

**A INEFICÁCIA DO ENCARCERAMENTO FRENTE AO ESTADO ANÔNICO DE
MERTON E O ENFRAQUECIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

*THE INEFFECTIVENESS OF THE JAIL IN FRONT OF THE ANONYMOUS STATE OF
MERTON AND THE WEAKENING OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW*

Victor Corrêa de Oliveira Filho

Graduado direito pela universidade José do Rosário Vellano/Unifenas, Pós-graduando em
ciências criminais pela Associação Propagadora Esdeva/Faculdade Arnaldo,
victorcorrea@unifenas.br

Resumo: O presente trabalho busca desenvolver o estudo das teorias do encarceramento, bem como provar através de minucioso estudo da teoria da anomia que núcleos alternativos da sociedade vêm se apresentando mais fortes do que o próprio estado democrático de direito, fazendo assim com que a aplicação de medidas de ressocialização no sistema carcerário não ocasione efeito algum. O Brasil adota a teoria unificadora ou mista quanto às funções da pena, dando destaque para a função preventiva especial positiva e preventiva geral. No entanto, percebe-se que os anseios sociais voltam-se mais intensos às funções retributivas e à prevenção Especial, como forma de neutralização do delinquente. Atualmente, busca-se de forma incansável dentre os estudiosos do Direito Penal encontrar uma solução para dar eficácia à ressocialização do delinquente. Contudo, não se tem encontrado alternativas plausíveis, dentre alguns motivos, o enfraquecimento do estado democrático de Direito e o consequente fortalecimento de núcleos anômicos espalhados por toda a sociedade. Segundo Merton, Anomia consiste no desequilíbrio entre dois fatores da sociedade, a crença nos objetivos culturais e o acesso aos meios institucionalizados. Este desequilíbrio faz nascer o delinquente designado como inovação, consistindo no indivíduo que acredita nos objetivos culturais, porém, não nos meios institucionalizados, fazendo assim com que este busque a delinquência como meio para atingir os objetivos culturais. Este trabalho, vem provar que o problema da ressocialização está voltado para o enfraquecimento do estado democrático de direito, que dá espaço ao crime organizado, inclusive a ponto de comandar o próprio sistema penitenciário. Ademais, deixa de

lado a ideia de que a ressocialização é ineficaz pelo modelo de pena adotado no Brasil. Utiliza-se do método dedutivo e é desenvolvido por meio da leitura, análise e registros em doutrinas, artigos e revistas publicadas, para compreender e analisar as questões doutrinárias inerentes às funções das penas e das teorias da anomia, e a consequente relação com a ineficácia do encarceramento, desenvolvendo, portanto, o tipo de pesquisa exploratória.

Palavras-chave: Teoria da anomia. Encarceramento. Estado democrático. Política criminal.

Abstract: The present work seeks to develop the study of theories of incarceration, as well as to prove through a detailed study of the anomie theory that alternative nuclei of the society are presenting themselves stronger than the own democratic state of law, thus making the application of resocialization measures in the prison system has no effect whatsoever. Brazil adopts the unifying or mixed theory regarding the functions of the sentence, highlighting the special positive preventive and general preventive function. However, it is perceived that the social anxieties are more intense to the retributive functions and the Special prevention, as a form of neutralization of the delinquent. At present, it is a tireless pursuit among the students of the Criminal Law to find a solution to give effectiveness to the resocialization of the delinquent. However, no plausible alternatives have been found, among some reasons, the weakening of the democratic state of law and the consequent strengthening of anomic nuclei spread throughout society. According to Merton, Anomia consists of the imbalance between two factors of the society, the belief in the cultural objectives and the access to the institutionalized means. This imbalance gives rise to the delinquent designated as innovation, consisting of the individual who believes in cultural objectives, but not in the institutionalized media, thus causing the latter to seek delinquency as a means to achieve cultural goals. This paper demonstrates that the problem of resocialization is aimed at weakening the democratic state of law, which gives rise to organized crime, even to the point of commanding the penitentiary system itself. In addition, it leaves aside the idea that resocialization is ineffective by the model of sentence adopted in Brazil. It uses the deductive method and is developed through reading, analysis and records in published doctrines, articles and journals, to understand and analyze the doctrinal issues inherent to the functions of sentences and theories of anomie,

and the consequent relation with the inefficacy of the incarceration, thus developing the type of exploratory research.

Keywords: Anomie theory. Incarceration. Democratic State. Criminal policy.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca desenvolver o estudo das teorias do encarceramento, bem como provar através de minucioso estudo da teoria da anomia, que núcleos alternativos da sociedade vêm se apresentando mais fortes do que o próprio estado democrático de direito fazendo, assim, com que a aplicação de medidas de ressocialização no sistema carcerário não ocasione efeito algum.

O Brasil adota a teoria unificadora ou mista quanto às funções da pena, dando destaque para a função preventiva especial positiva e preventiva geral. No entanto, percebe-se que os anseios sociais voltam-se mais intensos às funções retributivas e à prevenção Especial, como forma de neutralização do delinquente. Atualmente, busca-se de forma incansável, dentre os estudiosos do Direito Penal, encontrar uma solução para dar eficácia à ressocialização do delinquente. Contudo, não se tem encontrado alternativas plausíveis. Dentre alguns motivos, o enfraquecimento do estado democrático de Direito e o consequente fortalecimento de núcleos anômicos espalhados por toda a sociedade.

Segundo Merton, Anomia consiste no desequilíbrio entre dois fatores da sociedade, quais sejam, a crença nos objetivos culturais e o acesso aos meios institucionalizados. Este desequilíbrio faz nascer o delinquente designado como inovação, consistindo no indivíduo que acredita nos objetivos culturais, porém, não nos meios institucionalizados, fazendo assim com que este busque a delinquência como meio para atingir os objetivos culturais.

Este trabalho objetiva provar que o problema da ressocialização está voltado para o enfraquecimento do estado democrático de direito, que dá espaço ao crime organizado, inclusive a ponto de comandar o próprio sistema penitenciário. Ademais, deixa de lado a ideia de que a ressocialização é ineficaz pelo modelo de pena adotado no Brasil.

Utiliza-se do método dedutivo e é desenvolvido por meio da leitura, análise e registros em doutrinas, artigos e revistas publicadas, para compreender e analisar as questões doutrinárias inerentes às funções das penas e das teorias da anomia, e a consequente relação com a ineficácia do encarceramento, desenvolvendo, portanto, o tipo de pesquisa exploratória.

Pela técnica da pesquisa bibliográfico-documental, é possível realizar a interpretação do referido instituto penal, com o auxílio de teorias e opiniões de juristas sobre o assunto, para ao final concluir se a problemática do encarceramento está ligada diretamente ao sistema adotado pela política penitenciária brasileira ou se é uma questão inerente ao enfraquecimento do estado democrático de direito, em contraste com o fortalecimento de núcleos anômicos na sociedade.

2 ABORDAGEM HISTÓRICA QUANTO AO SURGIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ab initio, importante se desenvolver um breve contexto histórico sobre o conceito moderno de Estado Democrático de Direito, uma vez que a criminologia está diretamente ligada ao surgimento do Estado Democrático de Direito e seu rompimento. Dessa forma, é crucial a compreensão desta instituição desde o início até os dias atuais, momento em que tem sido muitas vezes questionada, assim como acreditam, Streck e Moraes (2014)

Cremos, desse modo, estar permitindo que se estabeleça, primariamente, o debate acerca de temas cruciais para a compreensão da realidade institucional estatal, em particular em um momento no qual até mesmo sua continuidade é questionada por muitos, em face das transformações da ordem social contemporânea, tendo como pano de fundo o fenômeno da globalização econômica e da mundialização dos subsistemas sociais e dos projetos políticos da modernidade, em especial dos direitos humanos e do constitucionalismo.

Percebe-se que os autores traçam um panorama do enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, em virtude de fatores como a globalização econômica e mundialização dos subsistemas sociais, classificando-as como transformações de ordem social. De fato seria impossível não relacionar o enfraquecimento do Estado Democrático de Direito com o fator globalização, uma vez que as fronteiras têm se dissolvido através de quebras de barreiras

espaço- tempo, devido aos meios de transporte cada vez mais ágeis e à rede mundial de computadores, que contribuem para aculturação e conseqüentemente rebeliões contra o próprio Estado.

Contudo, antes mesmo de adentrar no assunto Estado Democrático de Direito, necessário se faz entender que o homem, antes de outorgar poderes à um terceiro, vivia em Estado de Natureza.

Neste sentido, têm-se como dois polos opostos, o Estado de natureza e o contrato social

O estado de natureza se apresenta como contraface do estado civil, ou seja, se não estamos no interior da sociedade política, caímos no estado de natureza. Seria o estágio pré-político e social do homem, embora este, mesmo em estado de natureza, não seja pensado como “selvagem”, sendo o mesmo que vive em sociedade (Streck e Moraes, 2014).

Assim, o indivíduo encontra-se em um estágio presocial, onde impera a ausência de regras, e é visto como estado de guerra, comparando-se a um ambiente de total insegurança e incerteza. Para Rousseau, é o estado primitivo da humanidade.

Já o contrato social figura como a vontade do indivíduo em viver em sociedade, onde este transfere a um terceiro alguns dos seus poderes para preservar a sua vida, assim como afirma Streck

Para o primeiro, o contrato social, à maneira de um pacto em favor de terceiro, é firmado entre os indivíduos que, com o intuito de preservação de suas vidas, transferem a outrem não partícipe (homem ou assembléia) todos os seus poderes – não há, aqui, ainda, em se falar em direitos, pois estes só aparecem com o Estado – em troca de segurança. Ou seja: para pôr fim à guerra de todos contra todos, própria do estado de natureza, os homens despojam-se do que possuem de direitos e possibilidades em troca de receberem a segurança do Leviatã (Streck e Moraes, 2014).

Assim, verifica-se que o contrato social é o oposto do estado de natureza, tido como um ambiente onde o indivíduo abdica de ter a posse de certos poderes e o transfere a um terceiro certos poderes ou fragmentos deles; os homens transferem parte de seus poderes, de sua soberania individual ao Estado ou ao Soberano, nos exatos termos de Rousseau. Desta forma, visando superar os inconvenientes do estado de natureza, os homens se reúnem e firmam entre si um pacto que funciona como superação de um estado negativo para um estado positivo, ou seja, um estado político/social.

Assim, tem-se o surgimento do Estado Civil que, através do contrato social, inaugura uma nova forma de se viver em grupos, preservando os direitos presentes no estado de natureza, assim como afirmam Streck e Moraes (2014)

Desse modo, para Locke, o homem traz consigo, quando do estabelecimento da sociedade civil, os direitos presentes no estado de natureza; não há um despojamento nesta passagem, tal qual em Hobbes. Assim o estado civil nasce duplamente limitado. Por um lado, não pode atuar em contradição com aqueles direitos; por outro, deve oportunizar, o mais completamente possível, sua usufruição.

Claro é que o Estado Civil surge antes do contrato social. O contrato social surge com a própria noção de estado democrático e com a mudança do teocentrismo para o homocentrismo, ou seja, do poder de Deus para o poder do homem na gerência da sociedade civil.

Na visão de Rousseau, em síntese, a origem do Estado Civil se dá a partir do momento em que o homem colocou limites em suas posses, tendo assim nascido a propriedade e a desigualdade

Com efeito, o estado de natureza em Rousseau é somente uma categoria histórica para facilitar esse entendimento. Assim, no “Discurso sobre a desigualdade”, Rousseau diz que “o verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, depois de haver delimitado um terreno, pensou em dizer ‘isto é meu’, e falou a outros, tão ingênuos para nele acreditarem”. A desigualdade nasceu, pois, junto com a propriedade, e, com a propriedade, nasce a hostilidade entre os homens (Streck e Moraes, 2014).

Desta forma surgiu o Estado Moderno, como expressão da própria sociedade civil

Começa a nascer na segunda metade do séc. XV na França, na Inglaterra e na Espanha; posteriormente, alastra-se por outros países europeus, entre os quais a Itália. Por conseguinte, diz Gruppi que, desde seu nascimento, o Estado Moderno apresenta dois elementos que diferem dos Estados do passado, que não existiam, por exemplo, nos Estados antigos dos gregos e dos romanos. A primeira característica do Estado Moderno é essa autonomia, essa plena soberania do Estado, a qual não permite que sua autoridade dependa de nenhuma outra autoridade. A segunda é a distinção entre o Estado e a sociedade civil, que vai evidenciar-se no séc. XVII, principalmente na Inglaterra, com a ascensão da burguesia. O Estado se torna uma organização distinta da sociedade civil, embora seja a expressão desta. Uma terceira característica diferencia o Estado em relação àquele da Idade Média. O Estado medieval é propriedade do senhor, é um Estado patrimonial. O senhor é dono do território e de tudo o que nele se encontra (homens e bens). No Estado Moderno, pelo contrário, existe uma identificação absoluta entre o estado e o monarca, o qual

representa a soberania estatal. Mais tarde, em fins de 1600, o rei francês afirmava “L’etat c’est moi”, no sentido de que ele detinha o poder absoluto, mas também de que ele se identificava completamente no Estado (Streck e Morais, 2014).

A respeitar uma maior precisão da história do desenvolvimento humano, como assinalam inúmeros historiadores, o Estado Moderno surge com a Revolução Gloriosa que resultou na criação da Câmara dos Comuns no Parlamento inglês, ou seja, a Câmara dos Deputados que passava a representar o poder do povo, o próprio povo, que estava aliado do Poder. Quando da primeira Constituição inglesa, a Carta de João Sem Terra, este admitiu partilhar o poder, a administração do Estado com os nobres, porque eles exigiram e ameaçavam destituí-lo, mas o povo ficou fora dessa partilha, o que só veio a ser solucionado com a Revolução Gloriosa em 1688 e 1689 que significa a ascensão ao poder da burguesia e do povo. Isto inspirou 100 anos depois a Revolução Francesa.

Daí em diante surge o Estado Moderno, Parlamentarista, onde todos os participantes da sociedade participam de sua administração. Suas principais consequências foram o fim do absolutismo monárquico britânico, o aumento do poder do parlamento, a estabilidade política e econômica e surgimento das condições necessárias para que, mais tarde, ocorresse a Revolução Industrial. A partir de então, os novos monarcas deviam a sua posição ao parlamento, e não podiam mais aumentar os impostos e os gastos da Coroa além dos limites impostos pelos parlamentares. Também não podiam mais expropriar propriedades privadas, coibir a liberdade de expressão, restringir o comércio ou prender opositores de maneira arbitrária e autoritária, diferentemente do modelo absolutista vigente na maioria dos países da Europa. Requisitos estes que são inerentes a um regime dito democrático e daí por diante é que se pode efetivamente estabelecer um marco de surgimento do Estado Democrático de Direito, posteriormente fundamentando as mudanças democráticas na França com a Revolução Francesa, a Espanha e toda a Europa.

Percebe-se que o Estado moderno teve como sua primeira expressão, o Estado absoluto, o qual tinha como figura principal o monarca, de forma que este se confundia com o próprio Estado, em uma identificação absoluta, e onde também imperava a vontade deste. Assim, como lembram os autores, na famosa frase do monarca francês Luís XIV, “L’etat c’est moi” (o estado sou eu), como se pode notar

Com isso, as monarquias absolutistas se apropriaram dos Estados do mesmo modo que o proprietário faz do objeto a sua propriedade, surgindo um poder de imperium como direito absoluto do rei sobre o Estado. Por outro lado, com esta postura, os reis constituíram-se como senhores dos Estados, do mesmo modo que faziam os senhores feudais do medievo, titularizando individualmente a propriedade do Estado (Streck e Moraes, 2014).

Esta passagem para o Estado moderno, tendo como primeira representação o Estado absolutista, se deu pela necessidade de assegurar aquilo que é fundamental à formação do Estado, qual seja, o território.

Contudo, em meados do século XVIII, surgia o movimento filosófico conhecido como iluminismo, que daria subsídio à uma revolução política e jurídica. O iluminismo surgiu como um movimento de ideias inovadoras que pregava o uso da razão humana em contraposição ao pensamento do Estado Absoluto, assim como afirma Costa

O Homem Moderno buscou afastar as explicações de cunho mitológico e religioso para adentrar no mundo racional. O objetivo era, pois, utilizar a razão humana para compreender os fenômenos e romper com a mentalidade ora vigente, ou melhor, opor-se ao *Ancien Régime*. Este se caracterizava, em linha gerais, por ser um sistema de governo em que o governante se investia de poderes absolutos, sem limites, exercendo de fato e de direito os atributos da soberania (Costa 2013)

Foi justamente no pensamento iluminista que a burguesia se baseou para pregar o liberalismo político, econômico e jurídico, assim como afirma Costa (2013). Entretanto impõe-se ressaltar, como dito acima, estes fundamentos surgiram com a Revolução Gloriosa e os Iluministas se apropriaram deles, apenas sistematizando-os por escrito. Os Iluministas bebericaram na fonte inglesa. E só o fizeram 100 anos depois, ou seja, levaram 100 anos para compilar o pensamento de fato implantado no Reino Unido.

A burguesia almejava tomar o poder político, acabar com os privilégios, implantar a livre iniciativa e garantir a igualdade de todos perante a lei. Tais pretensões contaminaram, de uma forma geral, a população que também ansiava por tais mudanças políticas e sociais. Assim, liberdade e igualdade, antes interesses de particulares (iluministas e burgueses), tornaram-se interesses universais.

Assim como explicitado acima, em uma reação lógica, com o triunfo da burguesia houve o surgimento do liberalismo político, no final do século XVIII, Essa foi uma nova fase do Estado moderno, em resposta ao absolutismo, onde a burguesia não detinha o poder político, como se verifica

É exatamente o contratualista Rousseau – já apresentado acima – quem exercerá grande influência nos revolucionários franceses que inauguraram, em 1789, uma nova fase do Estado Moderno. Com efeito, como instituição centralizada, o Estado, em sua primeira versão – absolutista –, foi fundamental para os propósitos da burguesia no nascedouro do capitalismo, quando esta, por razões econômicas, “abriu mão” do poder político, delegando-o ao soberano, concretizando-se *mutatis mutandis*, aquilo que Hobbes sustentou no *Leviatã* (Streck e Morais, 2014).

Contudo, naquele momento, a burguesia se via com a necessidade de adquirir o poder político, até o momento delegado ao soberano, surgindo aí o movimento constitucionalista

[...] virada do século XVIII, entretanto, essa mesma classe não mais se contentava em ter o poder econômico; queria, sim, agora, tomar para si o poder político, até então privilégio da aristocracia, legitimando-a como poder legal racional, sustentado em uma estrutura normativa a partir de uma “Constituição” – no sentido moderno do termo – como expressão jurídica do acordo político fundante do Estado. Aliás, não foi menos que isso – a exigência da convocação de uma assembleia constituinte – que Abade Sieyès e seus companheiros levaram ao Rei Luís XVI um ano antes da Revolução (Streck e Morais, 2014).

Fenômeno esse que surgiu na Inglaterra na derrubada do absolutismo inglês, que foi substituído pela monarquia parlamentar constitucional e o Poder monárquico passou a ser controlado e fiscalizado pelo Parlamento, que obteve superioridade em relação à coroa britânica. Como consequência houve a criação da Declaração de Direitos - Bill of Rights - de 1689, documento elaborado pelo Parlamento Inglês, que estabelecia a superioridade do Parlamento sobre o rei. Além disso, o documento garantiu a propriedade privada, estabeleceu limites para a cobrança de impostos, além dos direitos para os cidadãos. Este é o verdadeiro Contrato Social, vislumbrado por Rousseau, que estabeleceu o Estado Moderno e Democrático de Direito, 100 depois adotado na França inspirado pelos Iluministas.

Foi neste momento que o Estado Liberal Burguês ganhou força e, assim, através de uma constituição, acreditava-se que o contrato social de Rosseau se consolidaria, em um ambiente onde o rei não teria seu poder ilimitado, mas sim freado por uma norma fundamental, como afirma Streck (2014) “[...] a doutrina do contrato social tornou-se um

importante componente teórico para os revolucionários de então. A reivindicação de uma Constituição embasava-se exatamente na tese de que o contrato social encontra sua explicitação na Constituição”.

Desta forma, tem-se o liberalismo como um movimento burguês, o qual buscou ferramentas contra o absolutismo, pautado por uma evolução no direito e no constitucionalismo, em contraponto ao poder arbitrário, bem como no exercício arbitrário do poder legal

[...] pensamos poder situar o liberalismo como uma doutrina que foi se forjando nas marchas e contramarchas contra o absolutismo, onde se situa o crescimento do individualismo que se formula desde os embates pela liberdade de consciência (religiosa). Todavia, isso avança na doutrina dos direitos e do constitucionalismo, este como garantia(s) contra o poder arbitrário, da mesma forma que contra o exercício arbitrário do poder legal (Streck e Moraes, 2014).

O Estado Liberal se caracterizava pela existência de um estado mínimo, o qual se preocupava apenas com a manutenção da paz e da segurança. Contudo, em meados do Século XIX, houve uma modificação do pensamento Liberal onde, diante do Estado de prestações negativas, houve uma transformação para um Estado intervencionista, de prestações positivas. Havia aí o surgimento do Estado social

Na ampliação da atuação positiva do Estado, temos a diminuição no âmbito da atividade livre do indivíduo, ou seja, com o crescimento da intervenção, desaparece o modelo de Estado mínimo e abre-se o debate acerca de até que momento sobrevivem os ideais liberais diante de tal situação, bem como até que ponto não é esta transformação o meio através do qual o próprio liberalismo estabelece as condições suficientes para a sua continuidade, sobretudo observado desde o seu núcleo econômico forjado sob o liberalismo e onde estão presentes os elementos conformadores do capitalismo (Streck e Moraes, 2014).

Percebe-se, no entanto, que há uma discussão sobre o surgimento do Estado Social, no que concerne à transformação do Estado Liberal, ou seja, aquele é apenas uma evolução deste. Contudo, não há como negar que, no fim do Século XIX, as liberdades negativas deram lugar às liberdades positivas, dando forma a um Estado Social, onde as principais reivindicações eram em prol da igualdade

No campo das liberdades, já nas décadas finais do século XIX, um novo componente emerge, a justiça social, e reivindicações igualitárias transformam a sua face, dando

início à construção do que irá se tornar o Estado Social e suas diversas expressões ao longo do século XX e a consolidação das chamadas liberdades do ou da – as liberdades positivas (Streck e Moraes, 2014).

É no campo do constitucionalismo que há o surgimento do conceito de Estado de Direito, que, ao se associar aos ideais Liberais e/ou Sociais fundamenta suas diretrizes em prestações positivas e/ou negativas.

Por sua vez, o Estado Democrático de Direito surge como uma forma de incluir o povo no processo de construção de um ideal de sociedade, não mais tendo apenas o Estado como aquele que decide autoritariamente sobre o que deve ou não ser tido como ideal, transformando a realidade da população, que agora não é só destinatária, mas participante do projeto de Estado

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de desconstrução e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, na qual a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência (Streck e Moraes, 2014).

Desta forma, o Estado Democrático de Direito é uma evolução do Estado Liberal de Direito e do Estado Social de Direito, buscando, de certa forma, aperfeiçoar estes modelos anteriormente adotados

[...] o Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao Welfare state neocapitalista –, impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. Dito de outro modo, o Estado Democrático é mais normativo em relação às formulações anteriores (Streck e Moraes, 2014).

Neste modelo de Estado, o principal objetivo é a busca pela igualdade e a manutenção das relações sociais, sendo que as leis aparecem como instrumento de salvaguarda à sociedade, não se normatizando somente pelo Estado, mas sim para prevalecer o interesse da maioria

Quando assume o feitiço democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta limitação ou a promoção da atuação estatal, mas

referenda a pretensão à transformação do status quo. A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade, não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou à promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais (Streck e Moraes, 2014).

Ultrapassada a breve abordagem histórica a respeito do surgimento do Estado Democrático de Direito, de forma a subsidiar os questionamentos deste trabalho, no que diz respeito ao surgimento de estados anômicos em sobreposição ao Democrático de Direito.

Assim, percebe-se que, nos dias de hoje, há um patente enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, uma vez que as leis, muitas vezes, não mais prevalecem como instrumento normativo limitador, ao passo que com a crise institucional do Estado, os núcleos onde o Estado não é presente, se proliferam dia a dia, levando Streck e Moraes (2014) a um inevitável questionamento: ‘Tencionada por tais “crises”, a instituição estatal se vê diante de um “momento maquiavélico”, impondo-se a seguinte pergunta: para onde vai o Estado? Será que o modelo político-institucional da modernidade – o Estado – caminha para o seu fim?’.

No Brasil, um país densamente normativo, dificilmente seria possível vislumbrar um Estado mínimo. Logo, presencia-se a formação de direitos paralelos àquele estatal que, para Streck e Moraes (2014) seria uma das respostas ao questionamento acima

a resposta acerca do futuro do Estado irá implicar uma revisão do Direito. Este, a partir da ruptura do monismo e do protagonismo exclusivista estatal, passa a apontar para o esfacelamento da regulação jurídica, especialmente em virtude do reconhecimento da (re)emergência de um direito plural que se organiza estruturalmente, bem como de um Direito que se constrói pragmaticamente assentado em bases contratuais – cooperação e coordenação – e negociais – grupos de interesse, participação cidadã etc. –, com um caráter menos prescritivo.

Percebe-se que o autor acredita em uma forma não monista do Estado, dando autonomia para grupos se auto regularem, formando um direito plural.

O Estado Democrático de Direito surgiu como uma solução aos modelos anteriores, dando oportunidade à participação do povo no projeto de construção de uma realidade, na qual o principal objetivo era a construção de uma sociedade mais igualitária. Contudo, diante dos problemas estruturais vivenciados no decorrer do Século XX e nos anos já passados do Século XXI, cresce a cada dia a descrença em soluções para desigualdade, bem como para um sistema normativo mais igualitário, enquanto políticos se perpetuam no poder e através dele há um claro

desinteresse em modificar o *status quo* da população. Esse processo faz com que os instrumentos de democratização da sociedade se tornem inócuos, uma vez que a população deixa de acreditar no Estado, tornando-se inevitável seu enfraquecimento.

Para melhor compreensão acerca da ineficácia do encarceramento, necessário se faz o estudo das funções das penas.

3 DAS FUNÇÕES DA PENA

Assim como mostrado anteriormente, a pena surgiu em um primeiro momento, como uma forma de retribuição a um mal causado pelo delinquente. Esta função da pena surgiu, primeiramente, com o advento das escolas penais, em meados do século XVIII, quando a sociedade se virou contra o autoritarismo do absolutismo até então vigente

As características da legislação criminal na Europa, em meados do século XVIII, justificam uma reação de alguns pensadores, agrupados em torno de um movimento de idéias, que têm como fundamento a razão e a humanidade. O Direito era um instrumento gerador de privilégios, que permitia aos juízes, dentro do mais desmedido arbítrio, julgar os homens de acordo com a condição social. A reforma dessa situação, que não podia mais esperar, iniciou na metade desse mesmo século (Bitencourt, 2008, p. 49).

O pensamento iluminista, do século XVIII, influenciou os principais pensadores do direito penal da época, o qual serviu como base para que estes aplicassem a referida filosofia ao campo das ciências criminais

As correntes iluministas e humanitárias, que atingiram seu apogeu na revolução francesa, cujos principais representantes foram Voltaire, Montesquieu e Rousseau, fazem severas críticas aos excessos imperantes na legislação penal da época, propondo a individualização da pena, à proporcionalidade, além de necessária diminuição da crueldade (Bitencourt, 2008, p. 49).

Pautado na busca pela humanização da pena, Cesare Beccaria pregava a proporcionalidade entre o delito e a pena

Não é somente de interesse comum que não se cometam crimes, mas que sejam mais raros na proporção do mal que fazem à sociedade. Assim, os obstáculos, que separam os homens dos crimes, devem ser mais fortes quando os crimes se mostrem mais

prejudiciais para o bem público e na proporção dos estímulos que, para eles, impedem os homens. Deve existir, por isso, uma proporção entre os crimes e as penas (Beccaria, 2006, p. 87).

Beccaria foi o precursor da Escola Clássica, assim como afirma Bitencourt (2008, p. 49)

[...] embora despreocupado com a originalidade, foi o primeiro a apresentar um delineamento consistente e lógico sobre uma bem elaborada teoria de cunho penológico, *Dos Delitos e das Penas* (1764), constituindo-se no mais autntico precursor da Escola Clássica.

A princípio, a pena, para Beccaria, deveria funcionar como uma forma de manutenção ao contrato social, agindo como um instrumento de coerção que, ao ser transgredido, legitimaria o estado à aplicação de um mal proporcional, assim como consigna Busato (2013, p. 748) “Beccaria é um dos máximos representantes do contratualismo. Já em suas propostas ideológicas sustenta a necessidade de utilidade das penas. Estas deveriam ser necessárias à manutenção do Contrato Social para lograr a felicidade dos homens”, sendo esta coerção classificada como prevenção geral, uma das funções da pena quanto à teoria relativa.

Contudo, através da proporcionalidade, outros representantes da escola clássica desenvolveram a função da pena com um caráter retributivo, função da pena quanto às teorias absolutas

De acordo com esta teoria, a pena desponto como a retribuição estatal justa ao mal injusto provocado pelo condenado, consistente na prática de um crime ou de uma contravenção penal (*punitur quia peccatum est*). Não tem finalidade prática, pois não se preocupa com a readaptação social do infrator da lei penal. Pune-se simplesmente como retribuição à prática do ilícito penal (Masson, 2010, p. 525).

Percebe-se que para esta teoria a sanção não passava de um mal que devia ser aplicado proporcionalmente ao delito cometido, assim como afirma Busato (2013, p. 747;748)

A pena para essa escola, deve ser necessária e limitada pela culpabilidade e considerada como um ideal de justiça. Portanto, a pena não devia ter nenhum fim. A pena ou sanção não tem influência alguma nem em relação ao caráter da estrutura das normas e do sistema jurídico, mas simplesmente faz o papel de um mal ou retribuição.

Neste sentido, a retribuição como função da pena, atua como um instrumento de vingança do Estado contra o criminoso, tendo como finalidade a aplicação de um castigo, o que acarretaria uma justificação moral do condenado e o restabelecimento da ordem jurídica.

A teoria absoluta e a finalidade retributiva da pena teve como principais representantes, Georg Wilhelm Friedrich Hegel e Emmanuel Kant, como afirma Cleber Masson (2010, p. 525) “ a teoria absoluta e a finalidade retributiva da pena ganharam destaque com os estudos de Georg Wilherm Friedrich Hegel e de Emmanuel Kant [...]”.

Olhando sobre outro aspecto da pena, surgiu a Teoria Relativa, a qual traz as finalidades preventivas da pena. Esta teoria defende que a pena teria a função de prevenir a prática de delitos, deixando de lado a ideia de que a pena teria a função de castigar o delinquente, “para essa variante, a finalidade da pena consiste em prevenir, isto é, evitar a pratica de novas infrações penais (punitur ne peccetur), é irrelevante a imposição de castigo ao condenado” (Masson, 2010, p. 526).

Esta teoria subdivide a função preventiva da pena em quatro, quais sejam: preventiva geral, que por sua vez se subdivide em geral negativa e geral positiva; preventiva especial, que também se subdivide em especial negativa e especial positiva.

Quanto à função preventiva geral, esta tem o condão de prevenção no cometimento de delitos, buscando diminuir a violência, em uma tentativa de atacar a psique coletiva, em uma tentativa de coibir a pratica de crimes, assim como afirma Busato (2013, p. 759)

A prevenção geral traduz a ideia de que é necessário prevenir-se da ocorrência de novos delitos que podem brotar de qualquer âmbito da sociedade, ou seja, que não possuem fontes definidas.

Idealizasse o castigo como um exemplo. Como algo voltado a dissuadir pela demonstração de desagrado e pela geração de prejuízo.

A prevenção geral negativa teve como principal defensor Paul Johann Anselm Ritter Feurbach, que afirmava que a pena teria a função de afastar o criminoso da prática de delitos, que a pena deveria agir de forma psíquica para com os delinquentes, vendo na possibilidade de ser castigado, um motivo para não prosseguir na pratica de um delito

A prevenção geral negativa, idealizada por J.P. Anselm Feurbach com arrimo em sua teoria da coação psicológica, tem o propósito de criar no espírito dos potenciais

criminosos um contraestímulo suficientemente forte para afastá-los da prática do crime (Masson, 2010, p. 526).

Já a prevenção geral positiva, tem o objetivo de demonstrar à sociedade que o Direito Penal surte efeitos, buscando, com isso, através da existência de uma norma penal que pune, coibir a prática de crimes

Prevenção geral positiva, de outro lado, consiste em demonstrar e reafirmar a existência, a validade e a eficiência do Direito Penal. Almeja-se demonstrar a vigência da lei penal. O efeito buscado com a pena é romper com a ideia de vigência de uma “lei particular” que permite a prática criminosa, demonstrando que a lei geral - que impede tal prática e a compreende como conduta indesejada – está em vigor (Masson, 2010, p. 527).

Em suma, a prevenção geral, seja ela positiva ou negativa, busca agir no psicológico da sociedade, prevenindo a prática de crimes através de uma coação social, ora mostrando que há um Direito Penal vigente, e que este deve ser seguido para que não haja uma reprovação estatal com a cominação de um castigo, e outrora demonstrando que a prática de um delito acarreta em uma sanção proporcional ao delito praticado, sendo este um mal legítimo ao qual o criminoso teria desconforto em se submeter.

Enquanto que prevenção geral é direcionada ao inconsciente coletivo, a prevenção especial tem como objeto agir na pessoa do delinquente, após a conduta delituosa. A prevenção geral busca fazer com que potenciais criminosos não se tornem criminosos de fato. Já a prevenção especial, busca fazer com que o delinquente não persista na prática de crimes, seja de forma a ressocializá-lo, ou na forma de neutralizá-lo. Essa função tem total ligação com a Escola Positivista do Direito penal, a qual passou a olhar o delito como algo intrínseco do delinquente

O modelo de Direito penal estabelecido sobre as bases do positivismo e que leva à defesa social transita de uma responsabilidade moral a uma responsabilidade social derivada do determinismo e da periculosidade dos sujeitos. Fala-se, então, de atuar diretamente sobre o indivíduo com a finalidade de reabilitá-lo socialmente. Obviamente, esse ponto de partida é revelador de uma postura de estado intervencionista, de cunho social, para muitos, simboliza o resultado da crise do Estado liberal. “O destinatário, pois, da mensagem ‘preventiva’ da pena não é o infrator potencial, a sociedade (prevenção geral), mas o próprio apenado. A finalidade ou objetivo primário é evitar a recaída no delito (reincidência)”. Nesse último sentido, se pode falar de uma finalidade de prevenção da reincidência (Busato, 2010, p. 763;764)

Desta forma, como mencionado anteriormente, a prevenção especial se subdivide em especial positiva e especial negativa. A função da pena enquanto preventiva especial negativa, faz com que ela seja aplicada com o objetivo de neutralização do criminoso, gerando uma sensação de segurança na sociedade, uma vez que o delinquente não estará mais em liberdade e, assim, não terá a possibilidade de reiterar tal prática criminosa

[...] prevenção especial negativa, baseada na ideia de neutralização forçosa dos impulsos criminais de que presumivelmente o autor de delito é portador, mediante a segregação e o afastamento deste do convívio social (não à toa verifica-se um profundo desenvolvimento e vasta aplicação de medidas de segurança de prazo indeterminado nesse período), incapacitando-o para a prática de outros crimes durante a execução da pena (Busato, 2010, p. 764)

Corroborando com a ideia de Busato, de uma forma mais simplória, explica Masson (2010, p. 527), “para a prevenção especial negativa, o importante é intimidar o condenado para que ele não torne a ofender a lei penal. Busca, portanto, evitar a reincidência”.

Percebe-se que, para Masson, a pena teria a função de agir psicologicamente no condenado, sendo que este, enquanto condenado, não teria o desejo de voltar a cometer outro delito, pois estaria sujeito, novamente, àquela sanção a ele aplicada.

Por outro lado, a função preventiva especial positiva da pena, tem como objetivo a ressocialização do condenado, colocando-o em um sistema de punição ao qual esteja prevista a reeducação do mesmo, buscando afastar o ímpeto do criminoso para com o crime, sendo o discurso da ressocialização, o mais alegado na política prisional, tendo como legitimador a aplicação da pena privativa de liberdade

[...] a prevenção especial positiva preocupa-se com a ressocialização do condenado, para que no futuro possa ele, com o integral cumprimento da pena, ou, se presentes os requisitos legais, com a obtenção do livramento condicional, retornar ao convívio social preparado para respeitar as regras a todos impostas pelo Direito. A pena é legítima somente quando é capaz de promover a ressocialização do criminoso (Masson, 2010, p. 527).

Neste sentido, Busato explica que a função preventiva especial positiva parte do princípio que o delinquente é portador de um mal que deve ser curado, e a pena aparece com o intuito de curar este delinquente

[...] prevenção especial positiva, voltada à face corretiva. Parte-se da consideração que o autor de um delito é portador de um desvio social que demanda uma correção. Daí que o discurso da pena se converte na falácia de “corrigir” ou “curar” o criminoso, tarefa já não exclusiva dos juízes, mas distribuída entre sociólogos, psicólogos, psiquiatras e outros funcionários do sistema penal, todos encarregados da realização de um espécie de ortopedia penal. A correção que compete à pena como função está relacionada às diferentes características pessoais dos sujeitos, haverá a possibilidade, então, de vários modos de agir.

Por último, tem-se a teoria mista ou unificadora, que consiste em uma junção de todas as teorias anteriores em uma só. Essa teoria afirma que a pena não tem uma só função, mas várias funções, sejam elas retributivas ou preventivas. Segundo Busato (2010, p. 770), “seu mérito consistiu em buscar conciliar exigências retributivas e preventivas, assentando a importância de cada uma em determinados momentos”. Vale ressaltar que o Direito brasileiro adota essa como sendo a fundamentadora da aplicação da pena, assim como afirma Masson

Foi a teoria acolhida pelo art. 59, caput, do código penal, quando dispõe que a pena será estabelecida pelo juiz “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. É também chamada de teoria eclética, intermediária, conciliatória ou unitária (2010, p. 528).

Tendo sido abordadas todas as funções das penas e suas teorias, bem como os aspectos a elas inerentes, necessário se faz a colocação da ótica crítica da aplicação das referidas teorias frente ao enfraquecimento do Estado Democrático de Direito.

3.1 CRÍTICA ÀS FUNÇÕES DA PENA

Considerando que o direito brasileiro adota a teoria unificadora ou mista, e que esta é a junção de todas as outras teorias das funções da pena, é importante, para um melhor entendimento, seja explanado os defeitos de cada uma delas.

Primeiramente, quanto à teoria absoluta, em sua função retributiva, a crítica está ligada à legitimidade do Estado para aplicar um mal a um criminoso. Hoje, diante de um sistema penitenciário extremamente desumano, seja qual for a pena aplicada, este mal-legítimo estaria em patente desproporção com o delito cometido, pois diante de um sistema que insiste em violar os direitos humanos, o Estado perderia a legitimidade para aplicar uma sanção.

Ademais, a retribuição, em caráter de vingança, torna o Estado imoral, pois no viés sociológico não teria sentido legitimar o Estado a aplicar um mal e, assim, cumular um mal ao outro já passado

Recentemente se sustentou que “a ideia de somar um mal a outro não tem só caráter medieval senão também – e quiçá – metafísico”. Afirmar-se, nesse sentido, que “a mera valoração de delitos cometidos no passado não tem sentido (inclusive quando por pena se possa entender a produção de um mal agregado a outro como reparação àquele)” (Busato, 2010, p. 756).

Em seguida tem-se a prevenção geral negativa, que por sua vez busca afastar o potencial criminoso da prática de delitos, de forma que a existência de uma pena cominada a um delito gere, no inconsciente coletivo, a repulsa pela prática delitiva. Contudo, o que se percebe nos dias de hoje é que esta função já não mais surte efeitos diante de diversos instrumentos despenalizantes, tais como o perdão judicial ou a transação penal ou, até mesmo a ineficácia do estado em condenar. E assim a lei penal não tem coibido a prática do delito.

Quanto à função preventiva geral positiva, tem-se que o direito penal, enquanto instrumento sancionador, deveria ter o papel de mostrar à sociedade que o Estado está funcionando, gerando assim a confiança de que se uma norma for transgredida, o Estado com certeza irá agir. Porém o que se constata ultimamente é que, diante do enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, cada vez menos o Estado tem conseguido atingir o seu fim de sancionar, juntamente com o atual caos penitenciário.

No que concerne às funções preventivas especiais, quanto à negativa, que seria a busca pela neutralização do delinquente e assim bloqueando-o da prática delitiva, pelo menos enquanto cumprindo pena, percebe-se que, diante do sistema penitenciário atual, a prática delitiva não é neutralizada enquanto encarcerado, pois hoje, com o crime organizado no interior das penitenciárias, os delitos continuam a ser cometidos, mesmo dentro da prisão.

Por fim, a respeito da função preventiva especial positiva, que tem o caráter de ressocializar o condenado, com o intuito de evitar a reincidência, constata-se que não existe ressocialização em um sistema que exclui. Neste sentido, não há como ensinar um criminoso a viver em sociedade, privando-o de liberdade. Ademais não existe no sistema penitenciário brasileiro um modelo que devolva o condenado à sociedade, em condições dignas e reeducado

E, como tem se sustentado atualmente, antes de ser socializadora, a execução da pena de prisão deve ser não dessocializadora. Isto, num duplo sentido: por um lado, não se deve amputar o recluso dos direitos que a sua qualidade de cidadão lhe assegura; por outro lado, deve-se reduzir ao mínimo a marginalização de fato que a reclusão implica e os efeitos criminógenos que lhe são associados. Só a incorporação da não dessocialização no conceito de socialização permitirá cumprir a Constituição e dissolver o paradoxo de se pretender preparar a reinserção social em um contexto, por definição, antissocial (Masson, 2010, p. 527).

Neste contexto, vale ressaltar que as funções da pena mostram apenas diferentes perspectivas a respeito dos efeitos que a norma e sua aplicação podem gerar, seja na sociedade ou no delinquente, pois os resultados do sistema adotado irão depender substancialmente de como o indivíduo irá absorver a medida aplicada a ele.

Importante à esta pesquisa é que, ainda que surtidos, no indivíduo, os melhores efeitos da pena privativa de liberdade, de nada adianta um sistema penitenciário funcionando, se o ambiente exterior à ele não recebe bem um condenado, fazendo com que ele retorne para aquele mesmo ambiente que o excluiu, e levá-lo a cometer o crime que o colocara na prisão, e agora ainda mais estigmatizado, deixando-o, muitas vezes, sem outra opção que não reincidir.

4 DAS TEORIAS DA ANOMIA

A teoria da anomia teve como precursor o renomado sociólogo Emile Durkheim, que inaugurou uma nova fase pós-positivismo. A teoria da anomia de Durkheim teve como objetivo quebrar a ideia de que o desvio é proveniente de fatores bioantropológicos e naturais, nem em situação patológica da estrutura social, assim como afirma Baratta (1999, p. 59), “as causas do desvio não devem ser pesquisadas nem em fatores bioantropológicos e naturais (clima, raça), nem em uma situação de estrutura social”. Neste sentido, Durkheim defendia a ideia de que o desvio é um fenômeno normal da estrutura social, sendo que só se tornaria negativo quando ultrapassado determinados limites, conforme relata Baratta

Somente quando são ultrapassados determinados limites, o fenômeno do desvio é negativo para a existência e o desenvolvimento da estrutura social, seguindo-se um estado de desorganização, no qual todo o sistema de regras de conduta perde valor, enquanto um novo sistema ainda não se afirmou (esta é a situação de “anomia”). Ao

contrário, dentro de seus limites funcionais, o comportamento desviante é um fator necessário e útil para o equilíbrio da estrutura social (1999, p. 59;60)

Desta forma, o estado de anomia, para Durkheim, aparece quando o crime enquanto parte da estrutura social, ultrapassa certos limites, transformando em um estado de caos, onde as regras de convivência perdem o sentido. Seria assim, um Estado de transição a um novo sistema, o qual abole o anterior e enquanto este novo não se consolida, ficaria em estado de anomia.

Durkheim deixou de lado a teoria da escola positiva de que o delinquente era um ser doente e antissocial, o sociólogo trouxe a ideia de que o crime é funcional, e que o delinquente é um agente regulador da vida social, o que fundamentava sua teoria da anomia, uma vez que o crime sendo funcional, só existiria estado de anomia quando este ultrapassa a linha do funcionalismo

Durkheim não via mais o delinquente como “ser radicalmente antissocial, como uma espécie de elemento parasitário, de corpo estranho e inassimilável, introduzido no seio da sociedade”. Esta visão geral funcionalista do delito é acompanhada, em Durkheim, por uma teoria dos fatores sociais da anomia (Baratta, 1999, p. 61).

Após Emile Durkheim, Robert K. Merton busca desenvolver a teoria da estrutura social e da anomia, com alguns aspectos que o diferencia de seu precursor. A princípio, Merton busca entender como certas estruturas sociais exercem pressão sobre as pessoas de forma com que estas não seguem tendências conformistas, levando-se a delinquir para que possam atingir certos objetivos culturais

[...] como e que algumas estruturas sociais exercem uma pressão definida sobre certas pessoas da sociedade, para que sigam conduta não conformista, ao invés de trilharem o caminho conformista. Se pudermos localizar grupos peculiarmente sujeitos a tais pressões, deveremos esperar encontrar proporções moderadamente elevadas de comportamento desviado em tais grupos, não porque os seres humanos, neles compreendidos, sejam compostos de tendências biológicas diferentes, mas porque eles estão reagindo normalmente à situação social na qual se encontram (Merton, 1969, p. 204).

Adiante Merton explica que a estrutura social se subdivide em dois elementos de suma importância para sua teoria, quais sejam, os objetivos culturais e os meios institucionais.

Os objetivos culturais são aqueles interesses e propósitos comuns aos integrantes da estrutura social, sendo tido como um modelo a ser seguido pelos integrantes da sociedade

[...] consiste em objetivos culturalmente definidos, de propósitos e interesses, mantidos como objetivos legítimos para todos, ou para membros diversamente localizados da sociedade. Os objetivos são mais ou menos integrados - o grau de integração é uma questão de fato empírico - e aproximadamente ordenados em alguma hierarquia de valores. Envolvendo vários graus de sentimento e de significação, os objetivos predominantes compreendem uma armação de referência aspiracional (Merton, 1969, p. 205).

Constata-se que os objetivos culturais são aqueles os quais uma sociedade, levando em consideração sua cultura, elege como sendo um ideal a ser atingido por todos os indivíduos de um mesmo grupo, coisas como aquisição de bens e riquezas, a depender das experiências prévias daquela estrutura social.

Já os meios institucionais, são aqueles legítimos à concessão dos objetivos culturais. Em outras palavras, através dos meios institucionais o indivíduo poderia se mover dentro da estrutura social sem necessidade de delinquir

Um segundo elemento da estrutura cultural define, regula e controla os modos aceitáveis de alcançar esses objetivos. Cada grupo social, invariavelmente, liga seus objetivos culturais a regulamentos, enraizados nos costumes ou nas instituições, de procedimentos permissíveis para a procura de tais objetivos. Estas normas reguladoras não são necessariamente idênticas às normas técnicas ou de eficiência. Muitos procedimentos que do ponto de vista de indivíduos isolados seriam os mais eficientes na obtenção dos valores desejados – o exercício da força, da fraude, do poder – estão excluídos da área institucional da conduta permitida (Merton, 1969, p. 205).

Assim como afirma o autor, dentro da estrutura social, deve-se observar as normas institucionalizadas para a obtenção dos objetivos culturais. Percebe-se que, muitas vezes, do ponto de vista individual, vão aparecer meios mais eficientes para se atingir aquele objetivo cultural, no entanto estes meios estão excluídos, extrapolam os limites do que é permitido na área institucional. Contudo, estes limites devem ser respeitados, conforme Merton (1969, p. 205), “Em todos os casos, a escolha dos expedientes para se esforçar na obtenção dos objetivos culturais é limitada pelas normas institucionalizadas”.

Fundamental para a manutenção da estrutura social é o equilíbrio entre esses dois elementos, quais sejam, os meios institucionalizados e os objetivos culturais, sendo que é

essencial que exista a sensação de satisfação na utilização destes elementos pelos indivíduos integrantes daquele grupo, de forma que haja o interesse na manutenção do sistema

Um equilíbrio efetivo entre essas duas fases da estrutura social é mantido enquanto as satisfações proporcionadas aos indivíduos se ajustam as duas pressões culturais, por exemplo, satisfações provenientes da realização dos objetivos e satisfação diretamente emergentes das formas de esforço para atingi-los, institucionalmente canalizados. E estimado em termos do produto e em termos do processo, em termos do resultado e em termos das atividades. Assim devem derivar satisfações contínuas, da preocupação se transferir exclusivamente para o resultado da competição eclipsar os competidores, se a própria ordem deve ser sustentada (Merton, 1969, p. 206).

Dessa forma, se o enfoque da competição em atingir os objetivos culturais se voltar apenas para o resultado, deixando de lado o processo, os competidores podem querer alterar as regras do jogo, ou seja, deixarem de lado os meios institucionalizados e lançarem mão de meios não institucionalizados, o que seria um comportamento desviante, tornando este indivíduo um delinquente, o que, na concepção de Merton seria o indivíduo “aberrante”

Na verdade, minha hipótese central é que o comportamento aberrante pode ser considerado sociologicamente como um sintoma de dissociação entre as aspirações culturalmente prescritas e as vias socialmente estruturadas para realizar essas aspirações (Merton, 1969, p. 207).

Ao passo que há uma discrepância entre as crenças individuais mais fortemente voltadas para os objetivos culturais, e menos intensas aos meios institucionalizados, eis que as emoções podem gerar uma transgressão aos meios institucionais para que se atinjam os objetivos culturais com mais facilidade. Para Merton, esse seria o estado de anomia, assim como afirma o autor, em menção à Durkheim (1969, p. 207), “A medida que se desenvolve este processo de amaciamento das normas, a sociedade torna-se instável e aparece o que Durkheim denominava “anomia” (ou ausência de normas)”.

No entanto, apesar de se basear na teoria da anomia de Durkheim, Merton vai mais a fundo na referida teoria, fazendo com que seu estudo se diferencie em alguns aspectos do de Durkheim.

Merton usa a sociedade Americana como parâmetro para ilustrar o desconforto social, perante a impossibilidade de se alcançar os objetivos culturais do “sonho americano”

Neste fluxo de padrões em mudança, não há ponto de descanso estável, ou, em outras palavras, é o ponto que se mantém sempre 'um pouco adiante'. O observador de uma comunidade na qual não são incomuns os salários anuais representados por seis algarismos (isto é, de 100.000 dólares para cima) relata as palavras angustiadas de uma vítima do Sonho Americano: "Nesta cidade, sou socialmente menosprezado, porque ganho apenas mil dólares por semana. Isto dói" (Merton, 1969, p. 209).

No trecho, o autor faz menção à forma como a sociedade está em constante mudança, sendo que aqueles que encontram-se em determinada casta, estão sempre em busca de algo que, teoricamente, está à frente, levando a uma sensação de insaciedade, o que justifica o indivíduo inovador estar presente em todas as classes sociais

A família, a escola e o local de trabalho - principais organismos que modelam a estrutura da personalidade e a formação dos objetivos dos norte-americanos - unem-se a fim de impor a intensiva disciplina necessária para que um indivíduo conserve intacta uma meta que esta, cada vez mais, fora do seu alcance e que obrigue a motivar seu comportamento pela promessa de uma recompensa que não se cumpre (Merton, 1969, p. 209).

Percebe-se que o discurso do autor refere-se a um ambiente que é traçado para conservar a crença nos objetivos culturais. Porém, com metas cada vez mais difíceis de serem alcançadas, o que gera insatisfação social.

Para Merton, a cultura busca impor aos indivíduos da sociedade que o sucesso deve ser alcançado, sendo este a obtenção dos objetivos culturais

Assim a cultura impõe a aceitação de três axiomas culturais. Primeiro, todos devem esforçar-se para atingir os mesmos elevados objetivos, já que estão a disposição de todos; segundo, o aparente fracasso momentâneo é apenas uma estação no caminho do sucesso final; e terceiro, o fracasso genuíno consiste apenas na diminuição ou retirada da ambição (Merton, 1969, p. 209).

O Autor faz uma comparação dos axiomas culturais elucidando o que estes representam para a sociologia

Na paráfrase sociológica, estes axiomas representam primeiro o desvio da crítica da estrutura social para a crítica do próprio indivíduo, colocado entre aqueles situados de tal forma na sociedade, que não têm total e igual acesso à oportunidade; segundo, a preservação de uma estrutura do poder social, pela identificação dos Indivíduos dos

estratos sociais inferiores, não com seus pares, mas com aqueles que estão no alto (a quem eles finalmente se juntarão); e terceiro, a atuação de pressões favoráveis à conformidade com os ditames culturais de ambição irreprimível, mediante a ameaça, para aqueles que não se acomodam aos referidos ditames, de não serem considerados plenamente pertencentes a sociedade (Merton, 1969, p. 2012).

Segundo o autor, os axiomas culturais, no viés sociológico, se desvia da estrutura social para a crítica do próprio indivíduo, que é colocado de tal forma na sociedade que não têm igual acesso à oportunidade. Isso gera a preservação da estrutura do poder social, fazendo com que seja praticamente impossível a modificação do *status quo*.

Ainda usando como parâmetro a cultura norte-americana, o Autor atribui a estes processos o motivo pelo qual é basicamente a riqueza o símbolo do sucesso, não tendo uma correspondente ênfase sobre os meios legítimos para se atingir os referidos objetivos, o que leva o Autor a inevitáveis questionamentos sobre a perspectiva de como a sociedade reage frente a estes fenômenos

É nestes termos e através de tais processos que a cultura norte-americana contemporânea continua a ser caracterizada por uma pesada ênfase sobre a riqueza como símbolo básico do sucesso, sem uma ênfase correspondente sobre as legítimas vias nas quais se devem marchar em direção a este objetivo. Como reagem os indivíduos que vivem nesse contexto cultural? E como as nossas observações se refletem na doutrina de que o comportamento transviado deriva tipicamente dos impulsos biológicos que irrompem através das restrições impostas pela cultura? Em poucas palavras, quais são as consequências do comportamento das pessoas situadas em várias posições na estrutura social de uma cultura, na qual a ênfase sobre os objetivos do sucesso dominante afastou-se cada vez mais de uma ênfase equivalente sobre os processos institucionalizados para a obtenção desses objetivos? (Merton, 1969, p. 212).

Para responder a estes questionamentos o autor criou uma espécie de classificação para cada tipo de reação individual às diferenças sociais que, para o Autor é chamado de “adaptação individual”.

Segundo Merton, existem cinco tipos de adaptação individual, sendo elas: Conformidade, Inovação, Ritualismo, Retraimento e Rebelião. Porém, para esta pesquisa, ficará adstrita ao indivíduo Inovador, que seria, como dito anteriormente, aquele que adere aos objetivos culturais, contudo não acredita nos meios institucionalizados.

A grande ênfase cultural sobre a meta de êxito estimula este modo de adaptação através de meios institucionalmente proibidos, mas frequentemente eficientes, de atingir pelo menos o simulacro do sucesso a riqueza e o poder. Esta reação ocorre quando o indivíduo assimilou a ênfase cultural sobre o alvo a alcançar sem ao mesmo tempo absorver igualmente as normas institucionais que governam os meios e processos para o seu atingimento. (Merton, 1969, p. 214).

Merton alega que, apesar da existência do comportamento desviante nas altas classes, denominados por Sutherland de “*crimes do colarinho branco*”, o indivíduo inovador, mais frequentemente, aparece nas classes sociais mais desabonadas

[...] quaisquer que sejam as proporções diferenciais do comportamento desviado nos diversos estratos sociais, e sabemos por muitas fontes que as estatísticas oficiais a respeito dos crimes mostram uniformemente proporções maiores nos estratos inferiores, e que elas não são dignas de confiança, resulta da nossa análise que as maiores pressões para o comportamento transviado são exercidas sobre as camadas inferiores. Casos que podemos apontar nos permitem descobrir os mecanismos sociológicos responsáveis por essas pressões. Diversas pesquisas têm mostrado que as áreas especializadas de vícios e crimes constituem uma reação “normal” contra uma situação em que a ênfase cultural sobre o sucesso pecuniário tem sido assimilada, mas onde há pouco acesso aos meios convencionais e legítimos para que uma pessoa seja bem sucedida na (Merton, 1969, p. 218).

Assim, percebe-se que, para o Autor, um dos motivos do comportamento desviante é que a ênfase social é voltada para a obtenção dos objetivos culturais, e não da mesma forma se volta à utilização dos meios institucionais, gerando um desequilíbrio entre eles, com uma pressão, muitas vezes, não suportada pelas camadas inferiores.

Merton acrescenta ainda que, para os trabalhadores de camadas mais baixas, a possibilidade de competir com indivíduos das camadas superiores é ínfima, uma vez que não há oportunidades suficientes de utilização dos meios institucionalizados, fazendo assim com que o mundo do crime se mostre muito mais atraente e eficaz no caminho para a obtenção dos objetivos culturais

A situação social do trabalhador manual (não especializado) e o consequente baixo rendimento não o habilitam a competir dentro dos padrões consagrados de honestidade, com as oportunidades de poder e de alto rendimento oferecidos pelos sindicatos do vício da chantagem do crime (Merton, 1969, p. 218).

Esse desequilíbrio e a falta de interesse público em capacitar as classes inferiores para que tenham acesso aos meios institucionalizados, que levariam os indivíduos a atingir os objetivos culturais de forma lícita, acabam por não deixar outra alternativa, senão o comportamento desviante

Para as finalidades deste trabalho, essas situações exibem duas características salientes. Primeiro, os incentivos para o êxito são inculcadas pelas normas estabelecidas da cultura e em segundo lugar, as vias disponíveis para o acesso a este objetivo são tão limitadas pela estrutura de classe, que não resta outra saída senão apelar para os desvios de comportamento (Merton, 1969, p. 218).

Assim, percebe-se que o comportamento desviante das classes inferiores é proveniente de uma falta de interesse público, que não gera políticas sociais eficazes para que, de forma lícita, estes indivíduos obtenham os objetivos culturais, ou, no mínimo, tenham oportunidades de acesso aos meios institucionalizados, para que gere, pelo menos, uma sensação de satisfação social.

Este ciclo faz com que os indivíduos, de forma reiterada, busquem meios não institucionais para a obtenção dos objetivos culturais, o que, muitas vezes, os levam ao encarceramento e, quando retornam à sociedade, entram, de novo, nesta mesma realidade que o fez desviante.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que a ineficácia do encarceramento está ligada a diversos fatores abordados anteriormente. Ao se estudar o panorama histórico do surgimento do Estado Democrático de Direito e sua atual situação, constata-se que a ideologia de um Estado em si Democrático parece ter se perdido com o tempo, devido às novas demandas sociais, quanto aos modernos meios de comunicação e a aceleração das relações entre os integrantes de um mesmo grupo, gerando uma inevitável e evidente descrença por parte da sociedade, o que ocasiona um quadro instável e deslegitimador do próprio Estado. Isso se comprova em artigo publicado pela BBC/Brasil, o qual relata que apenas 13% dos brasileiros afirmam estar satisfeitos com a Democracia

Uma pesquisa realizada em dezoito países da América Latina revelou que os brasileiros são os mais insatisfeitos com a democracia. Somente 13% dos brasileiros responderam estar "muito satisfeitos" e "satisfeitos" com ela, segundo o levantamento da Latinobarómetro (Carmo, 2017).

O motivo de tamanha incredulidade do brasileiro com a Democracia se dá pela constatação dos altos índices de corrupção no país, levando a população a questionar as Instituições partes do Estado

[...] o alto índice de desconfiança dos brasileiros tem motivos. "Esta desconfiança entre as pessoas é resultado dos casos de corrupção. A corrupção é o tema principal em um pacote que envolve a situação social, a relação entre as pessoas e a desconfiança com a classe política como um todo", especula(Carmo, 2017).

Esse e outros fatores contribuem ainda mais para o fortalecimento de núcleos anômicos dentro da sociedade, pois leva o indivíduo a não acreditar nos meios institucionais e, assim, buscar no comportamento desviante uma oportunidade para atingir os objetivos culturais.

Importante ressaltar que Merton, ao utilizar-se da sociedade norte-americana como parâmetro ilustrativo da teoria da anomia, não afasta a aplicação desta na sociedade brasileira, uma vez que há grande proximidade nos objetivos culturais enraizados por ambos países, qual seja, a acumulação de riqueza como sinônimo de sucesso.

Por sua vez as funções da pena adotadas pelo sistema punitivo brasileiro não atingem, em si, seus objetivos, como é possível constatar no minucioso estudo das teorias. Assim, não são poucas as doutrinas que pregam o abandono da pena, como afirma Busato

As críticas estiveram presentes questionando os fracassos empíricos da intimidação e da ressocialização e, no plano material, a utilização do homem como objeto. Porém, "nada mudou desde que se sentaram as bases teóricas das três concepções". O debate produzido no século XIX, entre as Teorias Absolutas (retributivas) e as Teorias Relativas (Prevenção Geral e Prevenção Especial), se caracterizava por outorgar prevalência a uma sobre a outra. Nos últimos anos, o debate não faz mais do que se orientar e oferecer uma síntese de ambas as posturas ou, quando muito, oferecer uma nova dimensão à prevenção geral ou, ainda, propor o completo abandono da pena (2013, p. 749).

Contudo, apesar de um sistema penitenciário falido, a responsabilidade pela ineficácia do encarceramento está ligada, não só às condições degradantes das penitenciárias, mas,

também, ao pós-pena, quando o indivíduo ao retornar para a sociedade, se depara com o mesmo modelo daquela que o levou ao comportamento desviante.

Não há como afastar a certeza da necessidade de mudança por parte do sistema penitenciário, de forma que possa tornar as funções, pelas quais são aplicadas as penas privativas de liberdade, no mínimo, eficientes, contudo, após o desenvolvimento deste estudo, conclui-se que o problema está ligado de forma mais evidente à reintegração do indivíduo desviante ao meio social, devendo as políticas públicas se atentarem, e assim buscarem uma solução ao pós-pena, à reintegração de fato do indivíduo à sociedade, criando artifícios para que não seja necessário a reincidência para obtenção da riqueza, tida como sucesso e o principal objetivo cultural.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**, 6ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2017.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**, ed. única. São Paulo: Editora CD. 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral**, 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal**, parte geral, São Paulo: Atlas, 2013.

CARMO, Maria. **Brasileiros são os que menos confiam em democracia na América Latina, diz pesquisa**. BBC Brasil, Buenos Aires: 27 out. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41780226>>. Acesso em: 25 de ago. 2018.

COSTA, Carlos Eduardo de Carvalho. **Direito Natural e Iluminismo: influência na formação do raciocínio jurídico moderno**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 30 jul. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=46343_Carlos_Costa&ver=1607>. Acesso em: 19 ago. 2018.

MASSON, Cleber. **direito penal esquematizado**, parte geral, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

MERTON, Robert king. **Sociologia, teoria e estrutura**, Ed ampliada. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

STRECK, Lenio Luiz, e MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**, 8. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014.