

A ineficácia do direito penal brasileiro frente às teorias que o sustentam

Marina Della Mía Vieira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.102.11

RESUMO

O presente estudo pretende realizar uma abordagem teórica, baseada nos pressupostos e ensinamentos da criminologia crítica, do sistema penal moderno. Para tanto, será realizada uma análise da estrutura do sistema de justiça criminal, identificando quais as teorias que objetivaram legitimar historicamente sua existência e atuação, com especial enfoque nas teorias da prevenção especial, as quais que atribuem à pena a função de evitar a reincidência pela via da ressocialização e da reintegração social do apenado. Nesse viés, serão questionados os fundamentos que conferem ao sistema de justiça criminal um caráter utilitarista, preventivo e educacional, de modo a demonstrar os prejuízos e violações advindos da forma punitivista através da qual o Estado responde a atos delituosos. Diante disso, busca-se questionar a estrutura do direito penal, apontando para sua seletividade e para a violência exercida sobre sua clientela.

Palavras-chave: direito penal. violência. seletividade.

ABSTRACT

This study aims to conduct a theoretical approach, based on the assumptions and teachings of critical criminology, of the modern criminal justice system. To this end, an analysis of the structure of the criminal justice system will be carried out, identifying which theories have historically legitimized its existence and performance, with special focus on the theories of special prevention, which attribute to the penalty the function of avoiding recidivism through resocialization and social reintegration of the convicted. In this vein, the foundations that give the criminal justice system a utilitarian, preventive and educational character will be questioned, in order to demonstrate the damage and violations arising from the punitive way in which the State responds to criminal acts. In light of this, we seek to question the structure of criminal law, pointing to its selectivity and the violence exerted on its clientele.

Keywords: criminal law. violence. selectivity.

INTRODUÇÃO

A partir do surgimento dos ideais iluministas e da Revolução Francesa, a concepção acerca do indivíduo é modificada, ou seja, o sujeito passa a ser visto como ser dotado de dignidade e o Estado torna-se garantidor de direitos inerentes ao ser humano. Desse modo, o sistema penal, que anteriormente destinava-se ao castigo e ao suplício, agindo sobre o corpo do sujeito, passa a incidir sobre o tempo e o espaço, objetivando afastar do convívio social aqueles que são capazes de desestabilizar a ordem vigente (STEINER, 2003).

Tal mudança representou uma tentativa de racionalização e limitação do Direito Penal, considerando a nova finalidade que passou a ser atribuída à pena, a qual, além de punir aqueles que transgrediram a lei, seria instrumento de transformação, promovendo a ressocialização e permitindo o retorno dos indivíduos ao convívio social. Nesse aspecto, a disciplina e o controle tornam-se parte do sistema penal, sendo colocadas como principais ferramentas para o processo de reeducação e reinserção do apenado. Com visível inspiração no Direito Canônico, o Sis-

tema Penal passa a operar com penas que deixam, conforme aponta Michel Foucault (2010), de incidir sobre o corpo do condenado, para atingi-lo em sua alma, visando sua regeneração, sendo respaldadas por discursos de minimização e humanização das punições.

Paralelamente a isso, com o desenvolvimento dos Estados Contemporâneos, estruturados como Estados democráticos de direito, a partir do reconhecimento de um conjunto de direitos e garantias fundamentais, tem-se a criação de inúmeros instrumentos destinados à proteção dos sujeitos submetidos ao sistema de justiça penal, visando o controle dos eventuais excessos punitivos estatais e assegurando, ao menos no plano normativo, a dignidade do apenado. Para tanto, normas cujo objetivo seria resguardar o indivíduo de sanções arbitrárias e desumanas, impondo limites ao poder de penar do Estado, foram concretizadas através de tratados internacionais e inseridas no ordenamento jurídico de cada país, de forma a assegurar o respeito aos direitos humanos.

Nesse viés, será realizada, a partir da criminologia crítica, uma abordagem do sistema penal, observando-se os fundamentos discursivos que o regem. Em um segundo momento, a partir de sua evolução histórica, serão analisadas as forças visíveis e invisíveis que sustentam o sistema criminal, assim como o papel exercido pela prisão em uma perspectiva de relações de poder. A história que envolve o nascimento do poder punitivo moderno é composta por diversos fatores que redimensionaram a forma através da qual os conflitos cotidianos são encarados. A própria definição de crime, por exemplo, está vinculada a uma construção social, ou seja, existem inúmeras condutas sociais que geram conflitos, todavia, somente algumas delas são enfrentadas com uma solução punitiva.

PODER PUNITIVO ESTATAL E SUA (IN)EFICÁCIA

A história que envolve o nascimento do poder punitivo moderno é composta por diversos fatores que redimensionaram a forma através da qual os conflitos cotidianos são encarados. A própria definição de crime, por exemplo, está vinculada a uma construção social, ou seja, existem inúmeras condutas sociais que geram conflitos, todavia, somente algumas delas são enfrentadas com uma solução punitiva.

A utilização do sistema penal como instrumento para lidar com os conflitos é apenas uma das alternativas possíveis. Nesse viés, argumenta Zaffaroni (1999), nem sempre as situações conflitivas são encaradas de uma única maneira. Como exemplos, o autor cita o concubinato e a homossexualidade, os quais já foram considerados crimes e, atualmente, não são submetidos a qualquer punição estatal. Além desta primeira escolha sobre quais os conflitos serão submetidos ao poder punitivo estatal, há também um processo de seleção daqueles que serão destinatários das punições, os quais, geralmente, ocupam uma posição não privilegiada na sociedade.

A partir disso, o sistema penal torna-se um instrumento a serviço do controle social, uma vez que é institucionalizado, com forma e discurso punitivo. O controle social, por sua vez, se desenvolve por diferentes instrumentos que influenciam as escolhas e os comportamentos dos indivíduos, e não é exercido somente através das instituições penais, mas por intermédio de meios de comunicação de massa, instituições sociais, famílias, escolas, manicômios, etc. Tais formas de controle se encontram difundidas por toda a sociedade (ZAFFARONI, 1999) e, embora o sistema penal esteja imbricado, retroalimentando-se das demais formas de controle, este

representa a estratégia mais radical de poder e de limitação das liberdades, pois atua mediante o poder coercitivo e disciplinar do estado.

O sistema penal, segundo Zaffaroni (1999, p. 70) “abarcas desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena”. Ainda, em um sentido mais amplo, é considerado pelo autor como sendo um “controle social punitivo institucionalizado”, sendo a punição uma ação em resposta a uma conduta. Também constituem o sistema penal, além do público e dos legisladores, o aparato de normas, instituições, saberes e decisões relacionadas ao fenômeno criminal, o setor policial, judicial e executivo, os quais não desempenham suas funções de maneira estritamente independente, mas se sobressaem em cada uma de suas etapas.

Nesse viés, destaca Vera de Andrade (2012) a bidimensionalidade do sistema criminal, o qual é formado, de um lado, por normas e saberes (dimensão programadora), e, de outro, por ações e decisões (dimensão operacional). A primeira estabelece quais as condutas serão definidas como crime, bem como determina os procedimentos para o exercício do jus puniendi. A segunda, por sua vez, se utiliza dos fundamentos da primeira para aplicá-los às práticas delituosas. O Direito Penal vincula-se à dimensão programadora, pois é composto de normas gerais orientadoras.

O sistema penal caracteriza uma das formas de controle daquelas condutas consideradas negativas à sociedade, as quais violam os bens jurídicos tidos como relevantes (PINTO, 2002). Nesse sentido, o sistema penal é composto por um grupo de agências de poder que atuam em um “continuum no qual é possível individualizar segmentos que vão desde o legislador até os órgãos encarregados do controle e assistência dos liberados e os sujeitos sob o regime de liberdade condicional”. (ANDRADE, 2012, p. 210)

Desse modo, há uma atuação integrada entre os setores que compõem o sistema, desde o legislador até o aparato penitenciário. Tal atuação é pautada pela ideia de defesa social como fundamento no combate da criminalidade. Ainda, conforme aponta Vera Andrade (2012), a ideologia da defesa social, a qual divide o mundo entre o bem (sociedade) e o mal (criminoso), é predominante no sistema penal. Em razão disso, ao combater a criminalidade, o sistema penal estaria protegendo as pessoas de bem daqueles que colocam em risco a segurança pública. O sistema, por sua vez, tanto influencia o meio social, como é por este influenciado.

Para cumprir tal função, o sistema penal é constituído por processos de criminalização primária e secundária. A primeira define as condutas como criminosas, criando a figura legal do crime, enquanto a segunda, ao criar a imagem do criminoso, seleciona e atribui a determinadas pessoas a condição ou etiqueta de criminosas, gerando estigmas. Isso ocorre, pois, tal sistema opera a partir da seletividade, de modo a imunizar determinadas camadas sociais em detrimento daquelas previamente selecionadas como alvos do sistema penal. Desse modo, “enquanto seu poder de repressão foca em uma espécie de criminalidade, deixando-a visível aos olhos de todos, por outro lado não reprime a maioria das condutas criminalizadas na lei”. (PINTO, 2002, p. 182)

Por conseguinte, somente aqueles sujeitos que não fazem parte de determinados grupos sociais privilegiados são escolhidos para serem submetidos à repressão do sistema penal, na medida em que praticarem condutas consideradas ilícitas pela legislação. Para justificar sua

atuação, o sistema penal se utiliza de ideologias orientadoras. O discurso da dogmática jurídica penal, por exemplo, possui uma ideologia liberal. A pena, por sua vez, orienta-se pela ideologia da defesa social. Esta última se faz presente não somente no âmbito prisional, mas no senso comum. Tal ideologia está na origem de discursos como “bandido bom é bandido morto”.

Para uma melhor compreensão acerca do tema, Alessandro Baratta (2011) explica a ideologia da defesa social a partir de seis princípios, quais sejam: a) princípio do bem e do mal: percepção de que a sociedade é dividida entre cidadãos de bem de um lado e transgressores de outro; b) princípio da culpabilidade: o autor de um ato delituoso, quando consciente de sua prática, viola a estabilidade social e, por isso, deve ser punido; c) princípio da legitimidade: o Estado, a partir do contrato social, tomou para si o exercício do jus puniendi, sendo o responsável pela paz e segurança social; d) princípio da igualdade: a lei penal será aplicada a todos, sem distinção, observadas as exceções previstas no ordenamento jurídico; e) princípio do interesse social e do delito natural: os bens tutelados pela norma penal são de interesse comum, ou seja, suas violações atingem a coletividade; f) princípio do fim ou da prevenção: a pena, para além de retribuir o mal causado àquele que infringiu a lei, exerce a função de prevenção, uma vez que pretende intimidar a sociedade e transformar o sujeito que praticou um crime.

A ideologia liberal compõe o discurso dogmático, o qual faz parte dos saberes do sistema penal. Já o saber encarregado de interpretar a lei vigente é a dogmática jurídica, ciência prática que tem como objeto a norma vigente. As ideologias, nesse sentido, orientam a criação e aplicação da lei penal. Nesse diapasão, com o escopo de preservar o indivíduo do arbítrio proveniente do poder estatal, bem como promover a racionalização do poder punitivo, foram recepcionados no ordenamento jurídico diversos princípios de caráter garantista, dentre os quais destaca-se: o princípio da isonomia; o princípio da legalidade; o princípio da humanidade das penas; o princípio do devido processo legal; o princípio do contraditório e da ampla defesa; o princípio da presunção de inocência, dentre outros (BARATTA, 2011).

Nesse aspecto, tendo por base os limites ao exercício do jus puniendi estatal, o aparato punitivo cujo surgimento se deu nos séculos XVIII e XIX apresenta algumas funções declaradas. A primeira delas é a ideia de que o sujeito somente poderá ser incriminado pela prática de um ato se este possuir caráter típico, antijurídico e culpável, o que impede a discricionariedade do julgador e resguarda os direitos individuais do acusado. Além disso, aqueles que desrespeitarem a norma serão submetidos ao processamento penal e, ao final, a uma pena que terá por fim não somente a punição, mas a prevenção e a ressocialização do sujeito desviante.

Outra função declarada do sistema penal é a capacidade de transformação atribuída à pena. Isso porque, o crime representa um mal social e o criminoso um instrumento de disseminação, o qual será submetido a uma transformação através da pena, de modo a garantir a segurança de todos os “cidadãos de bem” (PINTO, 2002).

Para além destas funções, há a ideia de que, diante do aumento nas estatísticas relacionadas à criminalidade, a solução é investir cada vez mais em uma política criminal repressiva, bem como aumentar os gastos com a segurança pública. Tais medidas são eficazes apenas para oferecer uma resposta simbólica à população, o que leva a uma outra problemática: as funções não declaradas do sistema penal. Se, por um lado, acredita-se no fracasso do sistema penal, por outro, tal sistema parece funcionar perfeitamente no plano de sua eficácia, visto que o número de pessoas que praticam atos considerados ilícitos e são submetidas às sanções penais cresce

cada vez mais (PINTO, 2002).

Ocorre que, as condutas pelas quais as pessoas são processadas e apenadas relacionam-se, majoritariamente, a crimes contra o patrimônio e à saúde pública. Tal informação conduz à ideia de que outros tipos de delitos não são praticados na mesma proporção daqueles mencionados anteriormente. Significa que existe a criminalidade visível e a invisível, ou seja, ambas ocorrem, entretanto, o foco do sistema penal voltasse às condutas praticadas pelas camadas sociais mais vulneráveis, enquanto os demais crimes restam impunes (ANDRADE, 2012).

A partir de uma análise crítica do fenômeno criminal, especialmente da desigualdade presente nos processos de criminalização primária e secundária, o crime e o criminoso são vistos como uma construção do sistema penal. É nesse sentido que uma das correntes desconstrutoras do sistema penal moderno, conhecida como labelling approach ou paradigma da reação social, demonstra que é o sistema quem define o crime e cria o criminoso.

Desse modo,

Parte dos conceitos de “conduta desviada” e “reação social”, como termos reciprocamente interdependentes, para formular sua tese central: a de que o desvio – e a criminalidade – não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica pré-constituída à reação (ou controle) social, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de processos complexos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção. (ANDRADE, 1997, p. 205)

A pessoa que comete um crime somente é considerada desviada porque este rótulo (ou etiqueta) lhe foi aplicado segundo a própria legislação. O desvio, por conseguinte, é construído por “grupos sociais que o produzem ao criar as regras (criminalização primária) e ao aplicá-las às pessoas particulares, classificando-as como “estranhas” (criminalização secundária)” (BISSOLI FILHO, 1998, p. 171).

A Teoria do Labelling Approach pretende desvendar a criminalidade apontando ao fato de que o delito não ocorre somente em razão de questões etiológicas, mas, sobretudo, sim pelas formas de controle responsáveis pelo etiquetamento e classificação das condutas sociais como sendo criminosas. Nessa senda, o sistema penal é responsável pela realização de uma escolha e seleção, uma vez que somente alguns delitos são perseguidos pela sociedade e pelo Estado, de modo que a punição somente incide sobre uma parcela de crimes e indivíduos, estes, por sua vez, estigmatizados e condenados ao mundo do crime. Tal fenômeno é tido como “a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes” (ZAFFARONI, 1991, p. 88).

Desse modo, ao negar o princípio da igualdade, o labelling encara a criminalidade a partir dos processos sociais de seleção, refutando a ideia de que a criminalidade seria atributo de uma minoria desviante. Por conseguinte, põe em dúvida a função preventiva da pena, especialmente a sua concepção transformadora. Diante de tal concepção, tem-se que a intervenção do sistema penal não é capaz de produzir qualquer efeito ressocializador sobre o sujeito; pelo contrário, provoca a “consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminoso” (BARATTA, 2011, p. 90). O sistema penal, portanto, realiza a função de reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade.

Além disso, há um processo de seleção que criminaliza (primariamente e secundaria-

mente) as camadas sociais vulneráveis. De modo distinto, aqueles sujeitos que detêm poder econômico, em que pese praticar atos delituosos, compõem a denominada criminalidade oculta. Isto explica a seletividade do sistema, uma vez que

Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por vezes, criminalizado (ZAFFARONI, 1999, p. 26)

As estatísticas apontam para os negros, pobres e sujeitos com baixa instrução escolar como sendo a principal clientela do sistema penal, mas não porque estes são mais propensos ao crime, e sim porque o sistema penal moderno está “estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis” (ZAFFARONI, 1999, p. 27). Desse modo, reproduzir a desigualdade torna-se uma das principais funções (não declaradas) do sistema criminal.

A lei penal, enquanto instrumento do sistema penal, delimita abstratamente a forma através da qual se pode selecionar e criminalizar indivíduos. Outrossim, exerce uma pequena parcela do controle social, uma vez que

O sistema penal opera em grande parte com uma orientação que é própria e diferente, excedendo a orientação em um sentido e, em outro, desinteressando-se do espaço demarcado, reprimindo o que o direito penal não o autoriza e deixando de reprimir o que o direito penal lhe ordena. (ZAFFARONI, 1999, p. 81)

Isso porque, existe o que o autor chama de “sistema penal subterrâneo”, vinculado ao Estado e caracterizado por atuar à margem da legalidade, possuindo como principais características violência e a opressão. Em razão disso, o direito penal não pode ser visto como um “objeto que se esgota em si mesmo, e sim como um objeto que se realiza, com caráter programático” (ZAFFARONI, 1999, p. 82).

Por intermédio do encarceramento, o sistema penal exclui da sociedade aqueles que são partes dos setores sociais mais vulneráveis. Estes, por sua vez, levarão consigo o estigma e terão alta probabilidade de seguir uma carreira criminosa. Desse modo, o sistema de justiça criminal perpetua o próprio delito, na medida em que objetiva combater a violência através da violência, tudo sob uma falsa aparência de legalidade. Todas estas disposições confirmam o êxito do sistema penal não em reduzir a criminalidade, mas, sobretudo, produzir e reproduzir violências e estigmas (ANDRADE, 2012). Assim entende Michel Foucault:

Se tal é a situação, a prisão, ao aparentemente “fracassar” não erra seu objetivo; ao contrário, ela o atinge na medida em que suscita no meio das outras uma forma particular de ilegalidade, que ela permite separar, pôr em plena luz e organizar como um meio relativamente fechado, mas penetrável. Ela contribui para estabelecer uma ilegalidade visível, marcada, irreduzível a um certo nível secretamente útil - rebelde e dócil ao mesmo tempo, ela desenha, isola e sublinha uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra as que se quer ou se deve tolerar. Essa forma é a delinquência propriamente dita. Não devemos ver nesta a forma mais intensa e mais nociva de ilegalidade, aquela que o aparelho penal deve mesmo tentar reduzir pela prisão por causa do perigo que representa; ela é ante um efeito da penalidade (e da penalidade de detenção que permite diferenciar, arrumar e controlar as ilegalidades). Sem dúvida a delinquência é uma das formas da ilegalidade; em todo caso, tem suas raízes nela; mas é uma ilegalidade que o “sistema carcerário”, com todas as suas ramificações, investiu, recortou, penetrou, organizou, fechou num meio definido e ao qual deu um papel instrumental, em relação às outras ilegalidades. **O sucesso é tal que, depois de um século e meio de “fracassos”, a prisão continua a existir, produzindo os mesmos**

efeitos e que se têm os maiores escrúpulos em derrubá-la. (2010, p. 243, grifo próprio)

Os discursos jurídicos tradicionais que sustentam a eficácia do sistema penal são pautados por duas concepções: a ideia de que o sistema penal exerce uma função de prevenção, ou seja, atua para afirmar valores sociais e dissuadir a coletividade da prática de crimes; e a noção de que a pena ressocializará o sujeito e o impedirá de delinquir novamente. Em que pese tais fundamentos, o sistema penal moderno fracassa tanto no aspecto da prevenção geral quanto da prevenção especial.

TEORIAS LEGITIMADORAS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Ao exercer sobre os sujeitos uma violência programada, a pena é legitimada por doutrinas que justificam os custos do sistema penal a partir de funções socialmente úteis e, portanto, consideradas irrenunciáveis. Vista como uma forma de defesa da sociedade, a prisão, principal ferramenta do sistema penal, atuaria como estratégia para punir, educar, corrigir ou transformar positivamente o sujeito. Para tanto, os discursos que buscam legitimar o poder punitivo baseiam-se nas funções retributiva e preventiva da pena, as quais serão melhor descritas a seguir.

A partir dos ensinamentos de Ferrajoli (2002), as clássicas doutrinas de justificação da pena são divididas em duas categorias: teorias absolutas e teorias relativas. As primeiras têm em seu bojo a ideia de castigo ou retribuição diante da prática de um crime. De modo distinto, as segundas consideram a pena útil para a prevenção de novos delitos, sendo divididas em teorias da prevenção especial e prevenção geral. Embora os esforços empreendidos, para Ferrajoli (2002), tais teorias não respondem adequadamente à necessidade de justificação do poder de penar do Estado, pois, em regra, focam apenas nos interesses da sociedade, e, mesmo quando olham a pessoa do apenado, o fazem sem superar a lógica de sua instrumentalização ou objetificação, o que afronta diretamente o valor da dignidade humana, inerente às sociedades democráticas.

As clássicas teorias retributivas (absolutas) concebem a pena como um fim em si mesma. A função retributiva possui como fundamento a imposição de um mal a quem lhe deu causa, de forma a restabelecer a ordem moral ou legal violada pela ofensa. Tais teorias negam qualquer outro fim à pena, além da exclusiva retribuição face ao crime. Desse modo, o sofrimento provocado pela privação da liberdade constituiria uma espécie de vingança, eis que o castigo se justifica tão somente pela violação da lei penal (FERRAJOLI, 2002).

Trata-se, pois, de perpetuar a “ideia da pena como restauração ou remédio, ou reafirmação de uma ordem natural violada, ou ainda daquela religiosa do contrapasso e da purificação do delito por meio do castigo” (FERRAJOLI, 2002, p. 206). Tal corrente é fortemente vinculada ao Estado absolutista e ao Estado burguês, sendo, neste último caso, uma resposta estatal à violação do Contrato Social. De outro modo, a função preventiva, conforme aponta Ferrajoli (2002), busca justificar a pena por esta constituir um meio a serviço de um fim. Nessa senda, a pena deixa de ser considerada um fim em si mesma e assume uma concepção utilitarista. Defendidas por pensadores como Cesare de Beccaria e Jeremy Bentham, a pena deverá ser aplicada de modo a promover a transformação do sujeito ou a defesa social, priorizando-se não o passado, mas os benefícios futuros que sua imposição poderá ocasionar.

Reconhecendo os limites de tais teorias (absolutas e relativas), Ferrajoli (2002) propõe uma nova tese legitimadora da pena, denominada utilitarismo penal reformado, que também

leva em consideração os interesses e necessidades da pessoa do acusado/condenado, modo a evitar sua instrumentalização. Deste modo, o autor atribui dupla função à pena: por um lado, a máxima utilidade possível aos não desviantes, visando, sobretudo, a garantia da segurança social, mediante prevenção geral negativa; por outro, o mínimo sofrimento aos desviantes, uma vez que a pena também deveria ser útil para estabelecer limites ao poder de penar do Estado e proteger o acusado de reações formais/estatais excessivas ou ilimitadas, mediante a consagração de limites legais rígidos, ou, ainda, evitar reações privadas de base vindicativa que, na ausência do Direito e do Sistema Penal, seriam, na sua visão, comuns.

Tendo por base as teorias relativas, são quatro as finalidades comumente atribuídas à pena:

[...] emenda ou correção do réu, a sua neutralização ou colocação em uma condição na qual não possa causar mal, o fato de conseguir dissuadir a todos os outros de imitar-lo (sic) por meio do exemplo da punição ou de sua ameaça legislativa, a integração disciplinar destes com aqueles e o consequente reforço da ordem mediante a reafirmação de valores jurídicos lesados (FERRAJOLI, 2002, p. 212).

Neste âmbito, a pena, enquanto instrumento de proteção social, é justificada a partir da prevenção geral ou especial, sendo a primeira subdividida em prevenção geral positiva e negativa e a última, do mesmo modo, dividida em prevenção especial negativa e positiva. Tais justificativas almejam proteger a sociedade dos sujeitos que infringiram a lei, tanto pela dissuasão dos demais a não produzirem atos criminosos, quanto pelo reforço da importância dos valores estabelecidos juridicamente (FERRAJOLI, 2002). As teorias da prevenção geral consideram como sendo os destinatários da norma penal os sujeitos que não praticaram crimes.

No que tange à prevenção geral negativa, esta busca intimidar a coletividade através das penas previstas na legislação. Já para a prevenção geral positiva, a lei penal se destina a reafirmar valores tidos como importantes para uma sociedade, de modo a gerar uma confiança na aplicação da lei e promover a pacificação social (FERRAJOLI, 2002). A prevenção especial, por sua vez, atribui à pena a função de evitar a reincidência, por meio da realização de duas finalidades, quais sejam, a positiva, voltada à transformação do sujeito, e a negativa, relacionada à neutralização do mesmo. Ambas constituem o fim da pena, atribuindo ao direito penal não apenas a função de prevenir delitos, mas também para transformar os indivíduos desviantes através de técnicas disciplinares de docilização (Ibid).

Já a prevenção especial negativa busca neutralizar o autor do crime, o que ocorre mediante o isolamento ou eliminação, por meio de “técnicas de amputação e de melhoria social” (Ibid, p. 214). Já a chamada prevenção especial positiva, cujo olhar merece um maior destaque, volta-se exclusivamente à transformação positiva do sujeito. Tal teoria encontra respaldo no fato de que o infrator é alguém que deve ser transformado ou regenerado, atribuindo à pena uma função pedagógica.

Nesse diapasão, as doutrinas da emenda atribuem à pena uma finalidade pedagógica, compreendendo-a como uma espécie de tratamento (moral, pedagógico ou médico) ao criminoso, que deve ser, além de punido, também reeducado. Como o estudo de tais teorias representa o principal enfoque do presente trabalho, posto que atribuem à pena uma tarefa de transformação da subjetividade do apenado, afetando-o diretamente na liberdade de ser, as mesmas serão discutidas de modo aprofundado.

Nesse viés, destaca-se o apontamento de Ferrajoli,

As doutrinas de emenda confundem explicitamente direito e moral, concebendo o réu como um pecador a ser reeducado coercitivamente e conferindo à pena funções benéficas de reexame interior. [...] Em todos estes casos, frise-se, é a pessoa do delincente, mais do que o fato delituoso – o pecador mais que o pecado, o doente mais que o sintoma -, a ser colocada em primeiro plano para fins de qualidade e quantidade da pena. Tal fato se reflete na própria forma do julgamento, orientando à análise da alma e à observação psicossomática do réu, mais do que à individualização de sua conduta. (2002, p. 218)

O delito é visto como patologia e o criminoso como um sujeito anormal. Nesse sentido, segundo tais discursos, fatores genéticos, sociais ou psíquicos determinam a prática de um delito, sendo a pena capaz de promover uma transformação do criminoso, seja por meio da reeducação baseada em valores socialmente dominantes, ou, ainda, por intermédio de medicamentos. Tal concepção justifica a aplicação de penas por períodos indefinidos, uma vez que a duração das mesmas estaria condicionada à cura ou arrependimento do indivíduo (Ibid, 2002).

A punição é vista como um tratamento, cujo objetivo é “curar” o sujeito submetido ao cárcere. Ocorre que, tal finalidade da pena representa, indubitavelmente, uma violação aos valores de um Estado Democrático de Direito, uma vez que encara o sujeito como um meio a serviço de um fim, qual seja, transformá-lo em alguém “controlado”. Tais aspectos demonstram como a prisão representa um instrumento de poder.

As críticas direcionadas à teoria da prevenção especial positiva relacionam-se com o fato de que o ideal transformador/ressocializante da pena é inalcançável. Isso porque, o cárcere, antes de se apresentar como um lugar terapêutico, é, sobretudo, um ambiente produtor de sofrimento e fomentador de criminalidade. Ainda, porque educação e punição são ideais diametralmente opostos, assim como cárcere e liberdade.

Nesse diapasão, a ideia de transformação do sujeito através de pena viola, sobretudo, o valor da dignidade humana, sendo incompatível com o princípio da liberdade. Além de violar os principais fundamentos de um estado democrático, a finalidade de prevenção especial positiva encontra outra barreira para sua justificação, qual seja, a liberdade de cada sujeito diante de qualquer circunstância. Para tanto, afirma John Stuart Mill, citado por Ferrajoli (2002, p. 219), “sobre si próprio, sobre sua mente, o indivíduo é soberano”.

Para além disso, em uma análise filosófica e existencial, o princípio da livre determinação do sujeito mostra-se um obstáculo insuperável para a realização de tal função. Isso porque, a partir de concepções libertárias, é possível questionar a teoria da prevenção especial, que propõe uma espécie de “pedagogia” que, inspirada na criminologia positivista lombrosiana do século XIX e em princípios religiosos próprios ao direito canônico medieval (pecado/penitência), concebe o criminoso como um ser anormal, uma espécie de doente, e, como tal, adaptável ou tratável, mediante a adoção de técnicas e mecanismos disciplinares, estruturadas na lógica do prêmio/castigo. Ao fazer deste modo, colocam seres humanos em patamar equivalente ao de animais “adestráveis”, negando-lhes sua dimensão mais fundamental: a liberdade subjetiva.

Além disso, o encarceramento produz um efeito contrário ao da transformação positiva do sujeito. Isso porque, através do estigma e do processo de construção da imagem do preso como inimigo da sociedade, o apenado acaba assumindo a identidade desviante, uma vez que este se torna um lugar de reconhecimento. Nesse viés, conforme aponta Alvin Augustus de Sá (2012), o processo de construção da imagem do inimigo se inicia a partir da identificação da co-

letividade com a vítima, o que origina uma relação pautada por sentimentos de ódio e vingança entre a sociedade e o acusado. Diante disso, o inimigo da vítima passa a ser considerado inimigo coletivo, o qual, ao ser visto como uma espécie de adversário, precisa ser combatido e anulado. A reintegração do sujeito ao corpo social não é almejada, visto que a união da sociedade na luta pela exclusão do sujeito é intensa e reflete, inevitavelmente, no sistema penal, que reage com a adoção de medidas invasivas e repressivas ao condenado.

O processo subsequente de criação da imagem do inimigo é instituído a partir do momento em que o sujeito condenado pela prática de um ato criminoso tem o vínculo social rompido, passando a ser visto como anormal, estranho, distinto dos demais e, conseqüentemente, não pertencente à sociedade. O ato criminoso acaba definindo integralmente o indivíduo, que passa da esfera de um sujeito dotado de inúmeras particularidades para alguém que é culpado de um crime e responsável por todo o mal causado. O processo final desta construção está relacionado com a adoção dos papéis atribuídos ao sujeito que praticou o ato danoso. A autoimagem do inimigo faz com que o indivíduo assuma o papel de estranho que lhe foi atribuído e, a partir disso, veja a sociedade também como inimiga. Nesse processo, a possibilidade de reaproximação entre ambos é desfeita, assim como o sentimento de pertencimento. Todos os processos vivenciados pelo condenado, os quais reforçam a ideia de um “ser estranho”, distinto dos demais, estão ligados diretamente na construção da imagem que este possui de si mesmo (SÁ, 2012).

Para reforçar tais reflexões, traz-se aqui a perspectiva de Marilena Chauí (2011) sobre a violência e sua relação com o que se denomina por sujeito ético. Conforme a autora, o sujeito ético é aquele que, dotado de racionalidade e liberdade, possui consciência daquilo que faz. Tal sujeito constitui-se como um ser livre, cuja liberdade se faz presente em cada ação, a partir de escolhas racionais, e é um ser responsável, uma vez que é capaz de assumir responsabilidades diante de seus atos. Em razão disso, somente uma ação consciente, livre e responsável consistirá em uma ação ética.

Nesse viés, CHAUI (2011) observa que o sujeito ético é aquele que tem suas condutas pautadas pelos valores da liberdade, da consciência e da responsabilidade. Além disso suas ações, serão virtuosas se forem pautadas pelos valores do bem e do justo. Ainda, os valores supramencionados pressupõem autonomia, a qual somente é alcançada quando as ações do sujeito resultarem de uma escolha livre do próprio agente, sem a incidência de qualquer tipo de coação externa, de constrangimento ou de uma cultura disciplinar, seja ela estruturada a partir da lógica da coerção, do prêmio ou do castigo.

Ao conceber que uma ação somente será ética se partir de um sujeito dotado de liberdade, racionalidade e responsabilidade, Chauí (2011) propõe um conceito de violência, compreendendo-a como toda forma de agir que se utiliza da força para incidir sobre a subjetividade do ser; todo ato contrário à liberdade e à vontade de alguém. Por isso, a violência se opõe à ética na medida em que viola a condição de racionalidade e autonomia do indivíduo e, nas palavras de Marilena Chauí (2011, p. 1), “na medida em que a ética é inseparável da figura do sujeito racional, voluntário, livre e responsável, tratá-lo como se fosse desprovido de razão, vontade, liberdade e responsabilidade é tratá-lo não como humano e sim como coisa, fazendo-lhe violência nos cinco sentidos em que demos a esta palavra”.

Sendo assim, qualquer ato cuja finalidade seja transformar o indivíduo contra a sua vontade (seja pela lógica disciplinar ou pedagógica), como propõe a teoria da prevenção especial,

assume um caráter violento, por tratar o sujeito como alguém desprovido de autonomia. Nesse viés, a ideia de ressocialização do indivíduo privado de liberdade somente seria legítima se condicionada à sua escolha diante das possibilidades que lhes são apresentadas, ou seja, a escolha em aderir ou não a qualquer atividade de cunho educativo ou ressocializador. Além disso, tal condição somente seria possível a partir da ampla garantia aos direitos fundamentais, o que não se verifica como realidade no atual sistema prisional brasileiro (FERRAJOLI, 2002).

Nesse aspecto, conforme aponta Maria Lúcia Karam (2004), atribuir à pena um caráter preventivo especial é legitimar uma política punitiva que já se mostrou ineficaz e cujo fracasso é visível a partir dos dados do sistema penitenciário, os quais demonstram um crescimento exacerbado no número de pessoas privadas de liberdade e, paralelamente a isso, os índices de criminalidade permanecem evoluindo, de forma a provocar o uso exclusivamente simbólico do direito penal. Além disso, a prisão não cumpre com sua função declarada, não reintegra ou socializa o sujeito, somente reproduz relações guiadas pela lógica de “prêmio e castigo”, buscando “educar” através da propagação do medo e da subordinação.

Além disso, possui como principal característica a seletividade, por não possuir capacidade de punir todas as condutas criminosas. Sintetizando o papel exercido pela prisão, Michel Foucault (2010, p. 196) refere que

A pena ainda se dirige à alma, à expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições. Retirando o tempo do condenado, a prisão parece traduzir concretamente a ideia de que a infração lesou, mais além da vítima, a sociedade inteira. Obiedade econômico-moral de uma penalidade que contabiliza os castigos em dias, em meses, em anos e estabelece equivalência quantitativa delitos-duração. Daí a expressão tão frequente, e que está tão de acordo com o funcionamento das punições, se bem que contraria a teoria estrita do direito penal, de que a pessoa está na prisão para ‘pagar a sua dívida’. A prisão é ‘natural’ como é ‘natural’ na nossa sociedade o uso do tempo para medir as trocas.

O modo de atuação do sistema de justiça penal, cujo objetivo é manter a ordem através da repressão, produz uma falsa percepção sobre o perfil daqueles que praticam atos delituosos, fazendo com que determinadas populações se tornem clientes do aparato penal. Diante do visível fracasso do direito penal, surgem movimentos pautados por ideais opostos àqueles que constituem o sistema punitivo, dentre os quais pode-se citar o abolicionismo penal.

Diante de todo o exposto, refletir sobre a atuação do sistema penal tendo como ponto de partida os valores da liberdade e da dignidade humana, exige colocar em discussão estruturas de poder preestabelecidas e seus discursos de sustentação. Estruturas que, segundo Foucault (2010), por sua característica disciplinar, de vigilância total e de imposição de dor, atuam sobre corpos na tentativa de docilizá-los (pela via da transformação das “almas”), conferindo ao sistema de controle punitivo poderes cada vez maiores e também mais sutis, buscando colocar apenas numa condição de absoluta submissão, o que significa, em última instância, negar também sua autonomia interna e, como consequência, sua própria condição de humanidade e dignidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante o exposto até aqui e conforme aponta Paulo Queiroz (2014), o crime não existe naturalmente, ou seja, uma conduta criminosa somente o é em razão de uma norma que assim a definiu. Além disso, como visto, a lei penal, em que pese sua pretensão de dissuadir

comportamentos delituosos, não cumpre com tal finalidade e, especialmente no que tange à prevenção especial, a prisão não reintegra, não ressocializa, nem transforma positivamente o sujeito, pelo contrário, segrega indivíduos, produz e reproduz violência e pauta-se por relações de dominação em que prevalece a lógica do “prêmio e castigo”, possuindo como regra de atuação a seletividade.

Soma-se a isso o fato de que o Estado retira das partes a oportunidade de resolver de maneira efetiva os conflitos. Ao considerar o crime uma ofensa à sociedade, ignora completamente as necessidades da vítima, a qual ocupa um lugar secundário durante o processo. Ademais, o sistema penal atua de maneira abstrata, sem levar em consideração as particularidades inerentes a cada situação em concreto.

Não havendo justificativa para a manutenção de um sistema que atua desrespeitando os direitos e garantias fundamentais, mostra-se imprescindível, portanto, uma mudança estrutural que proponha uma nova forma de enfrentamento aos atos danosos. A adoção de outras ferramentas para a resolução de conflitos, baseadas em práticas que não instrumentalizam o acusado, fundamentadas na participação e responsabilização dos envolvidos, a fim de respeitá-los em sua dignidade, parece o caminho a ser percorrido para substituir, pouco a pouco, a utilização do cárcere como pena.

O sistema penal moderno, ao estabelecer a pena privativa de liberdade como resposta às condutas criminosas, além de exercer sobre os sujeitos uma violência programada, os instrumentaliza em nome de uma suposta defesa social, contribuindo para a docilização de corpos e para a formação de uma sociedade disciplinar. A prisão, por sua vez, dilacera o indivíduo e impõe sofrimento, sequestrando as possibilidades de vida daqueles que compõem a população carcerária. Nesse sentido, considerando que o sujeito é produto e produtor da modernidade, a justiça penal não pune porque tal técnica é inerente à sociedade. A ideia de que o Estado, ao garantir para si o exercício do jus puniendi, estaria protegendo o autor do delito de uma suposta vingança privada, somente se justifica através de uma visão restrita do sujeito, o que não é aceitável, uma vez que não há um indivíduo punitivo e violento por natureza.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____, Vera Regina Pereira de. Pelas mãos da criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica ao direito penal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2011.

CHAUÍ, M. Contra a Violência, 2011, Disponível em: <<http://portais.tjce.jus.br/esmec/wp-content/uploads/2011/06/contra-a-violenciamarilena-chauai.doc>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. 28. Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2010

ONU - Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br/documentos/direitos-humanos.php>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

PINTO, Alessandro Nepomuceno. O sistema penal: suas verdades e mentiras. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). Verso e Reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

QUEIROZ, Paulo. Curso de Direito Penal: parte geral. 10. ed. Bahia: JusPodivm, 2014.

SÁ, Alvino Augusto. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. XX, n. 99, p. 215-238, 2012.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. O tribunal penal internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição Brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 453 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: o sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____, Eugenio Raul. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.