

AS FUNÇÕES DA PENA E A NECESSIDADE DE UMA NOVA RACIONALIZAÇÃO SOBRE AS SANÇÕES PENAIS NO BRASIL

THE FUNCTIONS OF THE PENALTY AND THE NEED FOR A NEW RATIONALIZATION ON CRIMINAL SANCTIONS IN BRAZIL

Marciel Domingues Ferreira Junior¹

RESUMO

O presente trabalho versa acerca das sanções penais e suas funções para com a sociedade e para o apenado. Assim, tem-se diversas teorias voltadas para explicar sobre os fins da pena no direito penal, e como isso influencia no plano real. Nesse caso, considerando a sociedade brasileira, percebe-se, primeiramente, um notável índice de criminalidade, principalmente em relação a reincidência; e, em segundo, a forma como a sociedade (e o próprio delinquente) lidam com a criminalidade e possíveis controles para o combate dela, mostram-se preocupantes. Por isso, com vistas a atingir ao objetivo desse trabalho, a priori, compreende-se como as sanções penais se constituem no sistema criminal brasileiro, analisando, contudo, as espécies de sanções penais, o que vem a ser sanção penal, como, a quem e quais os tipos de penas passíveis de serem aplicadas no Brasil. Posteriormente, a pesquisa analisa sobre as funções das penas pelas diversas teorias que margeiam a temática. Em seguida, a partir dessas compreensões e análises, examina-se sobre a efetiva eficácia das penas aplicadas no Brasil, principalmente, à luz dos fins das penas. Imediatamente, propõe-se a idealização de um controle social de criminalidade voltado para própria sociedade, a qual deve se preparar para ressocializar o apenado. Ademais, ainda reflete e faz-se apontamentos acerca das consequências da infraestrutura para aplicação de pena, e as respectivas consequências para com o apenado. A fim de embasar tais tópicos, foram utilizados dados e artigos verídicos que vislumbrem a caótica realidade voltada para as sanções penais aplicadas pelo sistema brasileiro, posicionamentos de doutrinadores consagrados do direito penal, como, dogmáticas relacionadas à criminologia e demais leis aplicáveis ao assunto

Palavras-chave: Sanções penais. Prevenção. Direito Penal. Ressocialização. Funções da Pena

ABSTRACT

This paper deals with criminal sanctions and their functions towards society and the convict. Thus, there are several theories aimed at explaining the purposes of punishment in criminal law, and how this influences in the real plane. In this case, considering Brazilian society, we can see, firstly, a notable crime rate, especially in relation to recidivism; and, secondly, the way society (and the delinquent himself) deal with crime and possible controls to combat it, that are worrisome. Therefore, in order to reach the objective of this work, a priori, it is understood how criminal sanctions are constituted in the Brazilian criminal system, analyzing, so, the species of criminal sanction, what comes to be a criminal sanction, such as, the who and what types of penalties may be applied in Brazil. Subsequently, the research analyzes the functions of feathers by the various theories that border the theme. Then, from these understandings and analyses, the effectiveness of penalties applied in Brazil is examined, mainly in light of the ends of penalties. Immediately, it is proposed the idealization of a social control of criminality aimed at society itself, which must prepare itself to resocialize the convict. In addition, it still reflects and makes appointments about the consequences of the infrastructure for the application of punishment, and the respective consequences for the convict. In order to support these topics, data and truthful articles were used that glimpse the chaotic reality of the criminal sanctions applied by the Brazilian system, positions of consecrated criminal law scholars, such as dogmatics related to criminology and other laws applicable to the subject.

Keywords: Penal sanctions. Prevention. Criminal Law. Resocialization. Feather functions.

¹ Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4960209152079013>. E-mail: marcieldominguesferreirajunior@gmail.com

INTRODUÇÃO

Considerando a forma pela qual as penas do sistema criminal brasileiro têm sido vistas e aplicadas, percebe-se que carece de uma racionalização pontual sobre as razões operantes relativas à pena, bem, como necessita de uma nova instrumentalização capaz de insurgir maior eficácia à respectiva aplicação das sanções penais.

Por isso, percebendo que dentre as razões operantes da pena, principalmente na privativa de liberdade, os fins são voltados para reafirmação de ordem (e lei) coercitiva, poder estatal, prevenção de atos criminosos, reeducação, ressocialização, e reintegração de delinquente à sociedade, o não saber sobre esses fins coopera para um determinante estado de anomia social e rompimento das finalidades da lei penal, gerando, conseqüentemente, sentimento de impunidade ao delinquente, de injustiça a vítima, e de sociedade anômica.

Nesse caso, a desconhecimento e/ou ignorância de parcela significativa da sociedade brasileira às leis e as respectivas razões operantes dessas leis pode ser justificado tanto pela deficiente cultura de educação legislativa, como pela inflação de leis no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, é interessante notar, também, como tem se dado a evolução para, como a sociedade tem visto a pena, e, como tem se posicionado diante a ressocialização dos apenados. Logo, surge a necessidade de um novo instrumento capaz de instigar a uma nova reflexão e, conseqüentemente, racionalização sobre os fins operantes das sanções penais.

Como justificativa para a presente pesquisa, tem-se que tendo em vista a crescente percepção social de descrença no poder estatal relativo às sanções penais, principalmente influenciada por telejornais e programas policiais, torna-se imperioso um estudo para avaliar as reais razões operantes das penas, principalmente a privativa de liberdade, pelas diversas perspectivas das ciências criminais, como uma forma de estabelecer fundamentos teórico-legais para a desconstrução desse estigma social de impunidade e de estado de anomia.

Por isso, a importância do tema reside justamente nas fundações das razões operantes da pena pela concepção sócio jurídica. Oportunidade que, a partir do momento que há, por parte da sociedade, uma melhor compreensão sobre a real importância de se entender sobre a temática, não só seria desconstruído diversos estigmas, como, haveria

um melhor progresso em relação a reintegração de delinquentes ao convívio social, como, também, uma possível redução da criminalidade, diante a redução no índice de reincidências provenientes do etiquetamento.

Com isso, fica evidente que se trata de um trabalho voltado não apenas para fins acadêmicos, e, sim, para toda a sociedade disposta a saber e compreender melhor sobre as funções da pena no contexto sociocultural brasileiro. Para tanto, esse trabalho objetiva compreender quais são as funções das penas, principalmente a privativa de liberdade, pelo contexto sociocultural da legislação penal brasileira; elucidar os efeitos negativos, na sociedade, advindos pela incompreensão e/ou ignorância às razões operantes da pena; emergir numa instigante reflexão sobre o assunto, propondo, com isso, a capacidade de contextualizar a temática para diversos contextos socioeconômicos e culturais; e, ainda, propor uma nova instrumentalização capaz de influenciar, positivamente, para a redução da criminalidade.

Assim, a partir de um estudo aplicado, com objetivo exploratório, as explicações que se seguem, propendem a ponderar acerca da necessidade de uma nova racionalização sobre as sanções penais no Brasil. Para tanto, utilizou-se do método tipológico, de maneira a estudar os fins das penas, identificando as possíveis falhas desse instrumento de poder. Contudo, utilizou-se de dados e artigos verídicos que vislumbrem a caótica realidade voltada para as sanções penais aplicadas pelo sistema brasileiro, posicionamentos de doutrinadores consagrados do direito penal, como, dogmas relacionados à criminologia e demais leis aplicáveis ao assunto.

1 SANÇÕES PENAIS NO SISTEMA BRASILEIRO

O ideal da perspectiva do contrato social de Rousseau, constitui-se numa racionalização humana, em que todos os indivíduos integrantes de uma sociedade dispõem de parcela de suas liberdades para que haja, nessa, uma harmonia entre os interesses coletivos e particulares. Isto é, deixam a incumbência de determinados assuntos para o Estado cuidar. Como exemplo, pode-se citar as sanções penais, que migraram da vingança privada – circunstância em que as próprias vítimas (diretas e indiretas) poderiam revidar o mal sofrido – e da vingança divina – punições baseadas em crenças ligadas a divindades - para a vingança pública – onde o Estado deve agir para preservar e restabelecer a ordem social, punindo o transgressor (*ius puniendi*).

Por isso, considera-se que sempre que houver uma violação a uma norma proibidora disposta no Código Penal, a responsabilidade de apurar os fatos e penalizar o agressor recai sobre o estado. Nesse caso, em se tratando do *ius puniendi* convém apontar os tipos de sanções penais existentes no ordenamento jurídico criminal, das quais o estado brasileiro pode se dispor a aplicar em circunstâncias diversas. Assim, tem-se que:

[...] a infração penal constitui o ato contrário a uma norma de conduta, apenado em lei com pena ou medida de segurança. Pena e medida de segurança são espécies do gênero sanção penal. A pena é a sanção prevista em nosso ordenamento jurídico aos imputáveis, ao passo que a medida de segurança é reservada aos inimputáveis ou “semi-imputáveis” em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (STEFAM, 2018, p. 373).

Pela referida citação, tem-se em evidência três termos de extrema relevância em se tratando de sanções penais, e que, no momento, vale aborda-los, que são: imputáveis, semi-imputáveis e inimputáveis. O primeiro refere-se a uma pessoa que detinha de suas capacidades de discernimento em razoável equilíbrio, agindo com consciência sobre os próprios atos na ocasião da prática delitiva. O segundo e o terceiro referem-se, respectivamente, a pessoa que tinha parcela de discernimento sobre os próprios atos e de pessoa que não tinha consciência alguma sobre si e de suas ações no momento da prática da conduta criminosa.

Em qualquer caso, seja qual for o nível de discernimento do indivíduo sobre as próprias ações, a pena atém-se a algumas características elementares, quais sejam: “a) é personalíssima, só atingindo o autor do crime [...]; b) a sua aplicação é disciplinada pela lei; c) é inderrogável, no sentido da certeza de sua aplicação; d) é proporcional ao crime”. (JESUS, 2020, p. 653)

Mas, afinal de contas, o que vem a ser uma sanção penal? Bem, de acordo com os ensinamentos de Nucci e Capez, a sanção penal está ligada a ideia de resposta do Estado, decorrente de um devido processo penal, a um criminoso pelo delito praticado, e, ainda, como instrumento de prevenção de novos crimes. Ou seja, trata-se de um instituto de caráter aflagante, em que se traduz na restrição e/ou privação de determinado bem jurídico ao autor da conduta delitiva, cujos fins são o de aplicar a retribuição punitiva ao criminoso, de modo a promover a readaptação e ressocialização desse à sociedade, bem, como prevenir para que não haja novas transgressões às normas penais (NUCCI, 2017; CAPEZ, 2020).

Segundo classificação doutrinária, como, disposto no respectivo Código Penal e ordenamento jurídico, atualmente há, no Brasil, as penas pecuniárias, de privação e restrição de liberdade, de privação e restrição de direitos, de perda de bens, de multa, de prestação social alternativa, de suspensão ou interdição de direitos, e de morte (apenas em caso de guerra declarada). Além disso, ainda se tem que:

Em nosso país, depois de uma longa e lenta evolução, a Constituição Federal, visando a proteger os direitos de todos aqueles que, temporariamente ou não, estão em território nacional, proibiu a cominação de uma série de penas, por entender que todas elas, em sentido amplo, ofendem a dignidade da pessoa humana, além de fugir, em algumas hipóteses, à sua função preventiva [...]. O inciso XLVII do art. 5º da Constituição Federal diz, portanto, que não haverá penas: a) de morte[...]; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis. (GRECO, 2017, p. 617).

Assim, resta evidente que incumbe ao Estado cuidar das normas penais e processar as respectivas infringências a essas, de modo a penalizar o responsável do delito, aplicando-lhe uma pena - espécie do gênero sanção penal. Devendo, contudo, ser aplicável apenas a quem tenha consciência de seus atos na prática delitiva. Além disso, considerando que a pena se trata de uma limitação de direitos, inclusive de índole humana e constitucional, a pena não pode fugir e ultrapassar os fatos e o autor do delito, bem, como não pode se dar de maneira arbitrária, por isso, o ordenamento jurídico delimita as hipóteses de cabimento de penas para cada circunstância, de modo a não deixar margens para arbitrariedades.

2 DAS FUNÇÕES DA PENA

Doutrinariamente, há duas teorias essencialistas no que tange ao caráter da pena no Direito Penal, quais sejam, absoluta e relativa. Na primeira, a pena tem a função retributiva, em que essa pena tem, unicamente, o fim de compensar um mal aquele que provocou um mal, de alguma forma, à sociedade, isto é, retribuir a dor ao delinquente. Por isso, tem-se que.

As **teorias absolutas**, também denominadas de **teorias da retribuição** (ou ainda da expiação), [...] estão ligadas à ideia de que o sentido da imposição da pena enquadra-se na moldura da mera compensação pelo mal causado. A pena, não desempenha função alguma para além da simples retribuição pelo fato realizado pelo autor. Daí porque se fala aqui de uma **teoria absoluta** da pena: conforme afirmação corrente, ela [a pena] independe e desvincula-se de qualquer fim último, seja como reparação ou retribuição. [...] A ideia dominante para as teorias absolutas, portanto, é a de que a pena deve ser uma retribuição justa pela relação do autor com o fato (*punitur, quia peccatum est*). Dito de outro modo: **uma retribuição pela sua culpabilidade** (VIANA, 2018. p. 345, grifo do autor).

Além disso, ainda considerando a função retributiva, há dois relevantes pensamentos que justificam a respectiva teoria. Uma em sentido moral, de Kant, e outra em sentido jurídico, de Hegel. Para Kant, as razões operantes da pena pela perspectiva da retribuição se justificariam pela necessidade incondicional de haver justiça social, como uma forma de acalmar o espírito social, vítima do mal delitivo. Para Hegel, por sua vez, estaria voltada para uma espécie de reafirmação do direito e poder estatal sobre seus mandamentos. (VIANA, 2018. p.346-8)

Em relação à segunda teoria, teoria relativa, essa traz, à pena, a função preventiva, de prevenção social, a qual recai tanto sobre o agente, como, sobre a sociedade. Nesse sentido, a prevenção pode ser geral ou especial, ambos com um viés negativo e positivo. A prevenção geral pelo sentido negativo, corresponde a função da pena de intimidar a sociedade a não delinquir, ante a possibilidade de haver uma consequente punição pelo estado. Nesse caso, a pena põe em evidência o caráter simbólico do direito penal, consubstanciado na punição de um fato real, em que as normas, por si, já se valem como imperativas, e dissuadem os membros de uma comunidade de cometerem uma conduta ilícita.

De outro lado, pertinente ao sentido positivo da prevenção geral, tem-se que, primeiro, a pena educa a sociedade, conscientizando-a sobre valores que devem ser preservados por todos os membros da sociedade; e, em segundo, essa pena ainda refuta o status de anomia, ante a sensação de justiça e segurança social, dada pela punição daquele que delinuiu, levando, assim, essa sociedade a paz social, impedindo, com isso, uma caótica revolta comunitária sobre um fato considerado totalmente inaceitável pelos valores daquela coletividade.

Outrossim, referente à prevenção especial, tem-se a pena enquanto meio utilitário, para a redução da criminalidade, em que também recai sobre o delinquente.

Todavia, diferente do caráter retributivo, a pena, nesse caso, tem a função de reeducação e ressocialização para a reintegração desse delinquente à sociedade.

Pelo viés negativo dessa prevenção especial, com a repressão da conduta e a devida segregação do delinquente com a sociedade, há uma neutralização de possíveis condutas delinquentes desse indivíduo e do conseqüente abalo à sociedade, enquanto ele tiver privado de sua liberdade. Além disso, dessa penalização, pelo sentido positivo da teoria da prevenção especial, ainda oportuna aquele indivíduo, em tese, a refletir sobre a conduta desvirtuada dele, de maneira que, quando esse indivíduo voltar a sociedade, não volte (ou ao menos tente não voltar) a cometer novos delitos.

Por fim, além dessas duas teorias, absolutas e relativas, há, ainda, uma terceira teoria denominada de eclética ou mista, que na verdade é voltada para uma conciliação entre as duas anteriores. Nesse caso, tem-se que há:

Duas alas [que] se apresentam sob a baliza eclética: a *direção conservadora*, a qual crê na proteção da sociedade conforme a ideia de **retribuição justa** e na determinação da pena concede aos fins preventivos um papel complementar; e a *direção progressista*, a qual crê na **defesa da sociedade** (proteção de bens jurídicos) como fundamento principal da pena. A opção pelo sacrifício (ou preponderância) de uma ou outra finalidade determinará a marca da teoria da união, ou seja, se retributiva ou preventiva (VIANA, 2018, p. 358, grifo do autor).

Revista Científica da Faculdade Quirinópolis

À vista disso, compreende-se que, como consequência de um desvio de padrão de conduta social voltada para infringência a normas proibidoras do Código Penal, há sanções penais, que podem se dar tanto por Medida de Segurança (aos inimputáveis e semi-imputáveis) como por penas (aos imputáveis). Devendo, essas últimas, serem aplicada com uma perspectiva que vai além do que um simples “olho por olho”. A pena existe como um meio de pacificação social, levando aqueles que se desvirtuam dos padrões sociais a se readequarem socialmente, para futura ressocialização.

3 DA EFICÁCIA DAS PENAS NO BRASIL

Considerando a dinamicidade evolutiva da sociedade, por perspectivas histórico-econômicas e biopsicossociais, percebe-se que aquela tem se (trans)formado em diversos aspectos. Como exemplo, pode-se citar, novamente, a racionalização para com as sanções penais. Senão, veja-se, por exemplo, a questão da pena de morte no Brasil, que atualmente é admitida a sua aplicação em apenas uma única hipótese: em caso de guerra declarada. De modo que, na contemporaneidade, para aplicação de sanções penais, pela pena, prima-

se por outras modalidades de penas mais humanitárias e sócio pedagógicas. Nesse sentido, sobre a pena de morte, tem-se que:

[...] para justificar a sua abolição, [...] a pena capital seria incapaz de debelar o ânimo criminoso do homem. O argumento gira em torno, portanto, da falta de eficácia preventiva da pena de morte. Isso permite reconhecer no pensamento de Beccaria um traço *consequencialista* de valorização do castigo que não pode ser disfarçado. [...] não é a intensidade da pena que produz maior efeito sobre os homens, senão sua extensão; não é o freio mais forte contra os delitos o espetáculo momentâneo, ainda que terrível, da pena de morte de um malfeitor, mas sim o largo e dilatado exemplo de um homem, que convertido em *besta de serviço* e privado de sua liberdade, recompensa com o seu sofrimento a sociedade que ofendeu; tal pena, ao contrário da pena capital, produziria em cada indivíduo o eco "*eu também serei reduzido a tão dilatada e miserável condição se cometesse semelhantes delitos*" (Cap. XXVIII). (VIANA. 2018, p. 39, grifos do autor).

Por esse viés, pode-se compreender que há significativas mudanças sociais, que refletem em diversas áreas e institutos do direito, inclusive na seara penal. Por isso, a indagação atual repousa sobre a (in)eficácia e (in)suficiência das penas aplicadas na sociedade brasileira, pelo seu contexto histórico-econômico, considerando, para tanto, a função de prevenção especial positiva, em que deveria conduzir o delinquente para uma reflexão de seus próprios atos criminosos, para **(tentar) não cometer novos delitos**. Por esse prisma, tem-se que:

A adoção da pena privativa de liberdade como programa oficial de política criminal destinado a enfrentar o crime e a criminalidade, parece apresentar uma importante contradição entre os seus fins declarados e a realidade que enfrenta a pessoa apenada, **o que nos permite questionar a própria eficácia da pena em nosso ordenamento penal.**

[...] a função de prevenção especial positiva não vem sendo cumprida. Na realidade, o que se cumpre é a função preventiva negativa, ou inocuização, que consiste no mero enclausuramento do recluso, sem que lhe sejam oferecidas quaisquer formas de assistência ou condições que favoreçam a sua reinserção na sociedade.

Ademais, [...] a pena de prisão no Brasil é cumprida de forma inconstitucional, já que atenta contra a dignidade da pessoa humana, além de ser cruel e torturante. Os presídios, esvaziados de condições mínimas para se alcançar a pretendida reintegração social do preso, acabam por produzir efeitos devastadores na personalidade da pessoa, em flagrante descumprimento do artigo 1º da LEP. (ABREU. 2017, grifo nosso)

Logo, sobre a ineficácia da pena pela função preventiva especial positiva fica mais lúcido quando se atenta para a questão da reincidência, em que, conforme afirma Bernardino (2010, p. 67), a "reincidência pode ser considerada como um indicativo de falência do sistema penal". Pois, nesses casos, nota-se que o caráter de reflexão sobre as

próprias condutas delitivas não atingiu ao delinquente de maneira significativa, ou, ainda, que há outros fatores maiores do que apenas a vontade do indivíduo em não querer voltar a delinquir, tal como o estigma de criminoso que o impede de se reintegrar socialmente.

Nesse sentido, como dados estatísticos, tem-se:

O Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça e o programa Justiça Presente lançaram [...] o relatório “Reentradas e reiterações Infracionais — Um olhar Sobre os Sistemas Socioeducativo e Prisional Brasileiros”. De acordo com o levantamento, **42,5% das pessoas com mais de 18 anos que tinham processos registrados em 2015 retornaram ao sistema prisional até dezembro de 2019** [...].

O número de reentradas é menor entre adolescentes (de 12 a 17 anos) [...], foi constatado que de 5.544 indivíduos, 1.327 retornaram ao menos uma vez ao sistema socioeducativo entre 2015 e 30 de junho de 2019. O número equivale a 23,9% de reentrada (ANGELO, 2020, grifo nosso).

Desse modo, resta patente que a pena deve atender ao caráter de reparação do indivíduo desvirtuado, caso contrário não haveria razões para ela existir. Ao passo que, se de um lado há um bem jurídico que deve ser resguardado, e, de outro, a ameaça de lesão ao respectivo bem jurídico, de nada adiantaria uma limitada punição, se essa não tiver um caráter pedagógico. O que seria como enxugar gelo ao sol. Na primeira oportunidade, o indivíduo voltaria a delinquir, pois ele incompreende sobre as razões do caráter ilícito de suas condutas. Nesse caso, não se fala em capacidade de discernimento, mas de não compreensão sobre o direito, o bem que deve ser resguardado e a gravidade da violação desse bem.

4 DO CONTROLE SOCIAL REFLEXIVO OU AUTOCONTROLE SOCIAL

Por considerar que, atualmente, a pena não tem atendido aos seus fins no que tange ao caráter de prevenção, é válido abordar a importância do papel da sociedade para com as razões operantes da pena. Pois, as sanções penais partem da própria sociedade e é para ela mesma que a pena existe. Isto é, as normas penais são criadas pelo Estado, consubstanciado pelos anseios da sociedade, e, tais normas, servem, justamente, para resguardar e valorar determinados bens de interesses comum a todos os integrantes da sociedade.

Por isso, considerando a perspectiva criminológica no que tange à figura do delinquente, compreende-se que há duas concepções sobre esse, as quais atribuem à sociedade a responsabilidade pela delinquência. Desse modo, percebe-se as concepções correcionalista e marxista, em que:

Para a vertente **correcionalista**, o infrator é um ser **inválido, incapaz** de dirigir-se a si mesmo. Isso justifica, assim, a adoção de um modelo de Estado paternalista em relação ao delinquente, o qual chega a tratá-lo como menor. Para o **marxismo**, [...] a **responsabilidade do crime é da sociedade**; o delinquente, convertido em vítima, é produto da estrutura econômica do Estado (VIANA. 2018, p. 155, grifo do autor).

Reforçando essa ideia de responsabilidade social sobre a figura do delinquente e sua conduta delitiva, ainda há a concepção de Durkheim com a teoria da anomia, na qual defende **“que o crime é um fator de saúde pública e é parte integrante de toda sociedade sã**. Aliás, uma sociedade que não apresente crime é uma sociedade primitiva e, conseqüentemente, pouco evoluída” (VIANA. 2018, p. 230, grifo do autor).

Nesse caso, defende-se, então, a ideia de controle social reflexivo (ou autocontrole social), em que se trata sobre a sociedade se preparar para receber o indivíduo de volta, depois que ele tiver sido reeducado pela sanção penal. Pois, tem-se que, pela perspectiva de prevenção especial positiva, em que a pena serve como um instrumento de reflexão do próprio delinquente para com as suas condutas delitivas para posterior retorno ao convívio social, bem, como as penas aplicadas no Brasil são humanitárias, de modo que não há penas de mortes e prisões perpétuas, **os apenados deverão, um dia, retornar à sociedade**.

Ou seja, pelas penas aplicadas no estado brasileiro, o criminoso não vai deixar de existir (pela pena de morte) ou viver eternamente privado de sua liberdade (pela prisão perpétua). Então, a pena tem, consoante tudo o que já foi exposto, o fim precípua de recuperação, tanto da ordem social, como do próprio indivíduo desvirtuado dos padrões sociais coerentes com o ordenamento jurídico.

Por isso, de nada adiantaria uma aplicação de pena a uma pessoa, como repressão às condutas dessa, e, com os fins de realçar o poder imperativo das normas e propiciar uma instigante reflexão no indivíduo sobre suas ações adversas ao ordenamento jurídico, se, quando esse indivíduo, mesmo que em tese tenha se convertido para o respeito às normas, tentasse voltar a sociedade, e, ainda assim, fosse taxado de criminoso e não conseguisse se socializar novamente, pela eterna marginalização de um desvio de conduta que já foi até apenada. Nesse sentido, tem-se, então, que:

[...] a criminalidade não é uma propriedade inerente a um sujeito, mas uma “etiqueta” atribuída a certos indivíduos que a sociedade entende como delinquentes. Em outras palavras, o comportamento desviante é aquele rotulado como tal.

[...] a desviação e a criminalidade não são entidades ontológicas pré-constituídas, e sim etiquetas que determinados processos de definição e seleção, altamente discriminatórios, colocam em certos sujeitos.

Em razão disso, a criminalização secundária seria a responsável pela estigmatização, [...] disto surgiriam mais criminalizações, ou seja, a reincidência. Assim, inserido numa subcultura da delinquência, após ser socialmente rotulado e marginalizado, o indivíduo trilharia uma espécie de carreira criminal. (ORTEGA. 2016, grifo do autor)

Veja-se, por exemplo, o caso hipotético de uma pessoa que tenha cumprido pena por roubo. Assim, considerando os antecedentes criminais dela, como seria para essa pessoa conseguir emprego? E, caso conseguisse, como seria o relacionamento dessa pessoa para com os colegas de trabalhos e o público externo da empresa? Além disso, considerando que essa pessoa tenha filhos, como se desenvolveria as relações de amizade dos filhos entre os amigos e colegas de escola? E, como seria a relação dessa pessoa com a família dela, principalmente com parentes não tão próximos? Por esse prisma, em consonância com a teoria do etiquetamento social, tem-se que:

[...] Após o cumprimento da pena, esse indivíduo será colocado de volta na sociedade, mas não como um cidadão que “pagou seus pecados”, mas sim, como ex-presidiário, que poderá voltar a praticar roubos novamente assim que tiver a oportunidade.

[...] esse indivíduo altamente etiquetado será considerado um outsider, que, pelo fato de ter cometido um crime, não mereça conviver em harmonia com os não desviantes. **Aos poucos ele será excluído da sociedade “normal”.**

[...] **Excluído, ele será separado na sociedade e não conseguirá se encaixar novamente [...]. Logo, ele não conseguirá emprego, estudo, ou alguma outra forma de reabilitação, ficando vulnerável** para ser encontrado por grupos de indivíduos semelhantes a ele.

[...] Sendo encontrado por grupos semelhantes [a] ele e reunidos a **margem da sociedade, ele estará vulnerável a cometer crimes novamente, e caso cometa, alcançará o status de reincidente no crime.**

[...] **Reincidente, ele se tornará um criminoso habitual** (SANTOS. 2020, p. 7-8, grifos nossos).

Logo, compreende-se que o papel da sociedade, em suas mais diferentes instituições, é importante para receber o apenado depois dele cumprir a sua pena. Nesse caso, vale ressaltar que não se trata de uma banalização da valoração das leis e bem jurídicos preservados, tão pouco esquecer sobre o caráter ilícito das condutas desvirtuadas do infrator, mas, sim, compreender que todos os seres humanos que vivem

em sociedade tratam-se de seres racionais, logo, a pena seria como uma espécie de “adestramento para conduta cívico/social”.

Por isso, considerando essa ideia de controle, e, para melhor elucidação, tem-se o exemplo de cumprimentos de uma tribo africana, que são “Sawabona” e “Shikoba”. Enquanto Sawabona quer dizer, “Eu te respeito, eu te valorizo, você é importante para mim”, Shikoba, por sua vez, significa “Então eu existo para você” (TIMÓTEO. 2016, p. 1566). Além de tudo, essa mesma comunidade compreende que todos vêm ao mundo ansiando por coisas boas, e, na busca por elas, acabam por desvirtuar e incidirem sobre alguns erros, os quais podem vir a ser prejudiciais. Nesses casos, a própria comunidade compreende que o indivíduo está em crise e, por isso, precisa de ajuda. Por vez, essa comunidade, então:

[...] tem o costume de colocar a pessoa que cometeu os erros no centro da aldeia e todos membros da tribo o rodeiam para, [...] lhe lembrarem todas as coisas boas já feitas por ela. A comunidade se une para erguer o membro errante, lembrando-o quem ele é realmente, até se lembrar totalmente da verdade que lhe levou a desconectar-se temporariamente, através dos erros que cometeu, e reconectá-lo a sua verdadeira natureza [...]. A tribo tem o poder moral e de carácter para dizer ao membro quais as suas virtudes, através dos seus feitos positivos, por ser natural e virtuosamente bom. **Percebe-se que neste uso educacional existe a consciente noção da imperfeição humana e da capacidade de melhorar a sua forma de ser, de estar e de fazer em comunhão primeiro consigo mesmo e depois com os outros devido a existência de uma força pessoal no interior do “eu” invisível de cada pessoa. Para esta tribo a roda representa um espaço terapêutico onde a pessoa que (errou) não precisa de mais energia negativa do que já tem com acto - erro, neste momento só é bom ouvir o quanto temos de bom em nós, e reencontrar-se com a felicidade interior. [...] Desta forma a comunidade age valorizando os feitos positivos para ajudar a corrigir os defeitos no sentido de uma verdadeira ressocialização do membro da aldeia. As pessoas humanas têm o livre arbítrio para seguir o bem ou o mal e seguir o bem é o ideal e para isso precisamos de ajuda** (TIMÓTEO. 2016, p. 1566- 7, grifos nossos).

Além disso, a não compreensão da sociedade pelo autocontrole social (controle social reflexivo), contribuiria para incompreensão para com as normas, e, conseqüentemente, na dificuldade de aceitação das próprias normas e penalizações aplicadas. Cooperando, assim, para um sentimento de injustiça social, e, provocando, com isso, um estado de anomia pela descrença nas normas, o que favorece para uma significativa elevação dos índices de criminalidade.

Nesse ponto, torna-se possível perceber, ainda, a função do autocontrole social (controle social reflexivo) pelas perspectivas de prevenção geral da pena, em que, a partir

da aplicação da pena, há uma consciência e autodisciplina social para com o caráter ilícito de determinadas condutas. Por exemplo, na prevenção geral negativa, a sociedade toma a punição penal de um indivíduo como exemplo para si, a não incidir na mesma conduta delitiva; e, de outro lado, pela prevenção geral positiva, tem-se o realce de valores de determinado bens, pela sociedade, como uma espécie de reafirmação dos próprios valores dessa e de suas instituições de poder.

5 DA NECESSIDADE DE REAFIRMAÇÃO DA FUNÇÃO PREVENTIVA ESPECIAL POSITIVA

De igual modo, de nada valeria as penas provenientes das sanções penais, se o apenado não tomasse consciência sobre os valores resguardados pela respectiva norma violada. Nesse caso, juntamente com o autocontrole social (controle social reflexivo) surge uma necessidade de reafirmação da função preventiva especial positiva para o próprio apenado, que deve compreender e respeitar as normas e os bens jurídicos por ela preservados, voltando-se, assim, para uma reeducação cívico/social.

Por isso, como primeiro passo para essa reeducação, tem-se o fato de o próprio indivíduo ter que se enxergar tanto como um ser humano racional dotado de valores e ideologias, quanto, como um cidadão detentor de direitos e sujeito a deveres e obrigações. Para tanto, para que se alcance esse status de lucidez ainda no cumprimento da pena, deve ser propiciado ao apenado razoáveis condições para que ele consiga progredir nessa evolução auto pedagógica.

Em razão disto, a própria Lei de Execução Penal institui alguns requisitos mínimos para o cumprimento da pena, em que, “precisamente no art. 10º e 11º, atribui ao Estado o dever de proporcionar aos presos assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa” (GOULART. 2021, p. 9). Todavia, o que se percebe, na maioria das vezes, no plano real, é o completo oposto ao idealizado pela lei, pois:

[...] ao direcionar a visão para as prisões, o que se enxerga é uma esfera caótica, com condições sub-humanas, nas quais não existe nenhum resquício de dignidade.

A violação desse princípio no sistema prisional advém da omissão do Estado, que **não cumpre com o seu dever de ressocializar os indivíduos, para que esses não venham a cometer novas infrações penais**, pelo contrário, o Estado não presta assistência, permite que os presos fiquem em ambientes superlotados e inabitáveis, admite a violência moral, física e sexual entre eles, podendo tais violências causar até a morte (GOULART. 2021, p. 8, grifo nosso).

Diante disso, com a celebre frase do diretor escolar Joe Clark (Morgan Freeman), sobre o tratamento degradante e cooperativo para com o estado de anomia em determinado ambiente, se, a um determinado grupo de pessoas é dispensado o tratamento "como animais, é exatamente assim que eles se comportarão" (LEAN on me. Direção: John G. Avildsen. Produção: Norman Twain. Estados Unidos: Warner Bros, 1989. 1 DVD (108 min).

Nesse caso, para corroborar com essa frase, há, ainda, o “Experimento de Aprisionamento de Stanford”, no qual, tem-se que “um professor universitário de Psicologia recruta um grupo de estudantes e lhes pede que imaginem que estão em uma prisão. Designa alguns como guardas e outros como detentos” (O controverso..., 2018). Nesses casos, considerando as mínimas condições dos ambientes nos quais se encontram as pessoas, bem, como as implicações de abusos (físico, moral e sexual), os próprios indivíduos acabam por atingir a um nível de selvageria o que impede, veementemente, o caráter de racionalização do ser para com suas condutas adversas à ordem social. O que demonstra, uma espécie de incorporação do etiquetamento intrínseco na própria punição, conforme já exposto anteriormente.

CONCLUSÃO

Diante todo o exposto, compreende-se, então, que, primeiro, a pena tem diversas finalidades, conforme teorias que margeiam sobre o assunto. Em segundo, considerando que ao Estado é outorgado o dever-poder de aplicar sanções penais, então cabe a esse propiciar uma eficiente punição, para que aja um eficaz atendimento aos fins da pena, principalmente aos fins preventivos. Além, considerando os índices de reincidência, percebe-se, também, que há uma insuficiente utilidade na função preventiva das penas aplicadas, por isso, faz-se importante tanto um autocontrole social voltado para a sociedade poder ressocializar o apenado, como, para o próprio delinquente, que deve reconhecer-se como sujeito social, dotado de valor e obrigações.

Por isso, defende-se que, seria inócuo uma punição criminal sem o atendimento dos fins da pena. Pois, se de um lado a sociedade tende a criar resistências na reintegração do delinquente ao meio social; de outro, o próprio indivíduo, desamparado de condições mínimas voltada para reeducação eficiente sobre o caráter reflexivo da própria punição, estaria aprisionado ao estigma de criminoso. Nesse caso, o próprio Estado, enquanto provedor de promoção de ordem e segurança, deve desempenhar o seu papel de

reparador (da ordem e do delinquente), o que não tem ocorrido de fato. Tanto que, uma das maiores organizações criminosas (PCC) foi criada dentro de um presídio, o que contrapõe aos fins das penalizações.

À vista disso, defende-se a proposição de um necessário acompanhamento biopsicopedagógico para a reeducação do criminoso. Na qual a pena deve ter uma função mais ínfima à retomada desse indivíduo à sociedade. Contudo, deve-se atentar para, se a delinquência for proveniente de um ideal inovador e não aflija significativamente a sociedade, deve-se relevar com moderação tais condutas, todavia, se for proveniente de uma rejeição subversiva das normas vigentes, deve-se reeducar o criminoso, por isso, a pena tem a função de reparação, não à sociedade, mas ao criminoso, que, em algum momento, voltará a sociedade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Wendy Elisa Lopez Diaz. **A eficácia da prisão como pena**. São Paulo: Empório do Direito, 2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-eficacia-da-prisao-comopena>. Acesso em: 28 abr. 2022.

ANGELO, Tiago. **Taxa de retorno ao sistema prisional entre adultos é de 42%, aponta pesquisa**. [S.l.]: Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar03/42-adultos-retornam-sistema-prisional-aponta-pesquisa>. Acesso em: 27 abr. 2022.

BERNARDINO, Cynthia Regina de Abreu. **Eficácia da pena privativa de liberdade sob o enfoque de sua finalidade retributiva**. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2010. p. 67. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Cynthia%20Bernardino.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 1.

GOULART, Inaê Silva. **Omissão do Estado x ascensão do PCC no Brasil**. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade Quirinópolis, Quirinópolis, 2021. p. 8-9.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017. v. 1, p. 617.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte geral**. 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 1, p. 653.

LEAN on me. Direção: John G. Avildsen. Produção: Norman Twain. Estados Unidos: Warner Bros, 1989. 1 DVD (108min.)

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral - arts. 1º a 120 do código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

O controverso 'Experimento de Aprisionamento de Stanford', interrompido após sair do controle. [S.l.]: BBC News Brasil, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-46417388>. Acesso em: 25 abr. 2022.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Teoria do Etiquetamento social**. [S.l.]: Jusbrasil, [2016?]. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/322548543/teoria-do-etiquetamento-social>. Acesso em: 28 abr. 2022.

SANTOS, Jhonathan Marques. **Os reflexos da teoria do Labelling Approach (etiquetamento social) na ressocialização de presos**. Goiânia: OAB ESA Goiás, [2020?]. p. 7-8. Disponível em: <https://esa.oabgo.org.br/esa/arquivos/downloads/artigo-labelling-approach-2-012529.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2022.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral** (arts. 1º a 120). 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 1, p. 373.

TIMÒTEO, Sebastião Manuel. Sawabona Shikoba – “Eu sou bom”. In: ARAÚJO, Fernando (Dir.). **Revista Jurídica Luso-Brasileira: Ano 2** (2016), nº 1. Lisboa: Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP), 2016, p. 1566-7. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_1563_1592.pdf. Acesso em: 29 abr. 2022.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 39-358.

Enviado em: 02/11/2022.

Aceito em: 29/07/2023.