

A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DE SUAS FUNÇÕES DECLARADAS

THE PRIVATE PENALTY OF FREEDOM IN BRAZILIAN LEGAL ORDERING: A CRITICAL ANALYSIS OF ITS DECLARED FUNCTIONS

¹THOSI, F. R.; ²CAMACHO, M. G.

¹Discente do Curso de Direito – Centro Universitário das
Faculdades Integradas de Ourinhos - UNIFIO/FEMM

²Docente do Curso de Direito – Centro Universitário das
Faculdades Integradas de Ourinhos - UNIFIO/FEMM. Orientador

RESUMO

A pena privativa de liberdade há muito tempo vem sendo utilizada como a principal forma de combate a criminalidade, isso tudo, atrelada a filosofias legitimadoras da pena que podem ser encontradas nos diplomas legais, todavia, o fenômeno do encarceramento vem se mostrando cada vez mais ineficaz para os fins propostos. O objetivo deste trabalho foi analisar as funções declaradas da pena descritas na legislação penal em vigor, demonstrando a contradição entre a teoria e a prática na realidade prisional brasileira, e a partir desta contradição explicitar que as funções atribuídas a pena apontam na prática para uma única função, que é a de neutralização do indivíduo apenado. E que, portanto, adotada a linha de pensamento abolicionista do Direito Penal, restou concluída a falta de efetividade e a seletividade do sistema carcerário, bem como a utilização da pena privativa de liberdade como única forma de prevenção ao crime adotada pelo poder público. Tomando como base o método dialético, o presente artigo visa responder a seguinte indagação: A pena hoje cumpre com seus objetivos declarados pela legislação penal?

Palavras-chave: Direito Penal; Neutralização; Pena; Prisão.

ABSTRACT

The deprivation of liberty has long been used as the main form of combating crime, all of this, linked to the legitimizing philosophies of the penalty that can be found in legal diplomas, however, the phenomenon of incarceration has been proving increasingly ineffective for the purposes proposed. The objective of this work was to analyze the declared functions of the penalty described in the penal legislation in force, demonstrating the contradiction between theory and practice in the Brazilian prison reality, and from this contradiction explain that the functions attributed to the penalty point in practice to a single function, which is the neutralization of the imprisoned individual. And that, therefore, having adopted the abolitionist line of thought of Criminal Law, the inefficiency of the prison system has been concluded, as well as the lack of public policies that contribute preventively to the reduction of crime. Based on the dialectical method, this article aims to answer the following question: Does the sentence today fulfill its objectives declared by criminal law?

Keywords: Criminal Law; Neutralization; Penalty; Prison.

INTRODUÇÃO

É sabido que nem sempre a pena privativa de liberdade foi tratada como a pena precípua, assumindo esse papel por volta do século XVIII com surgimento do pensamento liberal, interligando a partir de então os conceitos de punir e de prisão. Em decorrência disso, aprendemos a normalizar a privação da liberdade como a pena por excelência e esse fato, em seu âmago, revela a característica principal da

problemática envolvendo a questão prisional, que se substancia em sua íntima relação com o modelo econômico capitalista baseado na exploração e desigualdade, atribuindo ao condenado uma ótica de utilidade e de sua possível neutralização.

Com a atual situação do sistema prisional brasileiro, é imprescindível que se faça uma análise das funções não declaradas da pena privativa de liberdade na realidade cotidiana, que por sua vez, contrastando com a previsão dos diplomas legais, revela um caráter dessocializador e seletivo com amplo potencial de segregação do indivíduo apenado. Sendo assim, a justificativa do presente trabalho recai sobre a necessidade de explorar a problemática envolvendo a repressão penal no cenário brasileiro, que se mostra um dos temas mais controversos e tratados de forma negligente pelo Poder público, ao passo que até o presente se mostra um sistema que pune muito, mas que em contrapartida, pune de forma ineficaz e com extrema seletividade, e que decorrente disso, o Brasil figura como o país com a terceira maior população carcerária do mundo. Partindo, portanto, da hipótese de que o sistema penal brasileiro não cumpre com as funções previstas nos diplomas legais, o objetivo do trabalho é o de demonstrar como essa contradição se materializa, bem como apontar o foco unicamente neutralizador do aparato penal. Explicitada a problemática, bem como o objetivo do trabalho, a indagação que se torna pertinente é: a prisão cumpre com seus papéis declarados pela legislação penal?

METODOLOGIA

Partindo da premissa de que as funções da pena privativa de liberdade declaradas expressamente no Código Penal e na Lei de Execução Penal encontram-se em contradição com a realidade prática dos presídios nacionais, foi utilizado para a elaboração do presente artigo o método dialético, com o objetivo de explicitar tal contradição. No que tange à construção do raciocínio formulado foram utilizadas as técnicas de revisão bibliográfica de obras conexas ao tema e convergentes entre si, além do levantamento de dados documentais, com o escopo de fornecer máxima adequação entre a teoria proposta com a realidade prática. Para fins de marco teórico foi escolhida a tese abolicionista do direito penal, encampadas neste artigo pelos autores Juarez Cirino dos Santos e Eugenio Raul Zaffaroni.

1 AS FUNÇÕES DE RETRIBUIÇÃO E PREVENÇÃO GERAL DA PENA: UMA VISÃO CRÍTICA DE SUAS FUNÇÕES DECLARADAS

Podemos afirmar que as funções de prevenção geral, tanto na sua vertente positiva, quanto negativa, bem como a função de retribuição são as mais antigas teorias que legitimam e que legitimaram a pena através dos séculos. A pena como retribuição, sendo, portanto, um meio de vingança contra o indivíduo que rompe o pacto social pode ser observada desde a antiguidade, uma vez que grande parte dos códigos deste período estão enraizados no talião, ao passo que no período medieval tal função também era latente, de modo que a pena assumia um caráter de retaliação ao indivíduo classificado como herege (MARQUES, 2016). À medida que a sociedade foi evoluindo, surge legitimação da aplicação de uma pena sob a égide de prevenção, tendo seu apogeu com o iluminismo no século XVIII, que dentre outras intenções, buscava afastar a ligação entre pena e vingança. Entretanto, ainda com o passar dos anos, as mencionadas funções não deixaram de existir, estando inclusive positivadas nos diplomas legais que regem o atual ordenamento jurídico. À proporção que conforme as relações sociais cada vez mais passaram a ser pautadas pelo modelo capitalista, as funções de prevenção geral e de retribuição tornaram-se instrumentos legitimadores da seletividade e da manutenção da desigualdade (CIRINO DOS SANTOS, 2020), como será exposto a seguir.

1.1 A pena como retribuição

A priori, é possível afirmar que a referida função, ainda na antiguidade e regida pelo talião, foi a primeira a ser atribuída a pena. Sob a ótica de Juarez Cirino dos Santos, podemos conceituá-la da seguinte maneira “A pena como retribuição do crime representa a imposição de um mal justo contra um mal injusto do crime, necessário para realizar a justiça ou reestabelecer o Direito” (CIRINO DOS SANTOS, 2020, p. 431). Seguindo a fórmula citada, a pena serviria apenas para retribuir o mal causado pelo agente. A pena como retribuição é prevista no art. 59 do Código Penal (CP), ao mencionar que o juiz aplicará a pena de forma que seja o suficiente para a reprovação do crime. De igual modo, pode ser encontrada também fazendo uma interpretação crítica do §5º do art. 121 do Código Penal, situação em que é previsto o perdão judicial no homicídio culposo nas seguintes palavras: “[...] o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária”. Não

oferecendo qualquer oposição a aplicação do benefício, nota-se que o legislador autoriza a concessão do perdão em virtude do sofrimento causado ao sujeito ativo. É, portanto, possível afirmar que implicitamente a descrição legal do parágrafo revela uma função imposta a pena de infringir uma dolorosa retribuição ao apenado que, todavia, neste caso é afastado pela retribuição já ter sido apregoada ao agente pela consequência da conduta.

Por uma análise constitucional do Direito Penal, aliada ao atual estágio de evolução da humanidade, atribuir o caráter de retribuição à pena é ignorar o princípio da dignidade humana e utilizar o Direito Penal - que em seu amago está o combate a vingança - como uma arma de vingança institucionalizada, retirando assim a sua função declarada, que seria a de proteger bens jurídicos. Na mesma linha, pactua Juarez “O Direito Penal tem por objetivo proteger bens jurídicos – e não realizar vinganças.” (CIRINO DOS SANTOS, 2020, p. 432).

Nesse sentido, com o atual colapso do sistema prisional (segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – realizado em 2019 pelo Departamento Nacional Penitenciário – DEPEN –, o sistema carcerário conta um déficit de 312.925 vagas) e aliado a isso, há também um crescente aumento do anseio punitivista na população (segundo o 10º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, divulgado no ano de 2016, 57% dos brasileiros concordam com a frase “Bandido bom é bandido morto”), decorrente, dentre outros fatores, principalmente pela crescente voz ativa dada a pessoas públicas e a políticos partidários de uma política criminal baseada em tolerância zero. Desse modo, é possível afirmar, que como nos povos antigos, a vingança ainda é vista no seio popular como uma forma justa de punição, possuindo dessa maneira o condão de desfazer o crime ocorrido com a imposição de uma retribuição árdua ao autor do delito. Todavia, se nos povos antigos a vingança consistia na expulsão do indivíduo da comunidade, na sociedade atual, cabe uma analogia no sentido de que uma vez colocado no sistema carcerário, o indivíduo acaba por ser eliminado socialmente, sendo morto simbolicamente, excluindo assim, qualquer possibilidade de ressocialização e favorecendo a reincidência criminal.

2.1 A Pena privativa de liberdade como prevenção geral e suas vertentes negativa e positiva

Na contemporaneidade, no aspecto popular a função da pena como prevenção geral, principalmente em sua vertente negativa, que se deleita na intimidação social causada pela aplicação da pena, é amplamente difundida. Tal pensamento, que tem em vista inculcar temor na população em virtude da aplicação da pena, é fruto de uma construção liberal do século XVIII, em resposta aos suplícios medievais (MARQUES, 2016). A prevenção geral em seu aspecto positivo consiste na reafirmação e imperatividade do ordenamento jurídico ao aplicar uma sanção penal, tendo por escopo proteger os bens jurídicos penalmente tutelados. Nessa linha, conceitua Cleber Masson que a pena “[...] consiste em demonstrar e reafirmar a existência, a validade e a eficiência do Direito Penal”. (2019, p. 453).

Não obstante, Oswaldo Henrique Duek Marques conceitua a prevenção geral e suas vertentes positiva e negativa da seguinte forma “[...] dirigem-se a coletividade de modo geral, com o intuito de impedir a ocorrência de crimes futuros, seja pela intimidação, seja pela reafirmação do direito perante a comunidade”. (2016, p. 169).

Não apenas no âmbito social, mas no âmbito jurídico, a função de prevenção geral da pena pode ser encontrada na legislação penal, mais precisamente no art. 59 do Código Penal:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Partindo de uma análise crítica da prevenção geral, o que fica evidente é o fato da ameaça penal causada pela privação da liberdade do indivíduo não ser capaz de inibir impulsos criminosos, constituindo assim, um mero direito penal simbólico para a classe dominante, e servindo como um instrumento de repressão das camadas inferiores da sociedade, sem compromisso com a proteção ampla dos bens jurídicos, e que assim, encontra legitimidade na noção de prevenção da criminalidade através da imposição da pena, nessa forma, escreve Juarez:

Aliás, o discurso eficientista da prevenção geral positiva permite justificar a redução ou exclusão de garantias constitucionais de liberdade, de igualdade, de presunção de inocência e outras garantias do processo penal civilizado, cuja constante supressão histórica mostra a constante existência simultânea de um Estado de Direito para as classes hegemônicas (propriedade e poder) e de um Estado de Polícia para as camadas subalternas (exploração e opressão) – além de escamotear ou disfarçar a relação da criminalidade com

a estrutura da desigualdade da sociedade neoliberal contemporânea, instituída pelo Direito e garantida pelo poder do Estado. (CIRINO DOS SANTOS, 2020, p. 462).

Portanto, a prevenção geral positiva resume-se em uma satisfação para a retórica advinda da classe hegemônica, que clama pelo aumento da repressão, à medida que instrumentaliza essa retórica em um aparato punitivo voltado para o controle do estrato inferior da população.

Igualmente, a prevenção geral revela ainda uma lógica que com a evolução da sociedade e dos interesses econômicos vem se tornando cada vez mais aparente no Direito Penal, o de objetificação do indivíduo, dessa forma ressalte-se:

O Direito Penal é utilizado para proteger os chamados complexos funcionais dos sistemas econômico, financeiro, tributário, ecológico etc., em que o indivíduo deixe de ser o centro do Direito ou da sociedade, para ser um subsistema psicofísico de simples imputação penal, avaliado conforme o papel funcional para o sistema social – ou seja, é reduzido ao papel de bode expiatório, existente como sujeito de responsabilidade penal, mas como mero objeto do sistema social. (CIRINO DOS SANTOS, 2020, p. 458).

Com isso, o indivíduo penalizado sob a égide de prevenção voltada para coagir os demais integrantes de sociedade, acaba por se tornar um mero objeto utilizado pelo Direito Penal, retirando assim sua humanidade, mitigando o seu direito as mínimas condições de garantia da dignidade.

Nesse mesmo sentido, Cirino dos Santos (2020, p.35) ainda advoga a tese de que neste processo cria-se um duplo aspecto de criminalidade, instituindo uma criminalização primária do fato, dando a aparência de neutralidade ao sistema penal, e a criminalização secundária que se dá com o caso concreto, onde o fator determinante para a aplicação do sistema penal é a posição social do sujeito

Tratando-se especificamente da prevenção geral em sua vertente positiva, isto é, de reafirmação do ordenamento jurídico, é inegável sua fragilidade constitucional prática perante o Estado Democrático de Direito, uma vez que favorece o surgimento de um Estado excessivamente punitivo que age amparado na justificativa de reafirmar a validade do Direito e de prevenir a criminalidade. Em decorrência disso, não somente no Brasil, mas na América Latina como um todo, houve um aumento em massa das prisões preventivas com o intuito de agradar a opinião pública, ficando, assim, evidente que esse aumento se deu em grande

proporção devido a função de reafirmação do direito atribuída a pena, nessa linha, discorre Eugênio Raul Zaffaroni:

A característica mais destacada do poder punitivo-latino americano atual em relação ao aprisionamento é que a grande maioria – aproximadamente $\frac{3}{4}$ - dos presos está submetida a medidas de contenção, porque são processados não condenados. Do ponto de vista formal, isso constitui uma inversão do sistema penal, porém, segundo a realidade percebida e descrita pela criminologia, trata-se de um poder punitivo que há muitas décadas preferiu operar mediante a prisão preventiva ou por medida de contenção provisória transformada definitivamente em prática. Falando mais claramente: quase todo o poder punitivo latino-americano é exercido sob a forma de medidas, ou seja, tudo se converteu em prisão de liberdade sem sentença firme, apenas por presunção de periculosidade. (ZAFFARONI, 2011, p. 70).

O proposto por Zaffaroni encontra fácil subsunção na realidade brasileira quando analisadas as estatísticas do sistema carcerário nacional, onde segundo os dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN – do total de presos, 30,43% deles encontram-se presos provisoriamente, em outras palavras, permanecem encarcerados sem uma condenação em definitivo.

Dessa forma, a função de prevenção geral da pena funciona como um mecanismo de coação dirigido quase em sua totalidade para a base da hierarquia social, tal conclusão encontra corroboração nas palavras de Juarez ao dizer que “se o Direito Penal garante uma ordem social desigual, então o Direito Penal Garante a desigualdade social”. (CIRINO DOS SANTOS, 2020, p. 31). Sendo assim, tal função da pena “é o discurso encobridor da função real da pena criminal, de garantia da ordem social capitalista, fundada na separação força/trabalho de produção, que institui e reproduz relações sociais desiguais e opressivas” (CIRINO DOS SANTOS, 2020, p. 462). Resta-nos concluir que a pena como prevenção geral atende a uma lógica criada pelas interações do capital, voltada, portanto, para a utilidade designada ao indivíduo nas relações de trabalho existentes, bem como caracterizar o Direito Penal como um instrumento de manutenção e disseminação da desigualdade.

2 A PENA COMO PREVENÇÃO ESPECIAL: UMA ANÁLISE DE SUAS FUNÇÕES DE RESSOCIALIZAÇÃO E NEUTRALIZAÇÃO NO AMBIENTE CARCERARIO BRASILEIRO

Diferentemente da prevenção geral, que tem como foco sociedade atingida pela coação exercida pela imposição de uma pena, a prevenção especial tem como foco o indivíduo enquanto objeto da punição, e assim como a função exposta anteriormente, se divide em duas vertentes, a positiva, com foco na ressocialização do apenado e negativa, substanciada na ideia de neutralização. A primeira vertente, denominada positiva, com ótica na ressocialização do apenado, que como demonstram os dados que serão expostos na seção seguinte, mostra-se inatingível na prática, dada as precárias condições estruturais e sociais do sistema carcerário, que acaba dentre outros fatores, contribuindo ainda mais para a reincidência criminal e a fortificação do crime organizado. Por outro lado, a perspectiva negativa, baseada na noção de neutralização do indivíduo, encontra de forma inegável subsunção na realidade prática (CIRINO DOS SANTOS, 2020), uma vez que a aplicação de uma pena privativa de liberdade impossibilita o indivíduo de praticar novos crimes durante o cumprimento da pena, e além disso, a aludida teoria legitimadora da pena atende ainda aos critérios necessários a manutenção do capital, haja vista que a neutralização é dirigida de forma seletiva em grande parte a indivíduos alocados às margens do sistema de produção.

2.1 A atual situação do sistema penitenciário brasileiro.

De prontidão, é possível afirmar a inexistência de estrutura e o caráter extremamente precário das penitenciárias brasileiras. Em um primeiro momento, o problema mais recorrente é a superlotação, que conforme dados extraídos do Departamento Penitenciário Nacional vem crescendo a cada ano, uma vez que em 2018 havia um déficit de 289.382 vagas, número que foi elevado no ano de 2019 para 312.925. Tais dados, aliados as condições estruturais dos presídios, que incluem saneamento básico precário, má alimentação e a altíssima exposição violência, evidenciam um descaso do Poder Público, bem como de toda a sociedade com indivíduos que são diariamente enviados para as penitenciarias sob a prerrogativa de ressocialização e controle da criminalidade. Tal fato, encontra

subsunção no pensamento de que enquanto persistir a situação acima descrita, o Estado Democrático jamais poderá vigorar plenamente, uma vez que é incompatível com sua gênese o desrespeito a dignidade humana, nessa linha comunga Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] onde não houver respeito pela vida e integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, 2015, p. 69).

O mesmo autor, ao tratar da dignidade humana das pessoas encarceradas, ressalta a importância de lhes proporcionar o mínimo de respeito:

[...] a imposição de uma pena de prisão em regime fechado (desde que não se cuide de prisão perpétua, expressamente vedada no sistema constitucional brasileiro) embora constitua inequívoca e grave restrição da liberdade pessoal, justificada pela necessidade de coibir e prevenir violações da dignidade e direitos fundamentais de terceiros, não assume a condição de ofensa (esta sim intolerável) ao conteúdo em dignidade, que, de resto, como já destacamos alhures, deve ser (assim como ocorre com os direitos humanos e fundamentais em geral) igualmente assegurada ao preso (ou qualquer pessoa), por mais “indignos” tenham sido os atos por este praticados. (SARLET, 2015, p. 173).

Concomitante a isso, há ainda que apontar o excessivo punitivismo existente no sistema penal brasileiro, trazendo um aumento vertiginoso da quantidade de encarcerados a cada ano. Segundo dados extraídos do Departamento Penitenciário Nacional, no ano de 2017 havia 726.712 pessoas encarceradas, em seguida, em 2018, o número cresceu para 744.216 e no último levantamento, no ano de 2019, a população carcerária era de 755.274 apenados (BRASIL, 2019). A partir dos dados obtidos, nota-se que anualmente o número de detentos aumenta de forma substancial, todavia, como dito anteriormente, esse fenômeno não gera reflexo algum no controle da criminalidade. Nessa linha, afirma Daniela Ferrugem ao dizer que “O sistema penal brasileiro é punitivista e utiliza a prisão como primeiro recurso” (FERRUGEM, 2019, p. 110), moldando assim uma contradição inerente à privação da liberdade, onde se busca prevenir o crime com medidas direcionadas a um momento posterior ao crime. Há ainda que se apontar a seletividade inerente ao sistema penal, ao passo que 66,29% dos apenados são negros ou pardos e ainda,

do total de presos, 71,24% decorrem de crimes patrimoniais e tráfico de drogas (BRASIL, 2019), isto é, crimes predominantemente praticados pela população mais carente, o que contrasta com os dados referentes aos crimes amplamente praticados pela classe burguesa, como por exemplo, os crimes contra a administração pública, que não correspondem a nem 1% do total de encarcerados (BRASIL, 2019). Somando-se isso tudo ao fato de que 75% dos detentos não possuem sequer o ensino médio completo (BRASIL, 2015) é possível concluir que a pena privativa de liberdade no Direito Penal brasileiro é inegavelmente dirigida a classe alocada na base da pirâmide que representa a hierarquia social, uma vez que esse estrato é formado por pessoas em sua maioria negras, sem acesso a políticas públicas direcionadas a inclusão, e expostas a péssimas condições de trabalho, sendo assim, mais vulneráveis a criminalidade e ao aparato do sistema penal. Nesse sentido, há ainda como se evidenciar uma hiperproteção da burguesia em decorrência do proletariado, a proporção que a mesma conduta pode gerar responsabilidades legais diversas a depender de quem a prática, como exemplo, o patrão que subtrai parcela da verba salarial de um trabalhador é responsabilizado na Justiça Trabalhista, ao passo que o empregado que subtrai determinada quantia da empresa em que presta serviços tem sua responsabilidade discutida na Justiça Criminal.

2.2 A pena como prevenção especial positiva: ressocialização

Neste ponto, a função atribuída à pena é a de reintegrar e ressocializar o indivíduo através do seu cumprimento. No Brasil, a função de ressocialização é prevista no art. 1º da Lei de Execução Penal, ao dizer “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Com relação à utopia da ressocialização, há que se ressaltar a incapacidade do sistema penal brasileiro em ressocializar os apenados, uma vez que conforme os dados anteriormente expostos sobre as reais condições do sistema carcerário fica evidente que ao retirar o indivíduo do seio social e coloca-lo na prisão, este será exposto as péssimas condições estruturais, bem como a violência e o descaso do Poder Público, contribuindo assim, para um aumento ainda maior da criminalidade através da reincidência. Nessa linha Juarez afirma com as seguintes palavras:

[...] o grau de desadaptação social do condenado é proporcional à duração da pena privativa de liberdade: quanto maior a experiência do preso com a subcultura da prisão, maior a reincidência criminal e a formação de carreiras criminosas [...]. (CIRINO DOS SANTOS, 2020, p. 251).

Na mesma linha de raciocínio, o aludido autor demonstra a ineficácia do programa ressocialização durante a execução penal, uma vez que:

[...] a prisão introduz o condenado em duplo processo de transformação pessoal, de desculturação pelo desaprendizado dos valores e normas de convivência social, e de aculturação pelo aprendizado de valores e normas de sobrevivência na prisão, a violência e a corrupção – ou seja, a prisão só ensina a viver na prisão. Em poucas palavras, a prisão prisionaliza o preso que, depois de aprender a viver na prisão, retorna para as mesmas condições sociais adversas que determinaram a criminalização anterior. (CIRINO DOS SANTOS, 2020, p. 455-456).

Diante disso, podemos concluir que a função ressocializadora da pena representa um fracasso intrínseco ao sistema penal, sobretudo quando contrastada com a situação de penúria que estende pelo ambiente carcerário, que por sua vez, não possui a menor condição prática de reeducar os indivíduos encarcerados, engendrando assim uma contradição, pois favorece a reincidência criminal, o aumento da violência, e que de forma devastadora, além de nociva ao Estado Democrático de Direito acaba por legitimar um discurso que enfatiza o encarceramento em massa com a finalidade combater a criminalidade e em segundo plano reeducar infratores.

2.3 A pena como prevenção especial negativa: neutralização

Como uma vertente da prevenção especial, é a teoria legitimadora da pena que encontra maior subsunção na realidade, uma vez que busca a neutralização dos apenados, no conceito de Juarez: “[...] a prevenção especial negativa de neutralização (ou inocuização) do condenado, consistente na incapacitação para praticar novos crimes durante a execução da pena.” (2020, p. 433-434). E, tendo como ponto de início o conceito acima, podemos assumir que é inegável a sua existência na realidade prática, e que, além disso, soma-se o fato de que a neutralização é feita a partir de interesses ditados pela lógica do capital. O autor acima citado corrobora com tal pensamento ao afirmar que:

A prevenção especial negativa de neutralização do condenado parece indiscutível: a incapacitação seletiva de indivíduos considerados perigosos

constitui efeito evidente da execução da pena porque impede a prática de crimes fora dos limites da prisão – assim, a neutralização do condenado seria uma das funções declaradas cumpridas pela pena criminal. (CIRINO DOS SANTOS, 2020, p. 434).

Há ainda que se falar na neutralização permanente do indivíduo, isto é, após o cumprimento da pena, uma vez que a pena torna o indivíduo permanentemente marcado com o estigma da prisão, visão também reforçada por Juarez:

Cumprida a pena, o retorno do condenado prisionalizado para as mesmas condições sociais adversas determinantes da criminalização anterior encontram um novo componente: a atitude dos outros. A expectativa da comunidade de que o estigmatizado se comporte conforme os estigmas, ou seja, que assuma o papel de criminoso praticando novos crimes fecha as supostas possibilidades de reinserção social e completa o modelo sequencial de formatação de carreiras criminosas, realizando a chamada self fulfilling prophecy, em que o condenado assume as características do rótulo, concretizando a previsão de autorrealização e confirmando a teoria da construção da personalidade no processo de interação social. (CIRINO DOS SANTOS, 2020, p. 456).

Nesse sentido, o indivíduo ao retornar a sociedade após a execução da pena tem reforçada sobre si sua a marcação como invisível perante o sistema, que dadas as suas características pessoais e sociais advém desde antes do cumprimento da pena, e assim, é relegado forçosamente a uma posição externa as relações de trabalho, contribuindo assim com um novo processo de criminalização. No que tange a invisibilidade pessoal, Luiz Eduardo Soares é preciso ao dizer que “Uma das formas mais eficientes de tornar alguém invisível é projetar sobre a pessoa um estigma, um preconceito.” (2019, p.197). Nesse sentido, a marca estigmatizante indiscutivelmente associa-se ao indivíduo que cumpriu uma pena privativa de liberdade, principalmente em decorrência do excessivo teor punitivista visto na sociedade que, dentre outros fatores, serve para a manutenção do capital e utiliza como principal mecanismo de controle o sistema penal. Nessa linha, afirma Daniela Ferrugem “Para manutenção da lógica do capital, tem-se o marco legal do sistema penal e a segurança pública, como instrumento de repressão direta no cotidiano das cidades, produzindo violências, mortes e encarceramentos” (2019, p. 113), desfavorecendo o reingresso do indivíduo no convívio social.

Sendo assim, é possível afirmar, ao analisar os dados do sistema penitenciário nacional, que tal neutralização dirige-se à casta inferior da população, ou seja, a população pobre, marginalizada e em sua grande maioria negra, que

desde o nascimento teve negado o acesso à saúde e educação de qualidade, bem como aos bens de consumo e lazer, e que em decorrência disso são comumente associadas ao aumento da criminalidade, gerando assim, uma maior incidência do Direito Penal sobre elas, que acarreta na criminalização efetiva da pobreza, mas que importante ressaltar, que como diz a autora acima citada “[...] os pobres não têm uma maior tendência a delinquir, mas sim a serem criminalizados” (FERRUGEM, 2019, p. 113).

Com relação ao efetivo papel de neutralização imposto a pena, no âmbito legislativo, é possível citar o “Pacote Anticrime”, que entrou em vigor na data de 24 de dezembro de 2019, prevendo, dentre outras lastimáveis alterações, o aumento do limite máximo do tempo de cumprimento de pena de 30 anos para 40. Nesse sentido, é evidente o descompromisso do legislador com a função de ressocialização e o foco na função de neutralização, uma vez que ao apenar o agente por 40 anos, retira-se do indivíduo qualquer possibilidade retornar ao convívio social, seja pela elevada idade ao final da execução da pena, ou pelo tempo em que passou exposto a subcultura da prisão e isolado da sociedade, bem como a mercê do descaso estatal.

É possível, portanto, afirmar que a prisão no contexto histórico-social vigente tem por função ser um aparato de neutralização seletivo de sujeitos conforme sua posição nas relações sociais, nessa linha, leciona Michael Foucault:

[...] a penalidade seria então uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles. Em resumo, a penalidade não “reprimiria” pura e simplesmente as ilegalidades; ela as “diferenciaria”, faria sua “economia” geral. E se podemos falar de uma justiça não é só porque a própria lei ou a maneira de aplicá-la servem aos interesses de uma classe, é porque toda gestão diferencial das ilegalidades por intermédio da penalidade faz parte desses mecanismos de dominação. Os castigos legais devem ser recolocados numa estratégia global das ilegalidades. O “fracasso” da prisão pode sem dúvida ser compreendido a partir daí. (FOUCAULT, 2014, p. 267).

Dessa forma, a partir da análise crítica das funções da pena com ênfase em seu aspecto neutralizador, não há como explicar sua real função a partir das teorias legitimadoras positivadas na legislação penal que não a de neutralização, uma vez que todas as interações existentes no meio social decorrem das relações de trabalho, o que vincula obrigatoriamente as instituições do Direito, e assim, conseqüentemente o fenômeno prisional (CIRINO DOS SANTOS, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente foram analisadas as teorias legitimadoras da pena de prevenção geral, que tem por objetivo prevenir a realização de novos crimes através da coação dirigida a sociedade pela aplicação da pena, e de retribuição, enraizada na máxima de retribuir um mal injusto pela aplicação de um mal justo, de modo, que após a análise, é possível afirmarmos que ambas as funções na realidade concreta cumprem com um papel extremamente distinto do que lhe é atribuído pela legislação em vigor, ao passo que originam um direito penal simbólico que tem por escopo a satisfação de uma retórica punitivista advinda principalmente das classes mais abastadas, além de que acabam por originar a engrenagem de um maquinário de repressão por parte do Estado, destinado em especial a camada mais pobre da população, composta em sua maioria por indivíduos marginalizados, localizados em sua grande maioria fora da lógica de produção. No que tange a prevenção especial, que tem a ótica voltada para o indivíduo apenado, especialmente em sua vertente positiva, que advoga a tese de legitimação da pena através da ressocialização do indivíduo encarcerado, é certo que a incumbência de reeducar através da pena privativa de liberdade é inatingível, dado o evidente caráter e ambiente dessocializadores encontrados no sistema prisional brasileiro. Outrossim, a perspectiva negativa da prevenção especial, fundamentada na neutralização de indivíduos através da pena, é de indubitável existência, e para isso, opera de acordo com as interações ordenadas pelas relações do capital, neutralizando assim, em grande parte, indivíduos que não fazem parte dessa lógica, o que explica a evidente seletividade do sistema penal.

Diante do exposto, é evidente que a pena privativa de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro não cumpre com seu papel de prevenção da criminalidade, bem como o de ressocialização do condenado, e em contrapartida, assume uma perspectiva de apenas neutralizar indivíduos selecionados com base em critérios materiais-dialéticos em um ambiente estruturalmente prejudicial e desrespeitoso aos direitos fundamentais mais básicos, contribuindo assim para um aumento ainda maior da criminalidade e a total segregação do indivíduo perante a sociedade, potencializando ainda mais a invisibilidade de sujeitos anteriormente já alocados as margens do sistema ditado pela superestrutura capitalista. Nesse sentido, conclui-se que a pena privativa de liberdade apresenta em sua gênese um caráter dessocializador, bem como uma única função prática de neutralizar

indivíduos selecionados de forma desigual, favorecendo assim, o aumento da desigualdade e da hierarquização social, criando assim um processo de criminalização da pobreza.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

_____. Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: Rio de Janeiro/RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 25 agos. 2020.

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**: Brasília/DF, 11 de jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 26 agos. 2020.

_____. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Pacote Anticrime. **Diário Oficial da União**: Brasília/DF, 24 de dez. de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 26 agos. 2020.

_____. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN**. Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2019.

_____. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN**. Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2015.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 9ª Edição: Tirant Lo Blanch. São Paulo. 2020.

FERRUGEM, Daniela. **Guerra as drogas e a manutenção da hierarquia racial**. 1ª Edição: Letramento. Rio de Janeiro. 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. **Anuário brasileiro de segurança pública**. Edição X. São Paulo, 2016.

FOUCALT, Michael. **Vigiar e Punir**. 42ª Edição: Vozes. Rio de Janeiro. 2014.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 3ª Edição: WMF Martins Fontes. São Paulo. 2016.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (arts 1º a 120). v. 1. 13ª Edição: Método. São Paulo. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humanos e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª Edição: Livraria do Advogado. 2015.

SOARES, Luiz Eduardo. **Desmilitarizar**. 1ª Edição: Boitempo. São Paulo. 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 3ª Edição: Revan. Rio de Janeiro. 2011.