendida como direito penal). Advém justamente da ideia de que o Estado, em concorrência com outros Estados, regula a vida dos súditos.

Coincidentemente ou não, Foucault, tanto em “O nascimento da biopolítica” (2008), quanto em “Vigiar e punir” (2011), atribui ao mesmo período histórico (século XVIII) dois acontecimentos importantes: o afrouxamento das penas, que pode ser entendido como o abandono da pena corporal; e a mudança da Razão de Estado para a lógica do mercado, isto é, o liberalismo.

Em resumo, o poder punitivo, derivado das relações de poder incorporadas ao soberano, é transmitido ao estado moderno em um movimento de moderação, momento este que ocorrerá um afrouxamento, “humanização” - aqui entendida como ausência de suplício, isto é, a pena sairá do corpo do apenado e começará a ser contada em unidades temporais - e tecnicização das penas. Contudo, como se viu, o que vigorará neste estado é a lógica do preço, dentro de uma lógica de poder que prescinde a eleição de um alvo para a devida manifestação e expressão no campo social em busca de recursos e modelação da atitude dos súditos.

Tal antagonismo é muito bem evidenciado por Zaffaroni (2014) ao dizer que o Estado Democrático de Direito (o governo frugal/moderado) é um ideal, assim como o Estado de Polícia. Ser um ideal, no sentido de ideal platônico, significa ser inalcançável: quanto mais controlado o poder, mais Estado Democrático de Direito; quanto menos, mais Estado de Polícia; mas nunca puramente um ou outro.

Pois bem, nesse contexto de transformação, industrialização e moderação do Estado, a migração de trabalhadores do campo para a cidade se torna inconveniente, de modo que um deliberado movimento de criminalização ocorre: a criminalização da chamada “vagabundagem”, principalmente. Logo cedo, tendo em vista a quantidade de desempregados advindos deste êxodo rural, a política criminal se torna um problema inclusive na aplicação das penas (Melossi; Pavarini, 2006).

Nessa nova sociedade liberal, a liberdade formal é um bem disponível e garantido a todos. Assim, a pena de privação de liberdade surge como forma de castigo igualitário. Além de tudo, exato, vez que permite calcular exatamente o

tempo privado sob a perspectiva de lesão que causou à sociedade com o delito (Foucault, 2011).

Conforme Melossi e Pavarini (2006), até metade do século XVI o açoite, a pena capital e o desterro eram as principais forma de conter os efeitos da migração em massa para a cidade. Até o momento em que se criam as casas de trabalhos forçados, por autorização do rei à época, no castelo de Bridewell. Com uma rígida ordenação, as *workhouses* objetivavam habilitar os desviantes por meio do trabalho e disciplina, de modo que se espalharam pela Inglaterra durante o século XVII, oferecendo trabalho aos que não tinham e obrigando a trabalhar os que não queriam.

Por sua vez, na virada para o século XVII, em Amsterdã na Holanda, foram implantadas as *rasp-huuts*<sup>1</sup>, nas quais os indivíduos utilizavam uma técnica de raspagem da madeira do pau-brasil para a extração do corante. Técnica essa que era mais barata, com menor investimento de capital, porém desgastava fisicamente o detento de tal forma que frequentemente quebravam a espinha. Conforme Melossi e Pavarini (2006), estas casas serviam como métodos rígidos de disciplina e, subsidiariamente, para equilibrar a oferta e demanda do trabalho - isto é, da mão de obra reserva.

Eis aqui, portanto, os primeiros movimentos de implantação de penas privativas de liberdade.

Nos Estados Unidos da América (EUA) do século XVI, houve inicialmente o problema com os imigrantes pobres que iam para o país sem qualquer bem ou trabalho; após, vieram os vagabundos e, inclusive os devedores. Como forma de controle social, importou-se, por William Penn, o modelo inglês das *workhouses*. Já no século XVII, com as casas de correção pelo trabalho cheias e as celas preventivas vazias, em contraste com as profundas alterações sociais da época e a impossibilidade destas casas competirem com o mundo industrializado externo, as *workhouses* assumem cada vez mais um papel próprio de instituição carcerária. Assim, em 1987, o *Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prison*<sup>2</sup>, cria o sistema celular de prisão, que pregava o isolamento celular, oração e abstinência de bebidas alcoólicas como formas de recuperação dos criminosos (Melossi; Pavarini, 2006).

Bitencourt (2001) cita algumas características desse sistema penitenciário: isolamento, silêncio e oração. Características as quais diminuía consideravelmente os custos com a vigilância. Todavia, não se tratava de algo totalmente original, vez que embasado no Panóptico de Bentham. Não obstante a isso, Melossi e Pavarini (2006) destacam que o referido sistema não mais se tratava de um recuperador, mas sim de um completo composto de dominação, ideologizado principalmente pela religião.

Após o sistema celular (pensilvânico), surge também nos EUA o sistema auburniano, o qual introduz o trabalho no sistema celular e que contará também com características o silêncio absoluto. Por sua vez, ao passo que o sistema celular tem um dogma místico com a religião no centro da recuperação, o sistema auburniano

---

<sup>1</sup> Em tradução livre: "cabanas de raspagem".

<sup>2</sup> Em tradução literal: "Sociedade da Filadélfia para Aliviar as Misérias das Prisões Públicas".

possui influências claramente econômicas - isto é, serve-se a um modelo de sociedade "perfeita": trabalho, silêncio, isolamento e hierarquia (Bittencourt, 2001).

Entretanto, conforme apontam Melossi e Pavarini (2006), muito embora o sistema celular tenha "dado errado"<sup>3</sup>, o desenvolvimento do sistema auburniano se deu por questões econômicas: a restrição da importação de escravizados criou uma intensa demanda no mercado de trabalho americano no século XIX aumentando demasiadamente os salários. Por esse motivo, reintroduziu-se o trabalho produtivo nas prisões assim como eram as *workhouses*.

Outrossim, também no decurso do século XIX há a consolidação da pena privativa de liberdade como âncora do direito penal. Assim, da mesma forma, adota-se o sistema progressivo como forma de incentivo ao detendo ao comportamento no cárcere, visando a ressocialização deste antes do término da execução penal (Bittencourt, 2001). Destaca-se que o referido sistema é seguido até os dias atuais, em sua grande maioria no mundo ocidental marcado pelas sociedades capitalistas e racionalidade moderna transportada ao direito.

De igual forma Rusche e Kirchheimer (2004, p. 113) entendem que, se no início do século XVIII, a título de segregação social dos indesejáveis, as casas de correções aceitavam uma vasta gama de pessoas (criminosos, vadios, órfãos, idosos e doentes mentais), é, por sua vez, a partir do período Iluminista em que se vislumbram consideráveis avanços na teoria do direito penal. Assim, passa-se a consagrar a ideia de proporcionalidade na aplicação da pena (isto é, aplicação de penas reconhecidas legalmente e adequadas à gravidade do delito cometido) como "argumento mais poderoso na luta contra o uso do tão frequente da pena capital". Portanto, o movimento reformista do direito penal da segunda metade do século XVIII foi veementemente influenciado pela revolução industrial e decorrente necessidade da força de trabalho (ou seja, a coincidência princípios humanitários e necessidade econômica do período).

Em síntese, sob a ótica da Escola Positiva, Foucault (2011) estabelece quatro características da prisão moderna: a privação da liberdade; o trabalho como recurso corretor; a prisão como elemento modulador da pena e, por fim e mais importante, a detenção como análise clínica da imoralidade e concentração de informações sobre a "melhora" do detento da anomalia social do delito, típica do sistema progressivo - ou seja, para o autor existe, dentro do cárcere, uma disciplina incessante de natureza despótica.

Por fim, leciona Foucault (2011) que a prisão é o local onde o poder de punir se exerce com a face coberta, longe da sociedade e de forma a mostrar somente a face racionalizada, e em condições que, segundo Rusche e Kirchheimer (2004, p. 226), mesmo no período pós-Segunda Guerra Mundial (em que foram consolidados importantes avanços na matéria de internacionalização de direitos fundamentais, com a criação de Organizações Internacionais e Tratados de Direito Internacional sobre a temática)<sup>4</sup>, seguem-se "as trilhas estabelecidas em fins do

---

<sup>3</sup> No sentido de o isolamento absoluto ser considerado uma tortura; a loucura dos detentos isolados e as doenças mentais desenvolvidas, além da morte destes, por exemplo (Bittencourt, 2001).

<sup>4</sup> Pode-se exemplificar com a Organização das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

século XIX”, o que se verifica, especialmente nos países de menor desenvolvimento econômico, as péssimas condições carcerárias, que refletem na superlotação da população prisional, com precárias condições de (sobre)vivência e um insuficiente aparato estatal-administrativo.

## **2 A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL E A SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL**

Em meio a dinâmica de poder que se deu no passar dos séculos supracitados, direcionaram-se esforços intelectuais para estabelecer a fundamentação teórica do direito penal e, conseqüentemente, do poder punitivo. Convém, portanto, estudar a evolução de ideias criminológicas que dão o suporte teórico-justificante da existência do direito penal como requisito de aplicação da pena, além das críticas a elas tecidas.

O nascimento do Estado de Direito e a adequação da Razão de Estado ao mercado pressupõe uma nova forma de controle social, distinta do controle realizado no Estado Absolutista. “O metafórico contrato social, bem como as exigências de livre mercado para a acumulação capitalista, impunha ao Estado Liberal um controle social baseado no respeito às liberdades individuais, ou seja, regulado pelo Direito” (Napolini; Castro, 2016, p. 166).

Conforme Napolini e Castro (2016), a Escola Liberal Clássica teve como expoentes Beccaria, Bentham e Feuerbach, os quais se valeram da ideia de que todas as pessoas são racionais e, por esse motivo, iguais perante a lei. Como consequência direta, para tal doutrina, há um enfoque muito maior no fato-crime do que no criminoso em si. O delito, para estes, era nada mais do que um ente jurídico violador do contrato social e a sanção deveria ser estritamente proporcional ao dano, buscando a menor privação de liberdade possível - ou, conforme refere o próprio Cesare Beccaria (2017, p. 32), na aplicação das penas e sua proporcionalidade ao delito cometido, “é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado”.

Assim, Beccaria (2017, p. 33) alerta que “quanto mais atroz forem os castigos, tanto mais audacioso será o culpado para evitá-los”, pois além de os suplícios cruéis e degradantes não se sustentarem legal e juridicamente ao longo do tempo, e, conseqüentemente, poderem levar à impunidade, entende que “o rigor das penas deve ser relativo ao estado atual da nação” - ou seja, quanto maior for o abrandamento de almas na convivência social, mais sensível se torna o sujeito e, assim, menos necessária a necessidade de excessos punitivos.

Já a partir do século XIX, em meio ao movimento empirista das ciências, houve a expansão do positivismo naturalista, inclusive para as ciências sociais. Mediante este fenômeno, a matéria da criminologia moderna, pretensa a estudar não somente o crime, mas também o “homem criminoso”. Assim, Cesare Lombroso (2020) debruça suas pesquisas estudos para elementos como as tatuagens, a sensibilidade geral e afetiva, a demência, o suicídio, os afetos e paixões, a inteligência, os modos de falar etc. dos delinquentes, individualizando as causas da transgressão no ser que comete o crime, nasce positivista (Baratta, 2011). Nesse sentido, a Escola Positivista,

Baseada nos estudos de Lombroso e outros cientistas [...] irá sustentar ser o criminoso um indivíduo anormal, desprovido de capacidade para viver em sociedade. Temos, assim, o estigma justificado cientificamente, e a pena ganha uma outra função: o tratamento e a ressocialização do condenado. Todo um aparato de técnicas punitivas e saberes especializados foram desenvolvidos no sentido de estudar a pessoa do condenado, tratá-lo e discipliná-lo conforme as regras do convívio social. (Napolini; Castro, 2016, p. 168).

Veja-se que o diferente enfoque sobre o ser criminoso gera consequências absolutamente distintas no meio penal. Dentro da concepção do ser anormal, criam-se conceitos de periculosidade e correção. O crime, para essa teoria, deixa de ser meramente um ente jurídico e se torna um ente natural (Napolini; Castro, 2016).

É importante frisar essa principal diferença entre a escola liberal clássica de direito penal e a posterior criminologia positivista: o entendimento a respeito do indivíduo transgressor da norma. Em resumo, para a Escola Liberal Clássica, o indivíduo transgressor é alguém que descumpriu o contrato social e, mediante isso, sobre ele recairá a pena imposta como forma de contraestímulo criminoso com base na utilidade e legalidade. Já para a moderna criminologia positiva, o transgressor será um indivíduo diferente biológica ou psicologicamente e, por este motivo, a pena atuará nele para corrigi-lo desta “doença” da criminalidade (Baratta, 2011).

Outrossim, Baratta (2011) leciona que após os anos 1930, a criminologia positivista se torna subalterna e volta a vigorar a doutrina da Escola Liberal Clássica. Contudo, existe algo em comum entre as duas escolas: a ideologia da defesa social, que coincidentemente, também nasce à época das revoluções burguesas (Puritana e Gloriosa no século XVII e Americana e Francesa no século XVIII) quando há a formação da Razão de Estado, conforme apontado por Foucault.

A finalidade da ideologia da defesa social, por sua vez, é:

[...] proteger a sociedade do comportamento desviante, recolhendo o delinquente ao cárcere para reeducá-lo, ressocializá-lo, para depois reinseri-lo em sociedade. Ocorre que, com a transmutação do caráter da pena, que, na verdade, em nada mudou a dor e o suplício, tem-se que houve apenas uma falaciosa mudança de conceitos e forma de punir, de modo que, em sua essência, a aflição e o suplício permanecem incólumes. (Lemos; Morais, 2019, p. 5).

Ainda, Moura (2008) ressalta que ao tempo que acontece a modernização do Estado, ocorre também a necessidade de se fundamentar de forma discursiva e ideológica a existência do direito penal por ele aplicado. Nesta perspectiva, tal concepção passou da escola clássica para a escola positivista, e, na decadência da Escola Positivista, retorna novamente à Escola Clássica. Além do mais, para a autora, tal ideologia é demasiadamente difundida na mente da população sobre a finalidade das ciências criminais como um todo.

A Ideologia da Defesa Social, comum às duas escolas de direito penal, possui sete princípios, de acordo com Baratta (2011):

i) princípio da legitimidade: o legitimado para a repressão da criminalidade é o Estado, que a recebe da sociedade;

ii) princípio do bem e do mal: a sociedade é o bem e o delito o mal, dessa forma o criminoso se trata de um elemento negativo dentro da sociedade;

iii) princípio de culpabilidade: preza pela penalização das condutas reprováveis;

iv) princípio o fim ou prevenção: divisão do objetivo conforme a estrutura do tipo penal, a prevenção geral (contra motivação com a pena em abstrato) e a prevenção especial (aplicação da pena no caso concreto);

v) princípio do interesse social e do delito natural: como o delito visa preservar bens de interesse de toda a sociedade, a violação a um, conseqüentemente, gera uma violação a todos os cidadãos;

vi) princípio da igualdade: a lei igual a todos e o grau de repressão varia de acordo com o dano causado.

Segundo Machado (2010), conhecer o direito apenas pela face normativa pode ser arriscado, principalmente por ignorar o modo como ele opera. Sobretudo, por se tratar o direito de um fato social. A transformação em mera racionalidade cognitivo instrumental resulta em uma cientificação recriando problemas sociais. Dentro da ciência penal deve se levar em conta outras ciências para melhor compreender as criminalizações abstratas e reais.

Sobre essa perspectiva que, a partir dos anos 1930, através das pesquisas em Sociologia Criminal desenvolvidas nos Estados Unidos da América (EUA) que há o início do questionamento da Ideologia da Defesa Social. Principalmente nas obras "Vigiar e Punir" de Michel Foucault, "Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário" e "Pena e Estrutura Social" de Otto Kirchheimer e Georg Rusche (Naspolini; Castro, 2016).

Conforme Baratta (2011), a primeira crítica tecida à Ideologia da Defesa Social vem de uma interpretação da obra freudiana. Theodor Reik *apud* Baratta (2011), ao interpretar Freud propõe que: a pena serve para satisfazer os impulsos reprimidos daqueles que punem, após um processo de identificação com ato desviante. Há um efeito catártico, portanto. Sob a mesma perspectiva Alexander e Staub *apud* Baratta (2011), em seguida, indicarão o "princípio da identidade dos impulsos" o que demonstra: a necessidade da expiação do indivíduo desviante não somente fica na reação da sociedade a passa aos meios institucionais de repressão. Tais teorias elaboradas questionam justamente o princípio da legitimidade porque a resposta institucional estaria "viciada" pela necessidade da punição do ato criminoso após um processo de identificação.

A segunda crítica leva em conta as teorias estruturais-funcionalistas, principalmente de Durkheim, as quais dizem que o delito é um fato social normal a qualquer sociedade e, inclusive, tem efeito positivo, qual seja, reafirmar a norma social vigente. O desvio, nessa perspectiva, é algo fisiológico da sociedade, não patológico. Se desenvolverá, por Merton, a ideia de que o crime é um produto da cultura (que proporá metas e meios legítimos aos indivíduos) em contradição com a estrutura social (que organizará a sociedade em estratos com acesso ou

não aos meios legítimos). Assim, diferentes perfis seguirão ou não os objetivos culturais, utilizando ou não dos meios legítimos. Reputa-se atacado principalmente o princípio do bem e do mal, observando que o delito, para essa teoria, nada mais é que um produto social que tem função positiva dentro da sociedade (Baratta, 2011).

Por sua vez, as teorias das subculturas criminais questionam diretamente o princípio da culpabilidade, de modo que são embasadas nas teorias estruturais-funcionalistas para, a partir da noção de subcultura criminal, demonstrar que o comportamento do indivíduo desviante dependerá da facilidade de acesso que tem aos meios ilegítimos para alcançar os objetivos culturais. Portanto, há nessas teorias uma forte noção de associação e aprendizado, em que o indivíduo desviante estaria inserto nos meios e valores ilegítimos os quais seriam, para ele, meios legítimos, pois assim aprendeu. Ao questionar a noção de valores únicos da sociedade e a impossibilidade do indivíduo de escolher quais aderir o princípio da culpabilidade é atacado (Baratta, 2011).

Posteriormente Sykes e Matza (2018) elaboram uma “correção” da teoria das subculturas criminais. Leva-se em conta que o desviante tem o conhecimento dos valores e dos meios socialmente legítimos. Para estes autores, a criminalidade advém da associação diferencial das técnicas de neutralização, que servem para se desinibir da culpabilidade do delito e neutralizar o controle punitivo. São elas: i) a exclusão da própria responsabilidade, como dizer que os atos foram cometidos em razão da pobreza; ii) negação do dano, dizendo que o ato não passa de brincadeira ou que não atentou contra ninguém, iii) negação da vítima, colocando-a sem situação de real desviante, como policiais que justificam chacinas afirmando ser bandido quem mora em determinado local, iv) condenação dos condenadores ao invocar a corrupção ou questionar a virtude moral das instituições de controle penal e, por fim, v) apelo a instâncias superiores, na qual o indivíduo afirmará a lealdade a grupos que estão acima de si próprio como facções criminosas, máfias e etc.

Nesse contexto, faz-se importante observar que as supracitadas teorias dizem respeito à dicotomia: valores/sociedade. Ou seja, trata-se de um problema de valoração de condutas.

Para Baratta (2011), a teoria do *labeling approach* (também chamada de etiquetamento ou reação social) muda o foco de estudo da criminologia dos valores sociais para os processos do sistema penal, desde a tipificação da conduta até a atribuição de status social ao indivíduo desviante. A teoria da identidade das carreiras desviantes denunciará o efeito criminógeno do sistema penal ao inferir que a importância da sanção social ou penal pela conduta desviante é a consolidação da identidade de desviante. Biparte-se a delinquência em primária - das quais fatores primários e secundários levarão à prática do ato - e secundária - que será oriunda das consequências do estigma gerado pela primeira. Nesse sentido, põe-se em dúvida justamente o princípio fim ou da prevenção, vez que a atuação do direito penal é a responsável por consolidar a “personalidade” desviante do indivíduo criminalizado.

A recepção alemã das teorias do *labeling approach* investigará uma área pouco explorada dentro da criminologia: os “crimes do colarinho branco”. Neste momento criminológico se verifica a falseabilidade da distribuição do “bem negativo” da criminalidade. As estatísticas demonstram, portanto, uma falsa percepção

de que o desvio está somente em alguns estratos sociais quando o desvio está em toda a sociedade. Isso porque através das chamadas meta regras (modos de interpretação e aplicação prática de uma regra) ocorre a seletividade penal pelos órgãos policiais, inclusive influenciados pelas próprias estatísticas, seletividade a qual recairá sobre a população marginalizada. Elenca-se que os crimes do colarinho branco são pouco perseguidos e que por fatores de natureza econômica (contratação de melhores advogados), social (pouco efeito estigmatizante que desvie a autoimagem do desviante) e jurídica (órgãos específicos de julgamento) os autores de tais delitos não são o “alvo” da perseguição penal (Baratta, 2011).

Por último, a sociologia do conflito negará o princípio do interesse social e do delito natural. Embasa-se na teoria do *labeling approach* que diz que a criminalidade é construída sobre o indivíduo, porém vai mais além, pois questiona quem define o próprio conceito de criminalidade e o que é crime. Assim, a sociologia do conflito responde esse vácuo ao propor que os interesses que constituem o direito penal são aqueles de quem tem poder para constitui-los e que a criminalidade não é natural, mas sim possui uma intrínseca natureza política. Ou seja, a pena e o direito penal são resultados da instrumentalização do conflito entre grupos sociais no Estado. O que nega a concepção de que existam delitos naturais e que se busca tutelar os interesses sociais, visto que os interesses sociais são diversos e somente poucos grupos conseguem institucionalizarem os seus (Baratta, 2011).

Em conclusão, Baratta (2011) aponta as insuficiências da criminologia burguesa e incorporará teorias marxianas no bojo do estudo da criminalidade, negando a igualdade formal do direito penal em contraposição à desigualdade material da realidade social e introduzirá os conceitos de conflito de classes embasado na sociologia do conflito de forma que para ele, o alvo do direito penal é a classe trabalhadora além do que, quem detém o poder da criminalização primária é a classe capitalista.

Como derradeira nota, insta salientar que Foucault (*apud* Baratta, 2011) dirá que na sociedade capitalista, o direito penal se tornará mais um instrumento de correção de conduta para aqueles que não se encaixam no sistema de produção, assim como uma escola para pessoas com deficiência que não se adaptam às ditas “instituições normais”. Segue, portanto, o caminho: família, igreja, escola, trabalho, presídio.

### **3 OS PROJETOS DE LEI E O CÂRCERE BRASILEIRO**

A presente seção tem a finalidade de compreender o conteúdo dos referidos projetos de lei, principalmente o brasileiro, visto que se colocará em contraponto à realidade carcerária. Assim, com eventual aprovação do PL nº 2.822/2022, pretende-se alterar duas legislações vigentes: a Lei Federal nº 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, bem como a Lei de Execuções Penais (Lei Federal nº 7.210/1984).

A primeira lei seria alterada para o fim de se inserir o parágrafo 9º no art. 9º da Lei Federal nº 9.434/1997, o qual prevê as hipóteses de disposição do corpo para doação. Assim, o supracitado PL propõe a inclusão do seguinte trecho: “o detento livremente terá a possibilidade de doar órgão duplo ouvido o juiz, advogado e Ministério Público” (Brasil, 2022).

Já na segunda lei, qual seja, a Lei de Execução Penal, tenciona-se a alteração mais importante para a presente investigação, que é a modificação do art. 126. Nele, pretende-se incluir a possibilidade de remição da pena no caso de doação de órgão para o detento que já cumpriu 20% da pena, cuja remição será de 50% do *quantum* restante pena, progredindo automaticamente para o regime aberto em condições a serem fixadas pelo juiz competente. Outrossim, destaca-se que há uma única vedação: para apenados reincidentes em crime hediondo (Brasil, 2022).

Da justificação do Projeto de Lei, extrai-se a busca pela ampliação dos direitos dos detentos sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e solidariedade, fundamentando-se que os detentos não perdem os direitos sobre seus corpos, bem como que a pretensa alteração legislativa poderá contribuir para o Sistema Único de Saúde, supostamente incentivando a doação de órgãos (Brasil, 2022).

Conforme explanado anteriormente, um Projeto de Lei com similar conteúdo foi proposto no estado de Massachusetts, nos EUA. O *bill*<sup>5</sup> H.2333, nominado de “*An Act to establish the Massachusetts incarcerated individual bone marrow and organ donation program*”<sup>6</sup>, prevê a criação de um Programa de Doação de Medula Óssea e Órgãos no âmbito do Departamento de Correção. Na realidade estadunidense, o benefício visa permitir aos doadores a redução na execução penal em casas de correção de não menos que sessenta e não mais que trezentos e sessenta e cinco dias.

Ademais, a legislação ainda prevê:

Relatórios anuais, incluindo a quantidade real de medula óssea e órgão(s) doados e a estimativa de vidas salvas associadas a essas doações, deverão ser apresentados aos poderes Executivo e Legislativo do Commonwealth. Todos os custos associados ao Programa de Doação de Medula Óssea e Órgãos serão assumidos pelas instituições beneficiárias do programa e seus afiliados, não pelo Departamento de Correção. Não haverá comissões ou pagamentos monetários a serem feitos ao Departamento de Correção pela medula óssea doada por indivíduos encarcerados (Massachusetts, 2023).<sup>7</sup>

Quanto a temática ora referida, insta salientar que ainda no ano de 1989, propôs-se no Brasil o Projeto de Lei nº 3.847, o qual previa a possibilidade de redução da pena do reeducando sentenciado por crime inafiançável em até um

---

<sup>5</sup> Em tradução literal: “Projeto de Lei”.

<sup>6</sup> Em tradução literal: “Uma Lei para estabelecer o Programa de Doação de Medula Óssea e Órgãos para Indivíduos Encarcerados em Massachusetts”.

<sup>7</sup> Texto original: “*Annual reports including actual amounts of bone marrow and organ(s) donated, and the estimated life-savings associated with said donations, are to be filed with the Executive and Legislative branches of the Commonwealth. All costs associated with the Bone Marrow and Organ Donation Program will be done by the benefiting institutions of the program and their affiliates-not by the Department of Correction. There shall be no commissions or monetary payments to be made to the Department of Correction for bone marrow donated by incarcerated individuals*”.

terço, mediante declaração pública de doação de órgãos após a morte, com a reversão do benefício se houvesse a anulação da declaração (Brasil, 1989).

Na justificativa do supracitado Projeto de Lei, seu autor, o deputado federal Leonel Júlio, fez alusão de que “seria cruel e, até mesmo, imoral o fato de oferecer-se a um condenado a opção entre o cárcere, com integridade física, ou a liberdade com mutilação, mediante alternativa de redução de pena em troca de órgãos” (Brasil, 1989, p. 9). A Comissão de Constituição e Justiça considerou constitucional o projeto e o encaminhou para a votação, que por motivos regimentais, saiu de pauta e foi arquivado.

Em meio aos projetos atuais que fomentam que o direito penal adentre (ainda mais) na esfera individual do detento (nomeadamente no seu corpo), mesmo em vida e mediante sua autorização, faz-se necessário observar quais são as condições do local onde este sujeito se encontra: o cárcere. Assim, se investigará, de forma breve, a situação carcerária brasileira.

Conforme o art. 112 da Lei Federal nº 7.210 de 1984, a Lei de Execuções Penais (LEP), o Brasil, adota o sistema penitenciário progressivo. Nesse sentido, a “pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos” (Brasil, 2019).

Para Bitencourt (2001), o sistema progressivo encontra-se em crise, assim como a pena privativa de liberdade, a qual apresenta os seguintes problemas:

i) a prisão tem um elevado fator criminógeno estimulando a delinquência. Nesse contexto, Hibber (1975) *apud* Bitencourt (2001) relembra que foi paulatinamente se tornando um criminoso mais bem preparado ao passo em sua idade evoluía e era transferido a instituições mais rígidas.

Divide-se o fator criminógeno em três modalidades: 1) material, no qual a incapacidade de lidar com o confinamento pode gerar prejuízo à saúde destes tornando-os inaptos ao retorno à sociedade; 2) psicológico, sendo a prisão um lugar de dissimulação e mentira, tendo em vista a rigidez prisional nem sempre bem empregada, não há espaço para o amadurecimento do criminoso e, por fim, 3) os fatores sociais, tendo em vista que a segregação da sociedade resulta em uma dificuldade de reinserção. (Bitencourt, 2001).

ii) outro ponto que demonstra a crise no sistema penal, mesmo que seja um dado relativo e não necessariamente crucial, é o índice de reincidência dos apenados com pena privativa de liberdade (Bitencourt, 2001).

iii) sobretudo, observam-se também problemas sociológicos, refletido através da formação de uma subcultura carcerária dada as peculiaridades do próprio sistema: rigidez, não há como escapar fisicamente e mentalmente, a vontade não escapa ao sistema; um número limitado de papéis que se pode desempenhar dentro e impossibilidade de escolha. Gera-se, além de tudo, uma estratificação social dentro do próprio microsistema, o que pode ser, e geralmente é, prejudicial (Bitencourt, 2001).

iv) além do mais, presentes também os problemas causados ao psicológico do detento. De acordo com Bitencourt (2001), desde o início do século XIX, com o avanço das instituições carcerárias, estudou-se a “psicose carcerária”. Embora tenha-se concluído que a psicose carcerária não se trata de um tipo específico, foi

iniciado o debate sobre as consequências psicológicas à prisão, as quais incluem: reação explosiva, irritação, apatia e delírios, além de demonstrações de atitudes infantis em detentos, haja vista da minuciosa regulamentação e monotonia da vida carcerária.

Não obstante, também se fala no profundo impacto que a prisão gera sobre a percepção do preso sobre si mesmo. O autoconhecimento é severamente afetado. Culbertson *apud* Bittencourt (2001) demonstra que à medida que a reincidência vai aumentando, o autoconceito de indivíduo tende a cair, até o momento que este autoconceito, em relação a orientação criminal, começa a crescer. O encarcerado após algumas passagens se vê como parte de uma sociedade delitiva, não da sociedade “normal”. Entende-se que a experiência está intrinsecamente ligada ao conceito do *labelling approach* (acima exposto).

v) há, por fim, a questão sexual nas penitenciárias, caracterizada pela ignorância da continuidade da atividade sexual humana após o encarceramento, o que resulta na repressão desse instinto e leva a problemas psíquicos e físicos em razão da abstinência causada: deformação da autoimagem, destruição da relação conjugal que o recluso possa anteriormente ter (Bittencourt, 2001).

Haja vista a todos estes problemas já enunciados há mais de uma década, no ano de 2015 o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da medida liminar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamenta (ADPF) n.º 347, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio considerou como estado de coisas inconstitucional a situação carcerária brasileira (Brasil, 2015).

De acordo com Gonçalves (2016), o STF importou da jurisprudência colombiana o instituto do Estado de Coisas Inconstitucionais, que, conforme a própria nomenclatura denuncia, visa declarar uma inconstitucionalidade generalizada em algum determinado setor que, no caso brasileiro, foi o carcerário.

Dos relatórios elaborados sobre o sistema carcerário pátrio, faz-se possível constatar a existência de diversas violações, tais como a associação das detenções com o contágio de doenças como HIV, sífilis, tuberculose; detentas utilizando miolo de pão como absorvente, segundo a Clínica de Direitos da UERJ; prostituição forçada por grupos vulneráveis como pessoas transsexuais, dentre outras transgressões à direitos sob a tutela estatal. Daí que, ao proferir a antecipação de voto, o Ministro Edson Fachin infere que “a ADPF n.º 347 trata dos direitos mais fundamentais da pessoa humana. Não [...] apenas à dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CRFB/88), mas ao direito fundamental à integridade física e moral dos encarcerados (art. 5, XLIX, CRFB)” (Brasil, 2015, p.47).

Imperioso destacar que mesmo antes do julgamento da referida ADPF, já existiam julgados do STF que demonstravam a complicação do sistema penitenciário: Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.357 e 4.425 que discute a indenização por danos a presos e o Recurso Extraordinário (RE) n.º 592.581 que julga pedido de realização de obras emergenciais para assegurar a dignidade da população carcerária (Gonçalves, 2016).

Sob a ótica debatida no primeiro capítulo, convém destacar, mais uma vez, o entendimento de Foucault, o qual:

[...] comunga o entendimento de que a falência da prisão coincide com seu próprio nascimento no início do século XIX,

quando passou a se observar que a pena privativa de liberdade, ao contrário de reduzir a criminalidade, acabava por produzi-la e impulsionar a delinquência, ou seja, a história da pena é a história do fracasso. (Lemos; Moraes, 2019, p.8).

Não obstante aos efeitos do encarceramento no Estado de Coisas Inconstitucionais, é relevante observar a evolução no encarceramento no Brasil. Pimenta (2016) informa que em 2014 havia mais pessoas presas no Brasil do que a população do Estado de Roraima: 505.665 contra 622.202 encarcerados. Este número coloca o Brasil na 4ª posição entre os que mais encarceram, atrás dos EUA, China e Rússia.

Conforme Souza e Zambiasi (2022), de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da totalidade de execuções penais no Brasil (1.352.599), 784.830 são penas privativas de liberdade e destas, 32,6% estão sendo cumpridas em regime fechado - isto é, dentro de uma unidade prisional. Faz-se necessário observar também que a seletividade do direito penal exposta no capítulo anterior ocasiona efeitos tanto no quantitativo carcerário quanto no qualitativo, ou seja, em quem se prende.

Após uma complexa análise de dados, Pimenta (2016) chega à conclusão de que para cada 100.000 homens jovens, 1.687,8 estão presos. Destes, a maioria é a população negra:

**Tabela 1 - Raça/Cor das pessoas presas no Sistema Penitenciário**

Raça/Cor	Total	Homens	Mulheres
Total	584.758	550.965	33.793
Negra	312.625	295.244	17.381
Branca	188.695	178.174	10.521
Outras	5.586	5.101	485
Sem informação	77.852	72.446	5.406

Fonte: Infopen (2014) *apud* Pimenta (2016, p. 79).

**Tabela 2 - Comparação do Grau de Escolaridade entre as pessoas presas e a população com 18 anos ou mais**

	Sem instrução e fundamental incompleto	Fundamental completo e médio incompleto	Médio completo e superior incompleto	Superior completo
Pessoas presas	60,3%	28,7%	10,5%	0,5%
População com 18 anos ou mais	45,3%	16,7%	28,0%	10,0%

Fonte: Infopen (2014); Censo (2010) *apud* Pimenta (2016, p. 89).

Dentre os três principais crimes responsáveis pelo encarceramento estão o roubo (art. 157 do CP), com 404.568 execuções, o tráfico de drogas (art. 33

da Lei Federal nº 11.343/2006), com 323.633 execuções e o furto (art. 155 do CP), com 224.310 execuções penais em curso (Souza; Zambiasi, 2022). Portanto, observa-se que, no Brasil, há um alvo específico do encarceramento, assim como demonstra a teoria do conflito: a juventude, pessoas negras, os pobres, os de baixa escolaridade e que respondem majoritariamente por crimes patrimoniais e tráfico de drogas.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo geral investigar as alterações estruturais do direito penal, tendo como base a evolução da pena e a ideologia da defesa social, no aparente movimento de invasão do corpo do detento. Inicialmente se constituiu três objetivos de pesquisa que estruturaram o presente trabalho e foram devidamente concluídos conforme se observa a seguir.

Da primeira seção, verifica-se que o poder é entendido como a expressão do poder social incorporado no soberano (atualmente Estado) e que se materializa na exteriorização deste, de modo que nasce juntamente com a sociedade. A eleição de um alvo sobre quem o poder incidirá em busca de recursos e submissão é necessária para a própria definição de poder em Foucault. O poder punitivo, todavia, é mais uma forma de expressão necessária desse poder.

Com o surgimento da Razão de Estado e dos Estados Nacionais, em conjunto com a moderação de Estado através de um processo de “liberalização”, a pena sai do corpo e começa a atender outras demandas sociais: o trabalho, principalmente (veja-se as *workhouses* e o sistema auburniano, este criado para contornar os efeitos econômicos abolição da escravidão).

Entretanto, conforme visto, mesmo que a pena esteja fora do corpo, Foucault ainda trata o sistema penal como um sistema despótico e absolutista baseado no controle e modelação de uma sociedade artificial onde dentro dele se exerce o poder absoluto com face racionalizada.

É nesse contexto sumário que a pena privativa de liberdade nasce e evolui.

Na segunda seção é observado o direito penal sob perspectiva da ideologia da defesa social que serve como instrumento teórico-justificante do sistema penal das duas principais escolas: a Escola Liberal Clássica e a Escola Positiva, além do senso comum. Embasado nos princípios que pregam pela igualdade, culpabilidade, prevenção e delito natural, principalmente, o direito penal se passa por um instrumento neutro e legítimo, para além de qualquer influência política.

Contudo, como visto, algumas teorias criminológicas demonstram a seletividade e influência política no direito penal. Nessa sumária exposição final cabe ressaltar, principalmente, as teorias sociológicas do conflito e, justamente, as teorias críticas que, como exposto na seção da pena, dirão que o direito penal servirá aos interesses econômicos e atuará nas contradições entre as classes sociais.

Por último, na terceira seção, os projetos de lei foram devidamente exemplificados em contraponto à realidade carcerária que em 2015 passou por um reconhecimento formal de ineficácia por parte do Estado através do julgamento da ADPF n.º 347. Além do que, ficou evidenciado em números a seletividade do

direito penal, o que demonstra a existência de um alvo específico dos processos de criminalização.

Conclui-se, portanto, que a atual pena privativa de liberdade advém de um determinado contexto (a reforma sistema auburniano para o sistema progressivo) que não mais existe, ao passo que o Estado brasileiro, através da decisão proferida nos autos da ADPF n.º 347, formalmente reconhece que a prisão não cumpre com os objetivos proposto, perdendo toda a sua essência.

Dito isso, o Projeto de Lei n.º 2.822/2022 segue na contramão da já “sucateada” Ideologia da Defesa Social (princípio da prevenção) - vez que esta nasce justamente de um movimento de controle do Estado e funda-se no abandono do suplício corporal como pena - da racionalização e humanização do poder punitivo. O poder punitivo atual, com este PL tende a tornar-se semelhante ao poder exercido pelo monarca absoluto que em busca de recursos e operacionalizando a dinâmica de poder necessária, tenta retornar a pena ao corpo do apenado, agora de forma racionalizada e positivada. Subverte-se, portanto, o discurso desta ideologia para modelar a legislação atual a sanha utilitarista, da mesma forma como foi feita em movimentos punitivistas passados - remete-se o leitor ao capítulo 1.

Assim, viola-se ainda mais o alvo já eleito pela seletividade do direito penal sob o aval da sociedade que de toda a forma se beneficiará. Independentemente da aprovação do Projeto de Lei n.º 2.822/2022, observa-se mais um movimento do poder hegemônico para tornar o detento como produto do Direito Penal, em detrimento ao indivíduo que, como apregoa a ideologia vigente, precisa ser recuperado/ressocializado.

Contudo, vale a ressalva de que a organização dos punitiva dos Estados não é universal, sendo a presente análise feita a partir de obras que analisam a sociedade capitalista marcada pela racionalidade moderna.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, J. A. G. Michel Foucault e a teoria do poder. *Tempo Social*, São Paulo, v. 7, n 1-2, p. 105-110, out. 1995.

BARATTA, A. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, C. *Dos Delitos e Das Penas*. Tradução: Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2017.

BITENCOURT, C. R. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. *Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de jul. de 1984. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3.847*, de 01 de agosto de 1990. Dispõe sobre a redução da pena de condenados que se disponham à doação *post mortem* dos órgãos para transplantes e determina outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 1990. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=216485>. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 2.822*, de 11 de novembro de 2022. Altera a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para assegurar a doação de órgãos duplos como hipótese de remição de pena. Brasília: Senado Federal, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=576699>. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/DF*. 09/09/2015. Acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 2 out. 2023.

FERREIRA, N. D. P. Vivente e vida nua: conceitos de Biopolítica. *Revista Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, 2022, p. 893-915.

FOUCAULT, M. *Microfísica do Poder*. 13. ed. Tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

FOUCAULT, M. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GONÇALVES, C. L. *O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e as suas possíveis consequências na ordem jurídica brasileira*. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Novas Tendências do Direito Público) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: [https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1132/Monografia\\_Estado\\_de\\_Coisas\\_Inconstitucional\\_e\\_consequencias\\_na\\_ordem\\_juridica\\_brasileira.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1132/Monografia_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_e_consequencias_na_ordem_juridica_brasileira.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 1 out. 2023.

HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2014.

LEMOS, L. F.; MORAIS, M. E. S. N. P. Os efeitos da pena e do cárcere etimologicamente analisada sob a perspectiva da dor: a real função do cárcere dentro da ideologia da defesa social. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, n. 2, p. 67-82, jul./dez. 2019.

LOMBROSO, C. *O Homem Delinquente*. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2010.

MACHADO, E. B. L. A. Da criminalização abstrata à criminalização real: a neutralização da marginalidade social. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., Fortaleza. *Anais [...]*. Fortaleza: CONPEDI, 2010.

MASSACHUSETTS. *Bill H.2333*. An Act to establish the Massachusetts incarcerated individual bone marrow and organ donation program. Boston: The General Court of the Commonwealth of Massachusetts, 2023. Disponível em: <https://malegislature.gov/Bills/193/H2333/Cosponsor>. Acesso em: 25 ago. 2023.

MELOSSI, D; MASSIMO, P. *Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI - XIX)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MOURA, G. P. Ideologia da defesa social e a construção da ideologia da punição. *Revista CONPEDI*, 2008. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/genilma\\_pereira\\_de\\_moura.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/genilma_pereira_de_moura.pdf). Acesso em: 10 set. 2017.

NASPOLINI, S. H. D. F; CASTRO, M. F. O direito fundamental de igualdade, a ideologia da defesa social e a seletividade do sistema penal brasileiro. *Conpedi Law Review*, Uruguai, v. 2, n.4, 2016, p. 165-179.

PIMENTA, V. M. *Por trás das grades: o encarceramento brasileiro em uma abordagem Criminológico-crítica*. 2016. Dissertação (Mestrado) - Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

PRIORE, D. M; VENANCIO, R. *Uma breve história do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Planeta: 2016.

RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Tradução: Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SOUZA, L. C; ZAMBIASI, V. W. Minimalismo penal e monitoração eletrônica: uma visão a partir dos princípios do direito penal mínimo de Alessandro Baratta sobre a monitoração eletrônica no município de Cascavel/PR. In: JORNADA CIENTÍFICA DA UNIVEL, 20., 2022, Cascavel. *Anais [...]*. Cascavel: UNIVEL, 2022.

SYKES, G. MATZA, D. *Técnicas de Neutralização: uma teoria da delinquência*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2018. Disponível em: [http://www.cafeefuria.com/ayresfranca/Trad\\_21\\_SYKES\\_GM\\_MATZA\\_D\\_FRANCA\\_LA\\_QUEVEDO\\_JV\\_Tecnicas\\_de\\_neutralizacao.pdf](http://www.cafeefuria.com/ayresfranca/Trad_21_SYKES_GM_MATZA_D_FRANCA_LA_QUEVEDO_JV_Tecnicas_de_neutralizacao.pdf). Acesso em: 5 out. 2023.

ZAFFARONI, E. R. *O Inimigo no Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.