

Universidade Estadual de Montes Claros – Unimontes
Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social – PPGDS
Ana Paula Fernandes Teixeira

**Direito penal, reprodução das relações capitalistas e criminalização dos marginalizados
no Brasil**

Montes Claros/MG
Março/2018

Ana Paula Fernandes Teixeira

**Direito penal, reprodução das relações capitalistas e criminalização dos marginalizados
no Brasil**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social da Universidade Estadual de Montes Claros – Unimontes, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Desenvolvimento Social.

Orientador: Prof. Dr. Elton Dias Xavier.

Montes Claros/MG
Março/2018

Dedico este trabalho a meus alunos, na esperança de que nunca se esqueçam de olhar para o outro e de que desejem, como eu, um mundo menos desigual.

T266d Teixeira, Ana Paula Fernandes.
Direito penal, reprodução das relações capitalistas e criminalização dos marginalizados no Brasil [manuscrito] / Ana Paula Fernandes Teixeira. – Montes Claros, 2018.
103 f. : il.

Bibliografia: f. 99-102.
Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Montes Claros - Unimontes, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social/PPGDS, 2018.

Orientador: Prof. Dr. Elton Dias Xavier.

1. Direito penal. 2. Sistema penal. 3. Capitalismo. 4. Classes sociais. 5. Criminalização dos marginalizados. I. Xavier, Elton Dias. II. Universidade Estadual de Montes Claros. III. Título.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, especialmente, a Professora Maria da Luz, pela gentileza e educação com as quais sempre fui tratada e ao Professor Elton, que tem me acompanhado nessa jornada de profundo amadurecimento profissional, que começou lá na graduação, quando ele se mostrou como um dos poucos que se mostrava preocupado com as relações do direito com as teorias sociais e com a necessidade de se pensar em novas formas de se estudar as ciências jurídicas.

Agradeço ao Professor Gilmar, de quem fui aluna durante o curso de mestrado, especialmente por ter me apresentado, academicamente, à teoria marxista e por ter ensinado como se pode conviver com as angústias e contradições de estudar o marxismo nos dias de hoje, ao Professor Alysson pelas pertinentes ponderações feitas durante a banca de qualificação do trabalho e, de forma muito carinhosa, as servidoras administrativas do PPGDS.

Agradeço a Cynara Silde, pelas palavras de apoio, pelos textos e incentivos, por confiar no meu trabalho e me oferecer a primeira oportunidade profissional na academia. Agradeço, carinhosamente, a Vânia Torres, pelo extremo respeito com que me conduziu pelos caminhos da pesquisa, pela convivência e ensinamentos diários.

A minha querida mãe, amiga e pesquisadora, agradeço pelas lições que me marcaram a alma. Agradeço por me ensinar o que é a pesquisa, a sala de aula, mas, sobretudo, por me ensinar o que é o amor, a família, o bem-querer pelo outro e a coragem que vem das pessoas de Deus. Ao meu amado pai, agradeço pelo exemplo de honestidade, de responsabilidade, de respeito pelo outro, de respeito com sua profissão, com as ciências exatas e também com a sala de aula. Seu compromisso com a nossa família me faz ter segurança para seguir pelos caminhos dessa vida.

A meu extraordinário Emílio, pela sua paixão pelo direito, pelo trabalho e pelas causas dos outros. Sua paixão pelo conhecimento, com certeza, me faz ver a travessia da vida de outra forma. Obrigada pelos elogios diários, pelos debates acalorados que travamos, pelas discordâncias teóricas, pelas concordâncias teóricas, por se empolgar junto comigo com os novos livros e autores que conhecemos, pelas leituras sempre atenta e interessada dos meus textos. Obrigada por viver essa aventura acadêmica comigo.

Aos meus queridos irmãos Nana e João, alegrias da minha vida, agradeço pela cumplicidade, pelos silêncios necessários, por me animarem quando eu precisava, por tornarem minha vida mais leve. Nana, aprendo diariamente com sua coragem e determinação ao enfrentar o mundo. João, fico encantada e cheia de orgulho de ver a forma com que você enfrenta os desafios da vida, sua seriedade e seu respeito pela vida do outro.

Agradeço a amiga Railma, pelo carinho de mãe, pela amizade e pelos olhares sempre certos lançados pelos caminhos da pesquisa. Agradeço a colega LÍlian Maria e a colega Andressa, pelos incentivos e carinho durante o processo seletivo.

As colegas e amigas do Núcleo de Orientação de Monografia Jurídica das FIPMoc, agradeço pelos exemplos diários de seriedade com a pesquisa e, principalmente, por me deixar dividir com vocês as angústias da pesquisa, sempre me lançando um olhar de incentivo e compreensão. Obrigada minhas queridas. E, ao amigo Leandro, ficou até difícil agradecer, pois foram tantas as contribuições. Mas, para além dos livros, das aulas, das conversas, das sugestões e do incentivo, agradeço, imensamente, pelo seu respeito e carinho comigo.

Vocês foram essenciais nessa travessia. Muito obrigada.

RESUMO

O direito penal, a partir de uma concepção puramente jurídica, é frequentemente apresentado como uma exposição sistemática de normas que regulam os conceitos de crime e pena, sendo que sua finalidade declarada é a proteção de bens jurídicos. Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo analisar o direito penal contemporâneo, para além do positivismo jurídico, e revelar a base material do sistema punitivo no cenário das relações sociais capitalistas brasileiras. Isso, a fim de demonstrar incoerências e contradições do direito penal e sua convergência com as relações materiais de produção, em uma tentativa de desnudar as dinâmicas do sistema penal brasileiro. Para tanto, no plano metodológico, utiliza-se de revisão bibliográfica, a fim de desenvolver uma crítica do direito penal, a partir da teoria marxista. Como resultados, compreende-se a noção da propriedade privada como o bem jurídico mais relevante da sociedade capitalista, sendo que o direito penal se impõe para sua proteção. Ademais, edifica-se a ideia de que o direito penal reproduz a estrutura de classes da sociedade contemporânea, ao mesmo tempo em que serve como instrumento para a repressão das classes sociais exploradas, sendo que o sistema penal brasileiro tende a incriminar condutas concentradas na área da criminalidade patrimonial comum, a exemplo dos crimes de furto e roubo, praticados por jovens de baixa escolaridade. Por outro lado, apesar de formalmente prevista na legislação penal, a criminalidade econômica e política, que tem um potencial lesivo maior do que o da criminalidade patrimonial, é pouco criminalizada na prática. Conclui-se que o direito penal vem intermediando os conflitos entre classes no Brasil, de forma contrária ao que é proclamado pelo discurso da proteção do bem comum, isso porque o sistema penal brasileiro se ocupa, de maneira significativa, da criminalização dos marginalizados. Portanto, compreende-se o direito penal, numa concepção marxista, como instrumento que contribui para a perpetuação da estrutura social das classes dominantes no Brasil. Esta é a análise do cenário que, no plano penal, garante os interesses e as condições necessárias à existência e à reprodução do capitalismo no país.

Palavras-chave: Direito penal. Sistema penal. Capitalismo. Classes sociais. Criminalização dos marginalizados.

ABSTRACT

Criminal law, based on a purely legal concept, is often presented as a systematic exposition of norms that regulate the concepts of crime and punishment, and its declared purpose is the protection of juridical goods. In this context, the research aims to analyze contemporary criminal law, beyond legal positivism, and reveal its material basis in the scenario of Brazilian capitalist social relations. This, in order to demonstrate inconsistencies and contradictions of criminal law and its convergence with material relations of production, stripping the dynamics of the Brazilian penal system. For this, in the methodological plane, it is used a literature review, in order to develop a critique of the criminal law with the Marxist theory. As results, the notion of private property is understood as the most relevant legal good of capitalist society, and criminal law is imposed for its protection. In addition, the idea is built that criminal law reproduces the class structure of contemporary society, at the same time as it serves as an instrument for the repression of exploited social classes, and the Brazilian penal system tends to incriminate conduct concentrated in the area of common criminality, such as robbery crimes committed by young people with low schooling. On the other hand, although formally provided for in criminal law, economic and political crime, which has a greater potential for harm than patrimonial crime, is barely criminalized in practice. In conclusion, criminal law has been mediating conflicts between classes in Brazil today, contrary to what is proclaimed by the discourse of protection of the common good, because the Brazilian penal system, significantly, deals with the criminalization of the marginalized people. Therefore, criminal law is understood as an instrument that contributes to the perpetuation of the social structure of the dominant classes in Brazil. This is the analysis of the scenario that, in the criminal sphere, guarantees the interests and conditions necessary for the existence and reproduction of capitalism in Brazil.

Keywords: Criminal law. Criminal system. Capitalism. Social class.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1: pirâmide normativa de Kelsen	38
Figura 2: ordenamento jurídico brasileiro	39
Figura 3: esquema do direito privado	39
Figura 4: esquema do direito público	40
Figura 5: crimes contra a pessoa	75
Figura 6: crimes contra o patrimônio	76
Figura 7: outros crimes importantes para as relações capitalistas no Brasil	77
Quadro 1: divisão didática do direito	39
Quadro 2: divisão didática do direito penal	45
Quadro 3: fontes do direito penal	45
Quadro 4: <i>jus puniendi</i>	46
Quadro 5: conceitos de crime	46
Quadro 6: substratos ou elementos do crime	47
Tabela 1: natureza e número de crimes pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento	82
Gráfico 1: faixa etária das pessoas privadas de liberdade no Brasil	85
Gráfico 2: escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil	85

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 TEORIA MARXISTA E DIREITO	13
1.1 Marx e a formação do capitalismo	13
1.2 A concepção de direito para Marx	16
1.3 Teoria geral do direito: uma leitura a partir da teoria marxista	20
1.4 Direito e luta de classes	23
1.5 Teoria marxista e as relações jurídicas entre sujeitos de direito	26
1.6 Relações jurídicas, liberdade e igualdade para a teoria marxista	30
2 DIREITO PENAL E SUA CONCEPÇÃO A PARTIR DA TEORIA MARXISTA	35
2.1 A burguesia e o direito	35
2.2 Ordenamento jurídico	38
2.3 O lugar do direito penal	40
2.4 Crime: seus conceitos e estrutura	44
2.5 Direito penal, crime e teorias marxistas	48
2.5.1 Crime em Marx e Engels	48
2.5.2 Crime e pena para Pachukanis	51
2.5.3 Alguns recortes sobre direito penal e teorias críticas marxistas	54
2.6 Althusser, aparelho repressivo e o sistema penal	60
3 UM OLHAR MARXISTA SOBRE O DIREITO PENAL DO BRASIL ATUAL	65
3.1 A construção de um direito burguês no Brasil	65
3.2 A construção do direito penal no Brasil	70
3.3 O cenário do sistema penal brasileiro	73
3.3.1 Criminalização primária e a eleição dos bens jurídicos relevantes	74
3.3.2 Criminalização secundária e as condições materiais de vida do acusado	79
3.3.3 A população prisional brasileira	81
3.3.4 Sistema penal e as classes sociais no Brasil	86
3.4 Direito penal: contradições e o necessário resgate da teoria marxista	91
CONSIDERAÇÕES FINAIS	94
REFERÊNCIAS	99

INTRODUÇÃO

As perspectivas mais comuns do pensamento jurídico contemporâneo são dominadas por ideias conservadoras e as concepções críticas geralmente são afastadas, sendo que, no direito penal, esse afastamento é especialmente notado.

O direito penal é geralmente estudado como um conjunto de normas que estabelece crimes e penas, sendo que sua função primordial seria a proteção de bens essenciais à comunidade como um todo. No entanto, essa concepção tradicional, que reconhece o direito penal somente a partir da norma jurídica e para a proteção do bem-comum, não é suficiente para explicar os fenômenos criminais contemporâneos.

Enquanto disciplina jurídica, o direito penal parece ter avançado pouco na construção de um conhecimento autônomo, conectado com as relações concretas de vida e transcendendo uma construção puramente normativa. Desse modo, é importante iniciar um estudo sobre os problemas decorrentes da sociedade contemporânea e dos fenômenos penais, mas a partir de outro referencial teórico, para além do que é apregoado pelo positivismo jurídico.

O positivismo jurídico se apresenta como a principal forma de se pensar as relações jurídicas, sendo bastante estudado e reproduzido nos dias de hoje. A sistematização das normas e a positivação dos textos de leis em códigos são características dessa corrente teórica que se preocupa com a segurança nas relações econômico-sociais. O positivismo jurídico, então, estuda o direito a partir das normas, mas não tem sentido para os positivistas procurar as fontes materiais do direito presentes nas relações sociais de produção, nem analisar os efeitos dos conflitos de classe que influenciam sua criação.

A experiência de ter tido uma formação jurídica fundamentada numa grande dose de positivismo gerou angústia. Desde os primeiros dias como acadêmica, a concepção de alguns autores e professores era no sentido de que a ciência do direito estava pronta e se bastava. Não havia discussão sobre as outras formas de se pensar o direito. Era como se elas não existissem. A aplicação do direito codificado e desvinculado das relações concretas de vida também incomodava. Algo parecia estranho. Faltava alguma coisa.

Nas faculdades de direito, as disciplinas propedêuticas, como política, economia, sociologia e filosofia, geralmente, são estudadas no início do curso, mas de maneira isolada e não relacionadas com as outras disciplinas específicas, como o direito civil e o direito penal. Ao final do curso, tem-se a impressão de um afastamento epistemológico e a ideia de que o direito não tem relação com as questões sociais e econômicas.

A motivação para a pesquisa surge justamente dessa angústia experimentada, agora, enquanto professora de direito penal, e da vontade de quebrar o afastamento das reflexões críticas e o aprisionamento do ensino, já que o diálogo é extremamente necessário. Contudo, é preciso explicar que a linguagem crítica que pode transparecer em algum momento do texto, se liga muito mais à vontade de alcançar uma nova perspectiva para os fenômenos jurídicos do que à desconstrução dos pensamentos teóricos mais comuns no direito.

Com isso, surge a necessidade de buscar na teoria marxista os fundamentos que permitam ir além das concepções tradicionais do direito. Até porque, antes da consolidação do positivismo jurídico como sustentação teórica do direito penal moderno, já tinha sido revelado por Karl Marx a noção de que a produção da vida material condiciona o processo em geral das relações jurídicas. Portanto, a teoria marxista fornece elementos que precedem e que vão além da filosofia positivista de direito formulada por juristas como Hans Kelsen e Norberto Bobbio.

É a partir desse contexto que se pretende analisar a estrutura do sistema penal¹ brasileiro, bem como as ideias e interesses que perpassam as penas e os apenados no processo de criminalização no Brasil. E isso, tanto no cenário da criminalização que se liga à atividade do legislador, como no cenário do julgamento e aprisionamento dos sujeitos que praticam crime. Diante disso, surge mesmo a necessidade de entender a construção do direito penal, a natureza dos bens que ele protege, quem ele tende a incriminar e a relação desse cenário com a concepção marxista da propriedade privada e dos conflitos de classe.

Portanto, o presente trabalho tem como objetivo analisar o direito penal contemporâneo e revelar a base material do seu sistema punitivo no cenário das relações sociais capitalistas brasileiras. No plano metodológico, é necessário proceder à revisão bibliográfica, a fim de se desenvolver uma crítica do direito penal, a partir da teoria marxista.

O problema é que não há muitos estudos sobre as contribuições da teoria marxista para o direito penal. Além dos textos de Marx (2017), como *Os despossuídos* e *O capital*, com importantes passagens que contribuem para um estudo crítico das questões criminais, é possível identificar poucas obras estrangeiras, como a *Teoria geral do direito e marxismo*, de Pachukanis (2017). Isso porque, historicamente, o direito não é uma ocupação principal dos teóricos marxistas.

Assim, também é preciso buscar na criminologia crítica, os fundamentos teóricos que permitam uma análise contemporânea do direito penal. A criminologia crítica é uma

¹ O conceito de sistema penal, ou punitivo, será abordado mais adiante, mas já é possível dizer que ele atua, desde quando se tem notícia da prática de um crime, até que se imponha e execute uma pena, englobando a atividade do legislador, da polícia, promotores, juízes, funcionários e da execução penal.

corrente teórica inaugurada por Baratta (2002), na Itália da década de 1970 e continuada por Santos (2008) no Brasil. Se edifica com base no método e nas categorias científicas da teoria marxista, desenvolvendo e especializando conceitos na área do crime, mediante a crítica das teorias tradicionais positivistas. Desse modo, é importante fonte para a pesquisa.

É este o desafio que se pretende enfrentar neste estudo, contando com as bases teóricas já postas por Marx e pelos teóricos marxistas expostos acima. A lacuna científica de estudos brasileiros sobre a teoria marxista no campo do direito penal, por um lado, dificulta o desenvolvimento do presente trabalho, mas, por outro, é o que justifica a sua realização, na medida em que aprofunda o estudo específico sobre o tema. Por isso é que a pesquisa irá contribuir para a comunidade acadêmica, na medida em que, ao propor uma leitura marxista do direito penal, amplia as formulações teóricas sobre o tema.

Estruturalmente, para alcançar o objetivo proposto, o trabalho é dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, há a necessidade de buscar, em Marx (2013b), os fundamentos que permitem ir além da teoria tradicional do direito do século XIX, bem como a leitura do direito no contexto de uma sociabilidade capitalista, mostrando-se inafastável a concepção do próprio autor, segundo a qual as relações sociais do capital dão vida ao próprio direito como relações jurídicas. Assim, em que pese os estudos do autor se darem de forma a alcançar outras áreas do conhecimento, aqui, os estudos serão centrados nas concepções relativas ao direito. Já no começo do século XX, a teoria marxista, bem como a teoria geral do direito, dão um salto. Dentre os predecessores dessa nova leitura a respeito do direito e do capitalismo, destaca-se Pachukanis (2017). Então, ainda neste capítulo, é preciso apresentar esse importante teórico marxista do direito.

O segundo capítulo desenvolve a concepção marxista do direito, destacando-se as relações entre capitalismo e direito penal. Contudo, para que se compreenda com maior clareza o objeto de estudo e a concepção marxista do direito penal, é necessário, antes, apresentar alguns conceitos construídos cientificamente a partir do positivismo jurídico, visto que o direito penal de hoje é construído a partir desta forma de pensamento.

Este capítulo ainda apresenta as principais teorias críticas que procuram avançar em relação às perspectivas tradicionais do pensamento jurídico penal, optando-se, por questões de coerência metodológica, por aquelas que se baseiam nas categorias científicas da teoria marxista. Baratta (2002) e Santos (2008) são os autores que se destacam nesse ambiente. Mas, o objetivo não é estudar de forma aprofundada todas as teorias críticas do direito penal ou adotar de maneira integral e acrítica todas elas, mas apenas dar conta de traçar um panorama, para

além das teorias tradicionais que já são trabalhadas diariamente nas salas de aula. Ademais, com a necessidade de explicar o caráter ideológico do direito penal e o caráter repressivo do sistema penal, também são destacados os estudos de Althusser (1970). Enfim, o segundo capítulo desenvolve a pesquisa e enfrenta, de forma direta, as discussões, não apenas do direito, analisado em seus aspectos gerais, mas do direito penal.

No terceiro capítulo, a fim de trazer a discussão para o contexto brasileiro, é preciso identificar e analisar criticamente o direito, a partir de Fernandes (1987), do estudo da revolução burguesa no Brasil e da origem das desigualdades sociais no país, que está inserido na periferia do sistema capitalista global. Em seguida, observando-se os contornos peculiares que a revolução burguesa assumiu no Brasil, são rapidamente apresentados alguns pontos da legislação penal brasileira, culminado no estudo da estrutura do Código Penal vigente e das dinâmicas do sistema penal brasileiro. Todavia, em razão do limite metodológico do trabalho, não será possível fazer uma descrição completa de todo o sistema penal, o que envolveria as atividades do poder legislativo, da polícia civil, federal e militar, dos órgãos do ministério público, dos juízes criminais, dos tribunais e do sistema prisional, entre outros. O foco será dado, então, à atuação do poder legislativo e do poder judiciário brasileiros.

Desse modo, com o propósito de ilustrar os resultados teóricos obtidos, são analisados dados secundários transcritos na forma de tabelas, quadros e gráficos, cuja fonte é o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), de junho de 2016, publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional e vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública. Os dados se relacionam com a natureza dos crimes que vêm ensejando aplicação de pena e aprisionamento no Brasil, como, por exemplo, o número de incidências de crimes contra o patrimônio, contra a vida, contra a administração pública, bem como com a faixa etária e nível de escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil.

A ideia é que, a partir da base teórica construída nos capítulos antecedentes, seja possível compreender as incoerências e contradições do direito penal na sociedade capitalista brasileira.

Por fim, é importante esclarecer que o trabalho não pretende explicar as causas da criminalidade, nem fomentar uma política criminal voltada para a criminalização das classes dominantes e nem desconsiderar outras políticas penais alternativas, mas apenas dar conta de entender a tendência punitiva contra determinada classe social. O questionamento central da pesquisa se dá em torno da compreensão do direito penal como instrumento que contribui para a perpetuação da estrutura social das classes dominantes. Enfim, pretende-se tecer uma análise do direito penal no contexto da sociedade capitalista brasileira.

1 TEORIA MARXISTA E DIREITO

O direito, a partir do positivismo jurídico, é definido como um conjunto de normas, analisadas por técnicas puramente jurídicas. Mas, antes mesmo que se pudesse falar em uma autonomia científica do direito penal moderno, embasado teoricamente pelo positivismo jurídico, Marx já havia revelado que a produção da vida material condiciona o processo em geral das relações jurídicas. Portanto, a teoria marxista fornece elementos que vão além da filosofia positivista de sociedade e da própria concepção de direito formulada por juristas como Hans Kelsen e Norberto Bobbio.

O positivismo jurídico é uma das formas de se pensar o direito, mas também é importante ampliar os horizontes de estudo, mostrando uma outra interpretação, agora, a partir de uma teoria que permita ao pesquisador e estudioso revelar a base material do pensamento jurídico, no contexto das relações sociais capitalistas. Acredita-se que a perspectiva que se tem do direito penal, para além do positivismo jurídico, alarga e enriquece a compreensão de um jurista comprometido com as questões sociais.

A ideia aqui é justamente trazer para a discussão uma outra concepção do direito. Dessa forma, surge a necessidade de buscar, em Marx, os fundamentos que permitam ir além da teoria tradicional do direito do século XIX e dos dias de hoje. É o que se passa a estudar agora. Mais adiante, a teoria marxista e sua relação com o direito serão resgatadas para um estudo específico do direito penal.

1.1 Marx e a formação do capitalismo

As mudanças sociais e econômicas do século XIX, que se deram especialmente em razão dos movimentos de industrialização, formam um rico contexto para as investigações que se dão no campo das ciências jurídicas. Por um lado, há o aumento dos privilégios da burguesia e, por outro, a exploração da força de trabalho e, com ela, desemprego, baixos salários, jornada de trabalho extenuante, desigualdade, miséria, entre outros, como o aumento da proteção da propriedade privada e da punição por crimes de furto e roubo.

Então, pretende-se fazer aqui uma análise do direito² a partir dessas transformações ocorridas na modernidade, considerando Marx como um dos pioneiros desse conhecimento.

² O termo direito pode ser compreendido sob várias acepções. Aqui, o mesmo deve ser entendido sob o viés da cientificidade. Mas, além dessa, pode apresentar sentido didático, sendo dividido em ramos como o direito civil, o direito do trabalho, o direito comercial e o penal, entre outros. Por sua vez, direito, no sentido subjetivo, indica

Karl Heinrich Marx (1818-1883) foi um cientista que influenciou o pensamento filosófico e social sobre a própria história da humanidade. O conjunto de ideias sociais, econômicas e políticas que ele desenvolveu contribuiu e continua a contribuir para a compreensão da sociedade.

Marx, em 1836, estudou Direito na Universidade de Bonn e, em 1837, transferiu-se para a Universidade de Berlim, doutorando-se em filosofia pela Universidade de Jena. Contudo, mesmo que os fenômenos jurídicos não tenham sido sua principal preocupação, já que o autor não fez uma análise sistemática e específica sobre o direito, pode-se dizer que seus textos permitem desvendar as abstrações e categorias do direito burguês, daí a escolha da sua teoria como sustentação deste estudo.

Ao deixar a universidade, o jovem Marx passou a se dedicar ao jornalismo, tomando contato com as questões econômico-sociais que se encontram na base do desenvolvimento do direito na Alemanha de sua época, em direção ao capitalismo. Em 1842, criticou, no âmbito do jornalismo, as construções jurídicas e as leis, escrevendo artigos de denúncia à questão do furto de lenha na Renânia³, os quais inauguram seu debate a favor dos interesses e condições materiais de vida do povo alemão.

Imbuído da noção de que o primeiro furto se dá com a primeira apropriação privada, Marx (2017) levantava temas como o direito à propriedade e as questões judiciais acerca da problemática gerada pela instauração de uma lógica capitalista onde antes o que regia era um direito consuetudinário.

O autor, ainda em sua juventude, detectou essa tendência conservadora e contraditória do direito, na medida em que o discurso abstrato e formalista se contrastava com as práticas profundamente condicionadas pelas relações socioeconômicas e de classe.

Assim, mesmo que ele não tenha escrito uma obra específica sobre as relações jurídicas, não se pode negar sua importância para a construção de uma crítica ao direito burguês, até porque, os estudos marxistas do direito são ainda incipientes e precisam avançar.

Marx concebeu sua principal obra, *O capital*, teoricamente fundamentada em uma crítica da econômica política do ponto de vista do proletariado e com uma concepção materialista da história. Isso porque, ele entendia que o modo pelo qual as relações de produção

uma faculdade outorgada à pessoa, não se permitindo que outra venha prejudicá-lo em seu interesse. Direito também pode significar aquilo que está conforme a lei; a própria lei; conjunto de leis; a ciência que estuda a leis (SILVA, 2006).

³ A coleta de galhas e gavetos caídos era um costume praticado pelos camponeses vizinhos que adentravam as matas e bosques privados. O parlamento da Renânia, porém, decidiu, ao aprovar uma lei específica, considerar tal conduta como uma espécie de furto (MARX, 2017).

material são realizadas e organizadas constitui o fator determinante da organização política e das representações intelectuais de uma época. O Estado e a propriedade seriam, então, reflexos de condições reais provocadas pelo capitalismo (BOTTOMORE, 2013).

O capitalismo é uma forma de organização social que emerge das contradições criadas no seio do mundo feudal. O capitalismo nasce das transformações que se estenderam do século XVI até meados do século XVIII e que levaram à substituição da pequena economia artesanal e camponesa pela manufatura e, posteriormente, pela indústria moderna, baseada nas máquinas e na concentração dos trabalhadores nos centros industriais (PEREIRA, 2015).

Após esse longo processo de transição, no final do século XVIII e nas primeiras décadas do século XIX, “a Europa vivenciou o processo da primeira Revolução Industrial, que significou a aplicação da ciência e da técnica modernas ao processo de produção nas fábricas, incrementando a produtividade do trabalho humano” em uma escala jamais vista nas formações econômico-sociais anteriores ao capitalismo. Para tanto, a burguesia, a fim de se tornar classe politicamente dominante, teve de levar à frente a sua luta política contra a nobreza e o clero, que ainda se encontravam no poder do Estado (PEREIRA, 2015, p. 10).

Na França e na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII, as revoluções burguesas permitiram a ascensão política da burguesia e sepultaram as bases do poder da antiga nobreza, influenciando movimentos similares em outros países. “As ideias de liberdade, igualdade e fraternidade foram erguidas contra os privilégios políticos e econômicos da nobreza e do clero, expressando, na verdade, as novas relações de produção capitalistas em formação” (PEREIRA, 2015, p. 10).

Sobre essas transformações e suas relações com o direito, Gomes e Gazoto (2016) explicam que, com a formação do Estado moderno, a partir do século XVI, o direito estatal⁴ paulatinamente foi se impondo, até que, com a Revolução Francesa, no final do século XVIII, todas as demais fontes do direito, como os costumes, foram afastadas, prevalecendo-se o legalismo retratado pela classe burguesa. O discurso então inaugurado pelos revolucionários franceses era o de que essa legislação em nada se parecia com às leis antigas, que eram instrumentos de opressão e mantenedoras dos privilégios da nobreza. O direito agora era aquele capaz de defender a liberdade, enquanto garante dos direitos do homem então proclamados.

Nessa nova sociedade capitalista, a burguesia se caracteriza por ser a classe proprietária dos meios de produção e o proletariado, por sua vez, é a classe que precisa vender sua força de trabalho como fonte de sobrevivência.

⁴ O termo direito pode ser entendendo aqui em seu sentido objetivo, ou seja, como um conjunto de leis e princípios.

Marx (2013a), em *Crítica da filosofia do direito de Hegel*, observa que o proletariado começa a se formar como resultado do emergente movimento industrial, entendendo que o que constitui essa classe não é a pobreza naturalmente existente, mas a pobreza produzida artificialmente, que constitui uma massa proveniente da dissolução aguda da sociedade.

É nesse contexto que Marx, ao ter contato com a condição de vida dos trabalhadores, se dedica ao estudo das relações de produção que formam a infraestrutura econômica da sociedade, sobre a qual se levanta uma superestrutura jurídica e política. A ideia é a de que a produção da vida material condiciona o processo em geral das relações políticas e também jurídicas. Essa é a concepção que se pretende desenvolver no presente capítulo.

1.2 A concepção de direito para Marx

De acordo com o que foi mencionado anteriormente, o direito costuma ser definido, pelas teorias do positivismo jurídico, como um conjunto de leis ou normas como expressão imediata do domínio do Estado, havendo o afastamento quanto ao pensamento jurídico que dialogue com as questões sociais. Todavia, é preciso avançar em relação a essa concepção, sendo necessário buscar em Marx os elementos que permitam essa crítica.

Quando se encontrava no processo de desenvolver uma crítica ainda principalmente filosófica da sociedade baseada na propriedade privada, Marx entendia que o direito vigente era uma forma que abstraía o sujeito jurídico dos seres humanos concretos e da realidade social (BOTTOMORE, 2013).

De fato, na obra de Marx, encontram-se algumas passagens sobre o direito, como em *Para a crítica da economia política de 1859*, quando ele chega ao entendimento de que as “relações jurídicas, tais como formas de Estado, não podem ser compreendidas nem a partir de si mesmas, nem a partir do assim chamado desenvolvimento geral do espírito humano, mas, pelo contrário, elas se enraízam nas relações materiais de vida” (MARX, 1982, p. 03).

Nos *Manuscritos econômicos de 1857-1858*, ao estudar a estrutura e a dinâmica da economia capitalista, Marx (2011) já havia entendido que as relações jurídicas se desenrolam de acordo com as relações de produção. Esse estudo passa, então, pelo exame de um dos instrumentos necessários para a implantação dessa dinâmica econômica, isto é, o direito burguês. Daí, pode-se dizer que o direito é objeto de análise de Marx, na medida em que os seus institutos servem para organizar e reproduzir o modo de produção capitalista, tendo o Estado como administrador dos interesses da burguesia e o direito como instrumento que, a partir das

leis, mantém a classe burguesa no poder.

Nesse mesmo sentido, no *Manifesto do Partido Comunista*, Marx e Engels (2001, p. 27) expõem a função do Estado na sociedade capitalista:

Com a criação da grande indústria e do mercado mundial, a burguesia conquistou finalmente a dominação política exclusiva no moderno estado parlamentar. Um governo moderno é tão somente um comitê que administra os negócios comuns de toda a classe burguesa.

Trata-se de uma análise material do desenvolvimento das sociedades e dos elementos que levam ao surgimento das instituições, como o Estado e o direito, necessárias ao modo de produção econômica capitalista, postas a serviço de um domínio de classe.

Sendo assim, Marx e Engels (2001) explicam que o Estado se impõe como uma comunidade ilusória, por baixo das aparências ideológicas de que, necessariamente, se reveste, vinculando-se à classe dominante. O direito, por sua vez, aparece para naturalizar o domínio da classe dominante, através da imposição das leis.

Também é importante explicar que Marx (2013b) construiu uma divisão clássica entre infraestrutura⁵, a partir das forças produtivas e das relações sociais de produção, e superestrutura, com as relações ideológicas, políticas e, também, as jurídicas. Então, a formação do direito moderno está ligada ao modo de produção capitalista, que é o seu fundamento.

Depois de ter elaborado a sua concepção materialista da história, já a partir de 1845, Marx desenvolveu a tese de que o direito era parte da superestrutura, um reflexo das concepções, das necessidades e dos interesses de uma classe dominante, produzido pelo desenvolvimento das forças produtivas e das relações de produção que constituem a base econômica do desenvolvimento social (BOTTOMORE, 2013).

As relações de produção correspondem a determinado nível de desenvolvimento das forças produtivas. Essas relações reais, concretas são o tecido no qual nascem e se aperfeiçoam uma superestrutura jurídico-política, ou seja, o Estado, suas instituições e órgãos, e a ordem jurídica, com seus tribunais, varas, turmas, juízes e processos (PEREIRA, 2015).

⁵ A metáfora do edifício – base (infraestrutura) e superestrutura – é usada por Marx e Engels para apresentar a ideia de que a estrutura econômica da sociedade, a sua base ou infraestrutura, condiciona a existência e as formas do Estado e da consciência social (a superestrutura). Uma descrição mais pormenorizada do que se deve entender por base, ou infraestrutura, é feita por Marx em uma passagem do *Prefácio para a crítica da economia política*, de 1859, que se tornou a formulação clássica da metáfora: “Na produção social de sua vida, os homens estabelecem determinadas relações necessárias e independentes da sua vontade, relações de produção que correspondem a uma determinada fase do desenvolvimento de suas forças produtivas materiais. O conjunto dessas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se ergue a superestrutura jurídica e política e à qual correspondem determinadas formas de consciência social” (MARX, 1982, p. 02)

Bottomore (2013) explica que o direito reflete o modo de produção dominante, ou seja, não é autônomo em relação à infraestrutura econômica. Contudo, a produção legislativa é representada e legitimada de uma forma abstrata e codificada, o que estimula a ilusão ideológica de que o direito é autônomo em relação à infraestrutura.

É por isso que as relações jurídicas não podem ser compreendidas a partir de si mesmas, já que têm sua origem nas condições materiais de vida, devendo buscar seu fundamento na economia política.

A posição de Marx em sua produção teórica da maturidade de que o direito é uma forma de dominação de classe pode ser conciliada com suas concepções anteriores. Mas, enquanto a primeira crítica do direito o vê como um sistema de conceitos abstratos, a crítica do direito como forma de dominação de classe trata-o como um conjunto de mandamentos sancionados pelo Estado (BOTTOMORE, 2013).

No que diz respeito à relação entre o direito, a luta de classes e aos conflitos vitais da sociedade, expõe-se que a institucionalização de normas em uma determinada conjuntura histórica está sempre ligada às classes sociais e aos processos conflituosos entre elas, mas, ao olhar para essa longa história dos modos de produção e de classes sociais, Marx (2013b) verifica que é na dominação de tipo capitalista que as instituições se tornam, especificamente, jurídicas. O direito encontra nas sociedades capitalistas as condições para se desenvolver e consolidar.

O direito moderno tem como função dar segurança à sociedade de mercado, às relações de troca, às relações de trabalho, à propriedade privada e, como tal, expressa-se como ordem jurídica dominante, embora tenha que regular, por várias mediações possíveis, relações sociais aparentemente distanciadas da reprodução econômico-social, como as relações familiares e de parentesco, o meio ambiente e os crimes. Mas esse distanciamento não é senão uma aparência, dada por uma base doutrinária que termina, por sua grande complexidade e mediações, levando alguns à ideia equivocada de que o direito é um campo com autonomia absoluta em relação à reprodução social (PEREIRA, 2015).

Em *O Capital*, Marx (2013b) observou a tendência do pensamento dominante de encarar a realidade social do capitalismo como natural, perene e eterna, a qual os homens deveriam se submeter, sendo que o direito reforça essa percepção. Para Pereira (2015, p. 40), um exemplo marcante dessa concepção é a propriedade privada, que é:

Encarada pela ideologia burguesa como direito humano, como produto de uma suposta natureza humana abstrata e sem história. Ao contrário de ser um fenômeno puramente social e, por isso, capaz de ser modificado pela ação do homem, a propriedade privada é vista como um fenômeno que teria existido sempre e não pode

ser extinta.

A ordem jurídica protege, contra violação, os direitos de propriedade e de herança, o que garante o controle dos meios de produção, como terras, instrumentos de trabalho, fábricas, indústrias, máquinas, instalações, entre outros. Consequentemente, a escolha de quais condutas serão consideradas como crime seguem essa mesma lógica, ou seja, os crimes são criados para proteger esses direitos de propriedade (PEREIRA, 2015).

Da mesma forma, pode-se dizer que a prisão, enquanto sanção penal, também parece ser uma categoria jurídica naturalizada, que não pode ser extinta. Há uma crença de que as categorias e instituições jurídicas são universais e naturais, mas, na verdade, como se verá mais adiante, esta artificialidade é hoje denunciada de algumas formas.

Conforme explica Pereira (2015, p. 25), é preciso identificar, na ciência do direito, elementos para uma análise do fenômeno jurídico “que dê conta de sua complexidade, que o apreenda no contexto da sociabilidade burguesa, marcada por profundas contradições e desigualdades”, mas “essa tarefa, definitivamente, não pode ser cumprida pela ideologia jurídica burguesa, pela sua perspectiva teórica e por seus laços de compromisso com a ordem da sociedade capitalista, quer tenha ou não consciência desses compromissos”. Até porque, os conceitos e ideias jurídicas são produzidos pelas necessidades da ordem do capital, reproduzidas e aperfeiçoadas pelas teorias dominantes.

No capitalismo, o direito organiza, sedimenta, estabelece, medeia e regula segmentos cada vez mais amplos da vida social, como economia, comércio, meio ambiente, relações políticas, família, herança, propriedade, transmissão de direitos e obrigações, exercício da cidadania, relações entre capital e trabalho, exercício da greve, as condutas tipificadas como crime ou contravenção, as penalidades e as formas de cumprimento de penas correspondentes a cada uma delas, entre tantas relações sociais (PEREIRA, 2015).

Enfim, Pereira (2015) explica que a obra de Marx é centrada no estudo da vida concreta dos homens, na sua forma de trabalhar, comer, vestir-se, morar, e essa produção dos meios de subsistência e, por conseguinte, do desenvolvimento econômico-social, fomenta os pilares para o surgimento e aperfeiçoamento do direito. Por isso é que, sem uma análise consequente de como a sociedade está economicamente organizada, do papel das classes sociais no processo de produção, das formas de exploração, de apropriação e distribuição dos produtos do trabalho humano, não se pode ter uma visão ampliada do direito.

De forma geral, os textos de Marx contêm um conjunto de elementos que problematizam a realidade do direito confrontadora com a ordem existente. Isso é possível

porque a concepção materialista e concreta, superando a construção formal e abstrata dos teóricos do direito, realiza uma síntese de diversos campos da vida humana, como a economia, o direito e a história, possibilitando uma compreensão do fenômeno jurídico em toda a sua complexidade e extensão.

Portanto, a partir da leitura dos textos acima⁶, é possível identificar dois pontos cruciais das concepções de direito para Marx. Primeiro, ele entendeu que o direito vigente era uma forma que abstraía o sujeito jurídico da realidade social, proclamando uma igualdade jurídica apenas formal. Daí se falar no direito como um sistema de conceitos abstratos. Depois de ter elaborado a sua concepção materialista da história, Marx desenvolveu a tese de que o direito é parte da superestrutura e um reflexo das concepções, das necessidades e dos interesses de uma classe dominante. Daí se falar no direito como uma forma de dominação de classe. Essas duas concepções não se excluem, ao contrário, se complementam.

Além de revelar que o direito consiste em abstrações e que também privilegia os interesses da classe burguesa em uma sociedade capitalista, é possível aprofundar ainda mais a crítica marxista do direito. Desse modo, a seguir, passa-se ao estudo de outros autores marxistas que procuraram superar a perspectiva positivista do direito.

1.3 Teoria geral do direito: uma leitura a partir da teoria marxista

Do século XIX, quando Marx viveu e produziu, para o século XX, a teoria política marxista, bem como a teoria geral do direito, dão um salto qualitativo. Dentre os predecessores dessa nova leitura a respeito do direito e do capitalismo, destaca-se Pachukanis.

Evguiéni Bronislávovich Pachukanis foi um importante teórico marxista do direito. Já no começo do século XX, quando da explosão das contradições da sociedade capitalista, ele ultrapassou as concepções positivistas que ainda são predominantes nos dias de hoje. As contribuições de Pachukanis, que se desenvolveram com a Revolução Russa, a partir de outubro de 1917, são necessárias para a construção de uma teoria geral do direito com base teórica marxista. Essas ideias serão desenvolvidas a seguir.

Em sua principal obra, *Teoria geral do direito e marxismo*, ele parte da leitura de

⁶ Além dos textos de Marx e Engels mencionados neste trabalho, destaca-se a *Crítica da filosofia do direito de Hegel* (1843), obra na qual Marx estuda detalhadamente a filosofia do direito de Hegel e questiona alguns dogmas da esquerda hegeliana, e *O socialismo jurídico*, publicado pela primeira vez em 1887, de Engels e Kaustsky. Na obra, os autores combatem a visão reformista das instituições jurídicas, afirmando a necessidade de superação das estruturas e formas da sociedade burguesa, já que, para eles, o direito é, irremediavelmente, uma forma do capitalismo.

O capital, de Marx, e passa a identificar o fenômeno jurídico, não na normatividade, como faziam os positivistas, mas na sociabilidade voltada à acumulação e lastreada em exploração do trabalho assalariado e atravessada por contradições de classe. A ideia central da obra do autor gira em torno da aproximação da forma do direito e da forma da mercadoria.

Com a publicação dessa sua obra principal, em 1924, Pachukanis alcançou o respeito de juristas e marxistas de diversas áreas. Depois, por conta de suas ideias, foi perseguido e morreu, em 1937, sob os processos políticos stalinistas. Mas ele foi reabilitado postumamente, após a morte de Stalin, e sua teoria do direito foi redescoberta no final do século XX e agora no início do século XXI, o que permite sua aplicação em face das contradições do capitalismo e do impasse das lutas de classe atuais (PACJUKANIS, 2017).

A leitura de Pachukanis ajuda na construção deste estudo, pois auxilia na compreensão do direito penal e de outros campos jurídicos, na medida em que recupera as iniciais construções de Marx sobre a relação mercantil como fundamento do direito, oferecendo uma chave para a leitura desse mundo. Ele elabora uma crítica marxista dos principais conceitos jurídicos, sendo esse seu projeto um esclarecimento de passagens já existentes em Marx.

Por outro lado, o próprio Pachukanis entendeu que a crítica marxista da teoria geral do direito estava apenas começando e que seria mesmo necessária uma análise minuciosa de cada ramo do direito em particular. Tendo em vista essa tarefa, o autor compilou os pensamentos isolados de Marx e Engels, baseando-se nos traços fundamentais do desenvolvimento histórico e dialético e nos principais conceitos encontrados em suas obras.

Como visto anteriormente, apesar de estar presente na formação de outros autores marxistas e do próprio Karl Marx, o direito não era uma ocupação principal das teorias marxistas. Portanto, nas primeiras décadas do século XX, Pachukanis (2017) representou uma posição nova no marxismo quanto ao direito.

É preciso entender que a leitura tradicional do direito não é capaz de explicar, de fato, um movimento real no campo da sociedade e que a teoria do direito tem um correspondente material, não se baseando apenas em conceitos abstratos. Pela tradição do positivismo jurídico, é o Estado, por meio de sua soberania, que institui o direito, valendo-se de um instrumento por excelência, a norma jurídica. Assim, o direito, para os positivistas, se reduz à norma jurídica (MASCARO, 2013).

Corroborando as concepções já anunciadas por Marx, Pachukanis (2017) vem dizer que, por mais que se fale que a teoria geral do direito se baseie em conceitos abstratos, ela corresponde sim a uma determinação material da realidade. E, com isso, o autor inova em relação ao que já havia se estudado sobre o direito até então, sendo sua leitura essencial para se

pensar novas formas de entendimento das lutas jurídicas no capitalismo.

Pachukanis (2017) entende que é na sociedade burguesa capitalista que o direito encontra todas as condições materiais para se desenvolver, ou seja, o núcleo do direito no capitalismo não é a norma. Não se transforma o mundo mediante mudanças normativas. Isso não é o fundamental. É preciso pensar na luta dos trabalhadores. E, assim, passa a tratar da superação dos termos impostos pela sociabilidade capitalista e, conseqüentemente, da sua forma jurídica.

O autor refuta os idealismos e a concepção de que o direito é a norma ou que gira em torno dela. Há aqui, um confronto direito com a teoria pura do direito construída por Kelsen⁷, que a constrói tendo a norma como objeto. O direito seria, portanto, um conjunto de normas jurídicas. Todavia, a norma ou os conceitos abstratos não são capazes de explicar o que realmente é o direito e qual é a sua determinação material (PACHUKANIS, 2017).

Por outro lado, Pachukanis (2017) vem dizer que o direito corresponde, de fato, a uma determinação material da sociedade. Da mesma maneira que os conceitos da economia política correspondem ao movimento da sociedade capitalista, a teoria geral do direito também é construída a partir dela. Ele vincula a teoria geral do direito às relações sociais específicas do capitalismo, tal como a economia política burguesa corresponde às relações próprias da sociedade capitalista.

Ao criticar a positivismo jurídico de Kelsen, Pachukanis (2017, p. 71) expõe que para o jurista, nos estreitos limites de suas tarefas técnicas, não existe, de fato, nada além da norma e afirma que:

Uma teoria geral do direito que não pretende explicar nada, que, de antemão, recusa a realidade factual, ou seja, a vida social, e lida com as normas, não se interessando nem por sua origem nem pela ligação que estabelecem com certos materiais de interesse, só pode, evidentemente, pretender o título de teoria no mesmo sentido usado, por exemplo, para se referir à teoria do jogo de xadrez. Tal teoria não tem nada a ver com ciência. Ela não se ocupa de examinar o direito, a forma jurídica como uma forma histórica, pois, em geral, não tem a intenção de pesquisar o que está acontecendo. Por isso, podemos dizer, usando uma expressão vulgar, que ‘desse mato não sai coelho’.

O direito, enquanto conjunto de normas, não é nada além de uma abstração sem vida. “É bastante lógico, portanto, que a escola normativa encabeçada por Kelsen rejeite encarar

⁷ Hans Kelsen (1881-1973) foi um jurista e filósofo austríaco, figurando entre aqueles que mais influenciaram o estudo do direito. Sua principal obra, *Teoria pura do direito*, é o tratado de fundação do positivismo jurídico tal como conhecido atualmente.

o direito a partir do ponto de vista de sua existência concreta e, colocando todo sua atenção no valor formal da norma, negue completamente a relação entre os sujeitos” (PACHUKANIS, 2017, p. 97).

Desse pressuposto fundamental deve partir a teoria geral do direito, já que ela lida com definições fundamentais. Assim,

[...] por exemplo, a relação econômica de troca deve existir para que surja a relação jurídica contratual de compra e venda. O poder político, com a ajuda das leis, pode regular, alterar, determinar e concretizar das mais diversas maneiras a forma e o conteúdo dessa transação jurídica. A lei pode determinar de modo detalhado o que é passível de ser comparado e vendido, pode determinar, ainda, como, em que condições e por quem algo é possível de ser comprado e vendido. A partir disso, a dogmática jurídica conclui que todos os elementos existentes na relação jurídica, entre eles o próprio sujeito, são gerados pela norma. Na verdade, claro, a condição prévia fundamental por meio da qual todas essas normas concretas ganham significado consiste na existência da economia mercantil-monetária. Apenas mediante essa condição prévia o sujeito de direito tem seu substrato material na pessoa do sujeito econômico egoísta, que a lei não cria, mas encontra diante de si e determina (PACHUKANIS, 2017, p. 103 e 104).

Pode-se dizer, então, que o poder estatal, através das funções instituídas de legislar, julgar e executar, confere clareza à superestrutura jurídica, mas não cria seus pressupostos, os quais estão arraigados nas relações materiais ou de produção controladas pela burguesia.

O poder jurídico estatal “é uma miragem, mas uma miragem totalmente conveniente para a burguesia, pois [...] esconde das massas seu domínio”. O Estado de direito é uma das máscaras da dominação burguesa, escondendo a essência do poder como violência organizada de uma classe sobre as outras (PACHUKANIS, 2017, p. 148).

Então, a normatividade estatal opera sobre a forma jurídica dada pelas condições materiais de vida e o direito passa a ser instituído normativamente, garantido e sustentado pelo Estado. A determinação da quantidade de leis e da sua processualização, torna-se estatal.

1.4 Direito e luta de classes

Em toda a evolução histórica da humanidade, houve diversos modos de produção, cada qual organizando a sociedade de forma específica, sempre com a presença de duas grandes classes principais, uma dominante e exploradora e outra dominada e explorada. Isso se deu com os proprietários e os escravos, no modo de produção escravocrata, os servos e os senhores feudais, no feudalismo, e, finalmente, a burguesia e o proletariado, no capitalismo.

Com o capitalismo, Marx (2013b) percebeu que, à medida em que a produtividade

do trabalho aumentava, aumentavam também as trocas, a propriedade privada, o acúmulo de riqueza, a desigualdade econômica e social e a possibilidade de empregar força de trabalho de outros. O direito não fica alheio a essas mudanças.

Mas, porque a reivindicação de direitos se dá através de mecanismos jurídicos? Na, verdade, o direito se impõe de tal forma no capitalismo que se a classe trabalhadora busca lutar pela melhoria das condições materiais de vida, não o faz para transformar o capitalismo e tomar o poder, mas o faz buscando a melhoria de seus direitos, muitas vezes, através de demandas levadas ao poder judiciário (MASCARO, 2013).

Mascaro (2013) explica que, do ponto de vista da teoria geral do direito, existe uma leitura tradicional do marxismo sobre a sociedade capitalista, a partir da luta de classe, e a concepção de que há uma modulação do direito a partir das condições dessa luta. Quando a classe trabalhadora está enfraquecida, ela perde direitos. Por outro lado, quando ela está unida e engajada num processo de transformação social, o direito tende a dar conta de favorecer os movimentos sociais dessa classe trabalhadora. Essa leitura é dada por Stutchka⁸.

Pachukanis (2017) avança no que diz respeito às concepções apresentadas acima. Ele considera que a luta entre a classe burguesa e a classe trabalhadora e a conquista de direitos fundamentais podem, de alguma forma, minorar as desigualdades e exploração da força de trabalho, mas é a própria superação da ordem jurídica vigente em uma sociabilidade capitalista que poderá livrar a classe trabalhadora da exploração.

Assim, existe uma tradição em pensar o direito partindo da luta de classes, mas, Pachukanis (2017) entende que essa concepção não é suficiente. O autor não nega a luta de classes e a necessidade da conquista de direitos, mas entende que o direito se impõe a partir das condições do capitalismo e, toda vez que a classe trabalhadora luta por mais direitos, está lutando pela manutenção das próprias estruturas do capitalismo, com mais ou menos direitos. De qualquer forma, o direito é instrumento pelo qual o capital continua sendo do capitalista e ao trabalhador resta vender sua força de trabalho, mesmo que haja concessões de direitos por meio dos institutos jurídicos estatais.

Marx e Engels (2001, p. 23) já haviam explicado que há constante luta entre as classes sociais pela hegemonia política e pela sobrevivência:

A história de toda sociedade até nossos dias é a história a luta de classes. Homem livre e escravo, mestre e oficial, em suma, opressores e oprimidos sempre estiveram em constante oposição; empenhados numa luta sem trégua, ora velada, ora aberta, luta

⁸ Piotr Stutchka (1835-1932), considerado um dos principais teóricos marxistas do direito, foi um advogado e político letão. Dentre suas principais obras está *Direito e luta de classes*.

que a cada etapa conduziu a uma transformação revolucionária de toda a sociedade ou o aniquilamento das duas classes em confronto.

Por isso a contribuição de Pachukanis (2017) é importante, pois ele explica que, além de ser modulado pela luta de classes, atendendo ora à classe trabalhadora, ora ao interesse do capital, o direito, fundamentalmente, está ligado ao capital. Assim, não se deve apenas observar a luta de classes contra retrocessos e por mais direitos, mas também as formas que estruturam a sociabilidade capitalista e a superação destas.

Então, Pachukanis (2017) entende que não existe direito socialista⁹. Isso porque, se o direito é forma jurídica que sustenta a sociabilidade capitalista, só existe em razão dela. O direito, então, é forma exclusiva do capitalismo. Desse modo, com a superação da sociedade capitalista, também há superação do direito.

Além disso, Bottomore (2013) afirma que o marxismo compartilha com o anarquismo¹⁰ uma profunda hostilidade ao direito, uma convicção de que ele protege a propriedade, a desigualdade social e a dominação de classe e de que a necessidade do direito desaparecerá numa sociedade verdadeiramente humana de produtores associados.

É também no capitalismo que o direito, enquanto pretensão científica, passa a ser um domínio específico do conhecimento social, que precisa ser desenvolvido e fundamentado em bases teóricas, para garantir os pilares do processo de produção e reprodução da vida social burguesa. Mas, esse domínio é tão complexo, que se torna necessário ir além da mera aparência que, certamente, conduziu alguns autores a encarar o capitalismo como o sistema capaz de garantir a igualdade e a liberdade jurídica, sem qualquer crítica (PEREIRA, 2015).

Com efeito, é importante esclarecer que o direito burguês não surge do nada, tendo como lastro histórico importantes institutos jurídicos desenvolvidos pelo direito romano antigo, principalmente no que se relaciona às relações familiares e à reparação de danos. No entanto, é no capitalismo, quando a produção de mercadorias, por meio da exploração do trabalho assalariado, e as trocas mercantis se tornam a relação social determinante que o direito se desenvolverá com mais profundidade.

Com essa base dada pela teoria geral do direito, analisada sob um lastro marxista, é possível entender com maior clareza alguns conceitos basilares do direito como sujeito de

⁹ Em *O socialismo jurídico*, Engels e Kautsky (2012) elaboram uma crítica ao reformismo jurídico. A questão da existência de um direito socialista é tema que permite aprofundamento teórico, contudo, extrapola o objetivo proposto por este trabalho.

¹⁰ Doutrina e movimento que rejeita o princípio da autoridade política e sustentam que a ordem social é possível e desejável sem essa autoridade. O principal vetor negativo do anarquismo dirige-se contra os elementos essenciais que constituem o Estado moderno, entre eles, o sistema de direito positivo que pretende sobrepor-se a todas as outras leis e costumes (BOTTOMORE, 2013).

direito, norma jurídica, relação jurídica, liberdade, igualdade, autonomia da vontade e, de forma especial, o crime.

1.5 Teoria marxista e as relações jurídicas entre sujeitos de direito

O corporativismo e os privilégios do clero e da nobreza, durante o feudalismo, impediam o desenvolvimento do comércio e da burguesia nascente, o que contribuiu para a superação da sociedade feudal. Com a generalização da produção mercantil e, posteriormente, industrial, a burguesia toma o poder, consolidando sua dominação econômica, social, política e jurídica. O desenvolvimento da propriedade privada moderna, superando as formas feudais de produção, faz brotar progressivamente regras jurídicas para regular e sedimentar as novas relações econômicas, sociais e políticas.

Entretanto, ao estudar a formação econômica das sociedades primitivas, escravistas, feudais e, principalmente, a capitalista, Marx entendeu que o capitalismo não extinguiu as classes e a luta de classes. Tanto é que, com Engels, em o *Manifesto do Partido Comunista*, afirmou que a “sociedade burguesa moderna, que brotou das ruínas da sociedade feudal, não aboliu os antagonismos de classe. Não fez mais do que estabelecer novas classes, novas condições de opressão, novas formas de luta em lugar das que existiram no passado” (MARX; ENGELS, 2001, p. 40).

Sobre a transição do feudalismo para o capitalismo e sobre as características desse período histórico, Pereira (2015, p. 63) sintetiza que:

O período de transição entre a feudalidade medieval e a ordem do capital é timbrada por transformações na esfera das forças produtivas sociais e nas relações de produção, que conduzem à sociedade moderna, baseada na maquinaria, na indústria e nas relações entre capital e trabalho assalariado. [...]. É igualmente caracterizado pelo advento dos pressupostos para o desenvolvimento das relações de produção capitalistas, que podem ser sintetizadas em duas condições fundamentais, quais sejam, a concentração dos meios de produção e da propriedade nas mãos da burguesia e liberação dos trabalhadores dos grilhões do corporativismo e das relações de servidão, tornando-os livres para dispor de si mesmos como proprietários de uma mercadoria especial, a força de trabalho.

Esse horizonte da sociedade burguesa, apesar de constituir um avanço relativo frente à escravidão e à servidão, está condicionado pelas relações de produção, baseadas na propriedade privada, na exploração do trabalho assalariado e na apropriação privada da riqueza socialmente produzida. Logo, a sociedade moderna estabelece um patamar manifestamente diverso nas relações jurídicas, inclusive quanto à previsão formal nas declarações de direitos,

nas Constituições e nas leis, que compõem, em seu conjunto, a ideia do direito burguês moderno (PEREIRA, 2015).

As transformações econômico-sociais vistas acima indicaram que a produção burguesa capitalista havia superado a servidão feudal, implantando a forma de trabalho assalariada. Esse novo modo de produção pressupõe, então, que os trabalhadores sejam livres, iguais e proprietários de si mesmos, para que, dessa forma, possam vender sua força de trabalho como mercadoria.

Daí, entram em cena conceitos jurídicos como sujeito de direito, norma jurídica, relação jurídica, liberdade, igualdade, contrato. É preciso compreendê-los, uma vez que eles sustentam um corpo técnico funcional à sociedade burguesa e à expansão das relações comerciais do século XX. Agora, faz-se necessário entender quais são os elementos jurídicos que estão envolvidos nesse plexo central da vida capitalista.

O problema do por que o direito deve ser necessário para assegurar o poder conquistado e definido sem ele ainda persiste. Mas, a resposta é dada a seguir.

Para que haja o capitalista e o trabalhador assalariado e para que este possa vender sua força de trabalho, é preciso que haja um mecanismo diferente daquele que foi o das sociedades pré-capitalistas, até porque o trabalho nos modos de produção anteriores era compulsório e feito a partir de uma certa imposição pela força. No capitalismo, o trabalho não é compulsório, pois o trabalhador se coloca sob as condições do capitalista mediante vínculos jurídicos-contratuais (PACHUKANIS, 2017).

Nas sociedades escravocrata e feudal, a classe dominante dominava diretamente a classe explorada. Por outro lado, no capitalismo, a classe burguesa domina indiretamente, em um nível político, a classe trabalhadora, por meio do Estado e do direito. É por isso que se pode falar que o direito tem todas as suas determinações plenas com o advento da sociedade capitalista (PACHUKANIS, 2017).

Pachukanis (2017) continua sua análise, entendendo que na sociedade capitalista burguesa, “em que o proletário aparece na qualidade de sujeito que dispõe de sua força de trabalho como mercadoria, as relações econômicas de exploração são mediadas juridicamente na forma do contrato”. Então, nessa sociedade, ao contrário da escravagista e da baseada na servidão, a forma jurídica adquire significado universal e a ideologia jurídica torna-se a ideologia por excelência (PACHUKANIS, 2017, p. 65).

Ao contrário do feudalismo, explica Pereira (2015, p. 66), o capitalismo pressupõe que o trabalhador seja uma pessoa livre, com liberdade para dispor sobre si, como sujeito de direito, como proprietário, que pode decidir livremente:

Supõe-se que o trabalhador, no gozo de sua liberdade, e em pé de igualdade com o capitalista, vende a sua força de trabalho por um período determinado ao burguês, também sujeito de direito, livre e proprietário dos meios de produção. As relações jurídicas e as normas aparecem como produto da vontade dos indivíduos ou da vontade geral, supostamente comandando as relações sociais, econômicas e políticas, que elas regulam.

Até porque, Marx (2013b, p. 313), em *O capital*, já havia desenvolvido a ideia de que a força de trabalho pode ser vendida como mercadoria. E isso, segundo ele, acontece, na medida em que mercadoria:

[...] é colocada à venda ou é vendida pelo seu próprio possuidor, pela pessoa da qual ela é a força de trabalho. Para vendê-la como mercadoria, seu possuidor tem de poder dispor dela, portanto, ser o livre proprietário de sua capacidade de trabalho, de sua pessoa. Ele e o possuidor de dinheiro, se encontram no mercado e estabelecem uma relação mútua como iguais possuidores de mercadorias, com a única diferença de que um é comprador e o outro, vendedor, sendo ambos, portanto, pessoas juridicamente iguais.

É possível identificar, então, duas espécies de possuidores de mercadorias que se relacionam um com outro, pois tem-se, de um lado, o proprietário de dinheiro, de meios de produção e de meios de subsistência, empenha-se em aumentar a soma de valores que possui, comprando a força de trabalho alheia, e, por outro, os trabalhadores livres, vendedores da própria força de trabalho e, portanto, de trabalho. Estabelecidos esses dois polos de mercado, ficam dadas as condições básicas da produção capitalista (MARX, 2013b).

Em *A origem da família, da propriedade e do Estado*, Engels (1980, p. 198) também pontua que a força de trabalho se torna apta para produzir consideravelmente mais do que era preciso para a manutenção do produtor e, nessa nova fase, não demorou muito até se descobrir “[...] a grande verdade de que também o homem podia servir de mercadoria, de que a força do trabalho do homem podia chegar a ser objeto de troca e consumo”.

Numa sociedade produtora de mercadoria, a própria força de trabalho se torna mercadoria. Assim, os indivíduos comparecem no mercado como livres proprietários, estabelecendo um sistema de relações jurídicas sob a forma do contrato. Uma vez realizado o contrato de trabalho, a força de trabalho é posta pelo capitalista no processo de produção material. O contrato de trabalho é o invólucro jurídico que encobre o processo de exploração (PEREIRA, 2015).

E, realmente, Marx (2013b, p. 219) expõe que as engrenagens do processo de troca de mercadorias pressupõem uma relação jurídica, cuja forma é o contrato:

As mercadorias não podem ir por si mesmas ao mercado e trocar-se umas pelas outras. Temos, portanto, de nos voltar para seus guardiões, os possuidores de mercadorias. [...] para relacionar essas coisas uma com as outras como mercadorias, seus guardiões têm de estabelecer relações uns com os outros como pessoas cuja vontade reside nessas coisas e agir de modo tal que um só pode se apropriar da mercadoria alheia e alienar a sua própria mercadoria em concordância com a vontade do outro, portanto, por meio de um ato de vontade comum a ambos. Eles têm, portanto, de se reconhecer mutuamente como proprietários privados. Essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, seja ela legalmente desenvolvida ou não, é uma relação volitiva, na qual se reflete a relação econômica. O conteúdo dessa relação jurídica ou volitiva é dado pela própria relação econômica. Aqui, as pessoas existem umas para as outras apenas como representantes da mercadoria e, por conseguinte, como possuidoras de mercadorias.

Pachukanis (2017) transporta a noção da mercadoria como elemento fundamental do tecido social capitalista para o direito e encontra a noção de sujeito de direito como conceito basilar para a construção de sua teoria geral. Sua estratégia materialista básica foi relacionar a troca de mercadorias com o momento em que o homem passa a ser visto como uma personalidade jurídica, portador de direitos.

Marx disse que nem as relações jurídicas nem as formas de Estado podem ser compreendidas a partir de si mesmas, tendo antes a sua origem nas condições materiais de vida. Então, pode-se dizer que, na verdade, é a troca de mercadoria e o trabalho feito como mercadoria que talham o conceito de sujeito de direito.

Assim, o sujeito, como núcleo da teoria geral do direito, guarda vínculo com as relações de produção capitalistas. “A circulação mercantil e a produção baseada na exploração da força de trabalho jungida de modo livre e assalariado é que constituem, socialmente, o sujeito portador de direito subjetivos” (MASCARO, 2013, p. 40).

Dessa forma, para que o capital possa explorar o trabalho, é necessária a construção de uma categoria central, a do sujeito de direito. Para Pachukanis (2017), a noção de sujeito de direito não existia nas sociedades pré-capitalistas, pois, como dito anteriormente, as relações eram construídas a partir da força, tradição e posse direta dos meios de produção. Haviam sujeitos, sujeitos pela força, pela impossibilidade de outros meios, mas não sujeitos de direito. No capitalismo há outro aspecto central, já que alguém se torna sujeito à outra pessoa, mediante instrumentos jurídicos. Assim, os sujeitos têm um agir limitado às balizas e construções jurídicas. Se algum sujeito toma bens por formas que não são jurídicas, comete crime, porque tudo o que se compra ou vende deve ser feito através dos instrumentos jurídicos.

Logo, é possível depreender que uma forma de ler a produção de Marx e de entender categorias abstratas no plano concreto é também colocando a noção de sujeito de direito como remanescente de uma base concreta, que é a sociedade produtora de mercadorias, na qual o trabalho é explorado de forma assalariada.

Sobre essas novas relações jurídicas, Mascaro (2013, p. 21) pontua que,

Dessa maneira, o contrato se impõe como liame entre os que trocam mercadorias – e, dentre elas, a força de trabalho. Mas, para que o vínculo seja contratual, e não simplesmente de imposição de força bruta nem de mando unilateral, é também preciso que formas específicas nos campos político e jurídico o constituam. Para que possam contratar, os indivíduos são tomados, juridicamente, como sujeitos de direito. Ao mesmo tempo, uma esfera política a princípio estranha aos próprios sujeitos, com efetividade e aparatos concretos, assegura o reconhecimento da qualidade jurídica desses sujeitos e garante o cumprimento dos vínculos, do capital e dos direitos subjetivos. No processo de reprodução social capitalista, com as trocas levantam-se também uma forma jurídica e uma forma política estatal, específicas historicamente e suas correspondentes necessárias.

Mascaro (2013), tendo como ponto de partida o próprio Marx, afirma que a forma jurídica afasta as velhas relações sociais que jungiam os sujeitos pelo arbítrio ou pela força, sendo uma das engrenagens necessárias às sociedades capitalistas.

“O núcleo da forma jurídica reside no complexo que envolve os sujeitos de direito, com seus correlatos do direito subjetivo, do dever e da obrigação – atrelados, necessariamente, à vontade autônoma e à igualdade formal no contrato com seus corolários” (MASCARO, 2013, p. 39).

Por essa razão, não é a força que impõe o capital perante à classe trabalhadora, já que os vínculos na relação entre capitalista e trabalhador são jurídicos, o que faz com que o direito seja um dos elementos centrais do capitalismo.

1.6 Relações jurídicas, liberdade e igualdade para a teoria marxista

O direito, a partir da construção evidenciada inicialmente por Marx, em *O capital*, e posteriormente desenvolvida por Pachukanis, corresponde à relação jurídica entre sujeitos de direito, que são indivíduos proprietários de dois atributos, a liberdade e a igualdade. Liberdade para dispor daquilo que lhe pertence, inclusive da sua força de trabalho, e igualdade no momento da troca. E essa noção tem uma série de implicações.

Com a Revolução Francesa, os postulados da liberdade e igualdade, além da fraternidade, são apresentados como direitos universais, indestrutíveis e decorrentes da própria natureza do ser humano. Houve, assim, pela primeira vez na história dos povos, a universalização dos princípios políticos. Desse modo, a Revolução do século XVIII tornou-se “gênero de importantíssimas renovações institucionais, na medida em que içou, a favor do homem, a tríade da liberdade, igualdade e fraternidade” (BONAVIDES, 2009, p. 30).

Tanto é que o texto da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, dispõe que “o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos”, por isso que, os representantes do povo “resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem”:

Art. 1º Os homens nascem e são livres e iguais em direito.

Art. 2º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão (FRANÇA, 1789).

Como se percebe a partir do texto dos artigos, a propriedade privada é sagrada e inviolável e a igualdade jurídica e a liberdade pessoal são proclamadas para todos os homens de todos os lugares do mundo. Essa comoção revolucionária produz até hoje correntes de pensamento que procuram transformar a sociedade.

O direito se apresenta justamente para garantir a liberdade e igualdade como direitos humanos. Os direitos burgueses, como explicam Freitas e Costa (2013), da liberdade, propriedade e segurança, reforçam que cada um pode usufruir de sua liberdade e de sua propriedade (se a tiver), da maneira que bem entender.

Contudo, Gomes e Gazoto (2016) explicam que o assentamento do Estado moderno no postulado da legalidade e da segurança jurídica não é suficiente para assegurar uma verdadeira proteção à pessoa humana diante do poder estatal, mas, ao contrário, o direito se constitui em instrumento que viabiliza a exploração do homem no modo capitalista e resulta em mera igualdade formal.

A partir de uma leitura mais cuidadosa da sociabilidade capitalista, o direito se revela como o instrumento que faz com que os sujeitos que portam e vendem mercadorias, entre elas, a força de trabalho, sejam também equivalentes, o que configura a igualdade jurídica. Trabalhador assalariado e capitalista são iguais perante o direito e esta igualdade jurídica permite a realização de um contrato. Com o capitalismo, há ruptura com as diferenças estabelecidas nas sociedades pré-capitalistas, buscando a igualdade jurídica para todas as pessoas. A igualdade jurídica entre todos é necessária para a exploração de uma pessoa por outra, mediante um instrumento jurídico, que é o contrato, fazendo com que o trabalho se torne mercadoria (PACHUKANIS, 2017).

A igualdade “concretizou-se na igualdade formal de todos os indivíduos perante a lei, permitindo, dessa forma, o encontro, no mercado, dos proprietários de mercadorias, como

sujeitos de direitos e obrigações, possibilitando a circulação mercantil” e “a liberdade se concretizou na liberdade para o capitalista explorar os trabalhadores e se apropriar do excedente produzido por eles no processo de produção burguês” (PEREIRA, 2015, p. 85).

As pessoas iguais também têm que ser livres para a disposição de sua vontade. A estrutura do capitalismo presume que a liberdade seja dada a partir de uma vontade livre. Assim, parece haver uma liberdade, já que as pessoas são livres para trabalhar e os capitalistas são livres para contratar. Ao contrário das sociedades pré-capitalistas, quando os vínculos se estabeleciam através da força, no capitalismo, os vínculos são jurídicos, sendo que o direito, na sociedade capitalista, só pode se estabelecer com sujeitos que sejam iguais entre si e livres (MASCARO, 2013).

No prefácio à primeira edição alemã de *Miséria da filosofia*, Engels (2017, p. 155-156) aborda a questão da igualdade burguesa:

Justiça e igualdade de direitos são os pilares com a ajuda dos quais o burguês dos séculos XVIII e XIX queria construir o seu edifício social. Sobre as ruínas das injustiças, das desigualdades e dos privilégios feudais. A determinação do valor das mercadorias pelo trabalho e a livre troca que se faz de acordo com essa medida de valor entre os possuidores iguais face ao direito, tais são, como já o demonstrou Marx, os fundamentos reais sobre os quais se edificou toda a ideologia jurídica, política e filosófica da burguesia moderna.

Há, então, uma manipulação do direito de igualdade entre todos os homens e o cenário romântico da revolução burguesa se desfaz diante das desigualdades sentidas na vida concreta dos marginalizados e dos trabalhadores explorados pelo capital.

Depois, em *Anti-düring*, Engels (2015, p. 88 e 89) desenvolve a ideia e continua explicando que a burguesia precisava de um tipo de liberdade que fosse adequada ao novo ambiente econômico, a liberdade que pressuponha trabalhadores livres para vender sua força de trabalho no mercado. Além da liberdade, também se impunha:

[...] a implantação da igualdade jurídica, pela abolição das desigualdades do feudalismo, eram um postulado colocado na ordem do dia pelo progresso econômico da sociedade, e que depressa alcançaria grandes proporções. Embora proclamado este postulado da igualdade de direitos no interesse da indústria e do comércio, não havia mais remédio senão torná-lo extensivo também à grande massa de camponeses que, submetida a todas as nuances de vassalagem, que chegava até a servidão completa, passava a maior parte do seu tempo trabalhando gratuitamente nos campos do nobre senhor feudal, além de ter de pagar a ele e ao Estado uma infinidade de tributos. Postos neste caminho, não havia outro remédio para os burgueses senão exigir também a abolição dos privilégios feudais, a isenção de impostos para a nobreza, dos direitos políticos singulares de cada categoria social feudal. E como a sociedade não vivia mais num império mundial como o romano, mas sim dividida numa rede de Estados independentes, que mantinham entre si relações de igualdade e tinham chegado a um grau quase burguês de desenvolvimento, era natural que aquelas tendências

adquirissem um caráter geral, ultrapassando as fronteiras dos Estados e era natural, portanto, que a liberdade e a igualdade fossem proclamadas direitos humanos.

De fato, a burguesia, da mesma forma que se dá com os privilégios da nobreza, reivindica direitos singulares, para si, mas, pelo menos formalmente, teve que estender os direitos fundamentais de liberdade e igualdade à massa camponesa.

O direito acaba por reconhecer, formalmente, a igualdade, a liberdade e a possibilidade do acesso a esse conjunto de direitos. No âmbito das relações de propriedade e de trabalho, porém, os homens concretos, os trabalhadores, em confronto com o capital, vivenciam as mais variadas desigualdades e privações de riqueza, de liberdade e de igualdade (PEREIRA, 2015).

No quadro da sociedade capitalista, a relação entre capital e trabalho aparece como uma relação de igualdade. “Entretanto, trata-se de uma igualdade meramente formal, que, do ponto de vista ideológico, esconde as relações reais de desigualdades existentes entre capitalistas e trabalhadores assalariados” (PEREIRA, 2015, p. 20).

Sobre a relação entre o direito e a sociedade capitalista, Bottomore (2013, p. 414, grifo do autor) pontua que a ficção jurídica de um contrato entre sujeitos livres “obscurece a verdadeira natureza da produção, em particular os ‘fios invisíveis’ que aprisionam o trabalhador assalariado ao capital”. Mas, sobre as sociedades pré-capitalistas, o autor continua e explica que “a verdadeira natureza das relações sociais de produção é obscurecida pelo véu das relações de dominação pessoal [...]”, e não pelo direito.

O problema é que a configuração concreta das categorias de liberdade, igualdade, contrato, sujeito de direito, entre outras, no interior da sociabilidade burguesa, cominam com uma profunda desigualdade econômica, social e política entre capital e trabalho. Há uma falsa neutralidade e imparcialidade das instituições jurídicas, pregadas pelo pensamento jurídico tradicional (PEREIRA, 2015).

Essas reflexões iniciais são importantes porque, de acordo com as contribuições dos teóricos marxistas e do próprio Marx, já é possível perceber que o crime também é um conceito abstrato, um artifício jurídico, conformado pelo direito para manter e proteger os bens e valores importantes para a sociabilidade do tipo capitalista.

Dessa forma, essas noções são essenciais para o jurista preocupado em se desvincular das concepções puramente normativas do direito e que busca alcançar uma sociedade menos desigual. Para tanto, parte-se dos elementos fornecidos por Marx para desenvolver uma análise crítica do direito penal.

Sobre as tais concepções tradicionais do direito, é interessante explicar que, a partir

de um esforço didático, pode-se classificar três correntes filosóficas do direito contemporâneo, os positivistas jurídicos, os não-positivistas e os marxistas.

O corte temporal que se entende por contemporâneo se dá com o produto do momento posterior às revoluções burguesas, portanto, fundamentalmente, os séculos XIX e XX e o atual. E, nesse tempo, o pensamento jurídico é conservador, legitimando o direito positivo estatal como única vertente de compreensão possível do direito.

Como já foi pontuado, o presente trabalho tem como fundamentação a teoria marxista, por isso não haverá a tentativa de estudar as demais correntes ligadas ao direito, mas, como o positivismo jurídico é a perspectiva filosófica mais comum no pensamento jurídico contemporâneo, apresentar-se-á, a seguir, algumas concepções e conceitos construídos cientificamente a partir dele.

2 DIREITO PENAL E SUA CONCEPÇÃO A PARTIR DA TEORIA MARXISTA

É preciso ter um outro olhar para as concepções próprias da construção jurídica burguesa, que anunciam o direito penal como expressão acima das classes sociais e alheio às transformações econômicas pelas quais passou a sociedade. Essa é a ideia central do presente trabalho. Daí o tratamento teórico de cunho marxista no capítulo que antecede. No entanto, para que essa análise possa ser feita, deve-se, antes, entender as concepções jurídicas que foram trabalhadas pela burguesia e que se originaram da necessidade de sua própria classe. É a partir desses conceitos que, mais adiante, será possível entender a verdadeira função do direito e do sistema penal atuais.

2.1 A burguesia e o direito

Como dito anteriormente, os séculos XVII e XVIII¹¹ foram palco de revoluções e vitórias da burguesia, mas a sua posição enquanto classe dominante precisava ser protegida, até mesmo pelo acirramento das lutas contra a classe trabalhadora. Os postulados de liberdade e igualdade defendidos na Revolução Francesa não eram mais suficientes para conter a classe trabalhadora, agora organizada, que reivindicava, através de lutas diárias, a concretização de seus direitos.

Esse cenário acaba por reclamar a consequente conservação do direito burguês, por isso é que se fala no legalismo e no conservadorismo do direito a partir do século XIX¹². Dá-se início ao movimento codificador, os códigos civis passam a ser o fundamento dos ordenamentos jurídicos e o direito passa a ser uma interpretação literal da lei. O positivismo jurídico se apresenta como a corrente filosófica dominante no direito, sendo estudada e reproduzida como a principal forma de se pensar as relações jurídicas. Enfim, a sistematização e codificação do direito surgem como uma necessidade da nova classe burguesa e da segurança nas relações

¹¹ É importante explicar que o jusnaturalismo é concepção filosófica do direito que tem espaço na transição da Idade Média à Idade Moderna. O direito natural da burguesia revolucionária, além de postular os direitos do homem, buscava estreitar os poderes dos monarcas absolutistas e destruir o mundo de privilégios do feudalismo. A principal característica do jusnaturalismo consiste em fazer do indivíduo a matriz do direito e do Estado. Perante a filosofia individualista do jusnaturalismo, o direito acha a sua legitimação no indivíduo, repousando em verdades eternas, postulados imutáveis no tempo e no espaço, com suposta validade absoluta. O direito adquire sentido ideal e abstrato (BONAVIDES, 2013; BONAVIDES, 1999).

¹² No entanto, o jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII dá espaço ao positivismo jurídico. Por isso é interessante expor, ainda que de passagem, alguns critérios de distinção entre o direito natural e o direito positivo, pontuados por Bobbio (1995): o direito natural se baseia na universalidade, imutabilidade e é conhecido através da razão; o positivo, por sua vez, se aplica em determinado lugar e tempo, é mutável e conhecido através de uma declaração de vontade alheia, a do legislador.

econômico-sociais e da organização da sociedade.

A base teórica do positivismo é dada por Auguste Comte (1798-1857), fundador do positivismo. Seus estudos propunham a extensão dos métodos científicos das ciências naturais para o estudo da sociedade e a criação de uma sociologia científica¹³ (BOTTOMORE, 2013).

No século XIX, Durkheim (1858- 1917) operacionalizou as ideias de Comte e, em *As regras do método sociológico*, buscou definir o método que se aplica ao estudo dos fatos sociais. Para o autor, deve-se considerar os fatos sociais como coisa e estudar a sociedade em si, e não com o discurso que se faz sobre ela.

No campo do direito, a visão positivista surge do agudo apego ao direito posto, positivado, das regras impostas pelo Estado, por isso, é uma filosofia do direito de tipo normativo estatal. “O processo de positivação se dá por meio da consagração dos direitos nos textos jurídicos, antes projetados apenas no plano da filosofia política”, até porque, o positivismo jurídico apenas “lança a um outro nível, o prático-jurídico, a perspectiva teórica e racionalista, atribuindo precisão e segurança aos direitos, pois em lugar de sua evidência ou dedução racional apenas, impunha-se a certeza de uma declaração expressa” (SAMPAIO, 2004, p. 207).

Mascaro (2016, p. 321) explica que, a partir do positivismo jurídico, compreende-se o direito como uma contínua técnica de operação dos instrumentos jurídicos. A norma, a sentença, o processo legislativo, o ordenamento, a isso se reduzirá a preocupação do pensamento jurista.

De acordo com o que já foi esboçado anteriormente, é importante explicar que Hans Kelsen (1881-1973) e sua *Teoria Pura do Direito*, publicada em 1934, representam o positivismo jurídico e a forma como o direito é pensado, ensinado e reproduzido nos dias de hoje. Por isso é importante destacar a própria fala do autor, que representa a síntese do seu método:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto (KELSEN, 2003, p. 01).

Kelsen (2003) concebe o direito como um sistema de normas, sendo que esse

¹³ Sua concepção do método científico era evolucionista e empirista, sendo que todos os ramos do conhecimento passam por três estágios históricos necessários: teleológico, metafísico e, finalmente, positivo ou científico. Nesse estágio final, é abandonada a referência às causas últimas, ou não observáveis, dos fenômenos, em favor de uma busca de regularidades semelhantes a leis entre os fenômenos observáveis (BOTTOMORE, 2013).

sistema é estruturado de forma piramidal, ou seja, as normas inferiores encontram seu fundamento de validade na norma imediatamente superior. Na pirâmide normativa de Kelsen, a Constituição aparece como a norma mais alta no sistema de escalonamento, condicionando a validade das demais leis. Antes da Constituição, existe a ideia de uma norma fundamental anterior e hipotética, produto lógico-formal de seu sistema.

Por sua vez, Bobbio (1995, p. 26 e 27), em *O positivismo jurídico*, explica que a origem dessa concepção:

É ligada à formação do Estado moderno que surge com a dissolução da sociedade medieval. [...]. Com a formação do Estado moderno, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que [...] chamamos de processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado.

O autor ainda pondera que “o positivismo nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais”. Portanto, o positivismo jurídico dá uma definição do direito estritamente fatural, como uma simples técnica (BOBBIO, 1995, p. 135).

O positivismo jurídico, então, define o direito como um conjunto de normas emanados pelo Estado, considerando como normas jurídicas todas as emanadas em um determinado modo estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico, prescindindo do fato de estas serem ou não efetivamente aplicadas na sociedade (BOBBIO, 1995).

O movimento de positivação do direito se traduz em sua codificação, ou seja, movimento que organiza, sistematiza e insere as normas em códigos. A codificação confere certeza ao direito, porque as normas são facilmente perceptíveis através da leitura e porque sistematiza princípios esparsos, facilitando a pesquisa, interpretação e aplicação das normas. Com a entrada em vigor dos códigos, não se pode mais alegar o costume, mas somente a lei. A lei, então, se torna a principal fonte do direito.

O *Code Civil* de Napoleão Bonaparte, promulgado na França, em 21 de março de 1804, é o principal exemplo de legislação codificada do século XIX, influenciando a elaboração dos códigos do mundo jurídico ocidental até os dias de hoje.

Como se pode perceber, não tem sentido para os positivistas procurar as fontes materiais do direito, presentes nas relações de produção, nem analisar os efeitos dos conflitos de classe na criação do direito.

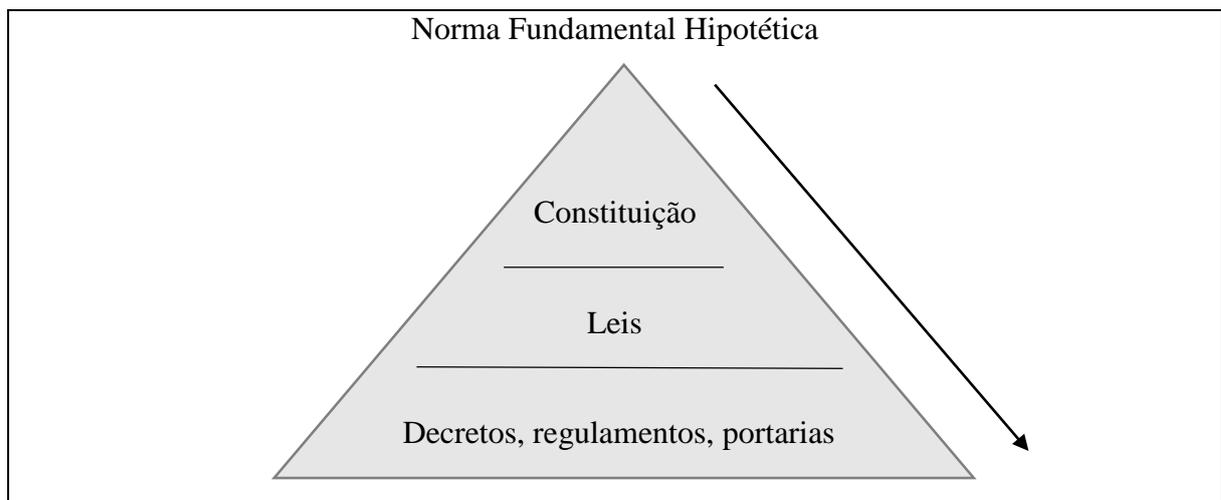
2.2 Ordenamento jurídico

Apesar das críticas marxistas que se voltam ao positivismo jurídico, o direito conheceu um desenvolvimento considerável nessa fase, havendo codificação e sistematização dos seus conceitos. O pensamento jurídico elaborou um corpo próprio de categorias, bem como métodos de interpretação e aplicação do direito.

Hoje, o direito forma um complexo de normas, por um lado, e, por outro, instituições jurídicas que criam, interpretam e aplicam as leis e princípios de um determinado ordenamento jurídico. O direito constitui um campo científico específico, por isso, a seguir, alguns esquemas devem ser traçados, para que, enfim, possa-se contextualizar a leitura marxista do direito penal com maior clareza.

Primeiramente, a figura 1 ajuda na visualização do esquema piramidal do ordenamento jurídico traçado por Kelsen.

Figura 1 - pirâmide normativa de Kelsen

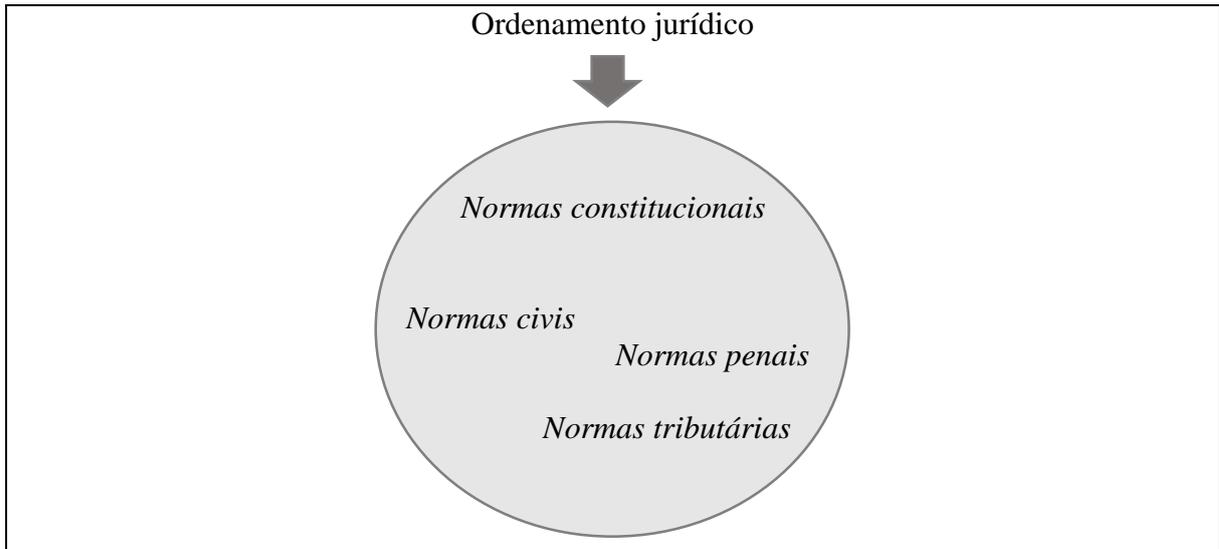


Fonte: elaborado pela autora com base na proposta na obra *Teoria pura do direito* de Hans Kelsen.

Outra obra importante para o direito é a *Teoria do ordenamento jurídico*, do já citado Norberto Bobbio (1909-2004). Em seu texto, Bobbio (1999) entende que as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si ou em um ordenamento. Esta é mais uma entre as acepções que o termo direito pode assumir, ou seja, no positivismo jurídico de Bobbio, o direito indica um tipo de sistema normativo.

A figura 2 procura retratar a totalidade do ordenamento jurídico como um conjunto de normas.

Figura 2 - representação do ordenamento jurídico



Fonte: elaborado pela autora com base na *Teoria do ordenamento jurídico* de Norberto Bobbio.

As obras de introdução ao estudo do direito também costumam classificar o direito positivo em direito público e direito privado. O direito privado seria aquele que se constitui de toda espécie de norma que venha organizar juridicamente os interesses de ordem individual que se registram nas relações entre particulares. O direito público seria aquele que regula os interesses da ordem coletiva, ou seja, a organização das instituições políticas de um país, as relações dos poderes entre si e destes com os elementos particulares (SILVA, 2006).

Quadro 1 - divisão didática do direito

Direito privado	Direito público
Direito civil	Direito constitucional
Direito empresarial	Direito administrativo
Direito do consumidor	Direito tributário
Direito do trabalho	Direito penal
	Direito processual

Fonte: elaborado pela autora com base no que é reproduzido pelos manuais do curso de direito.

As relações jurídicas no direito privado se dão de forma horizontal, entre particulares. Como exemplo, cita-se os contratos, regulados pelos códigos civis, que são ajustados entre as partes contratantes e contratadas.

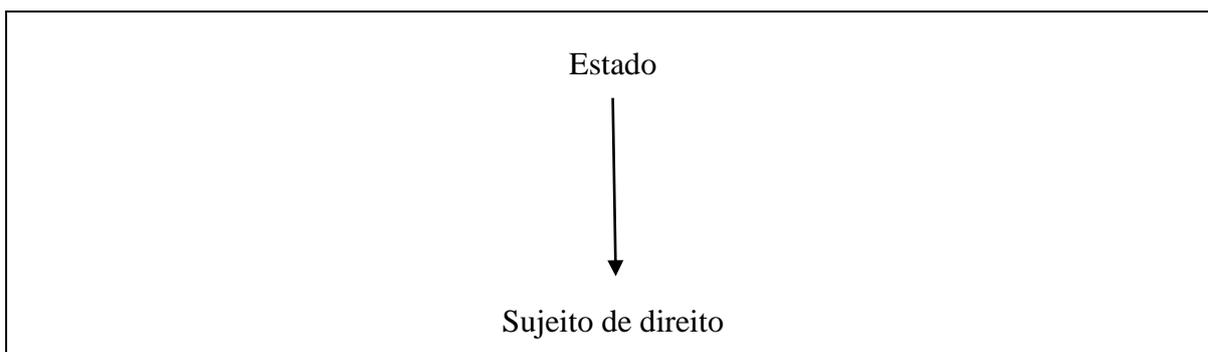
Figura 3 - esquema do direito privado



Fonte: elaborado pela autora com base no que é reproduzido pelos manuais do direito.

No direito público, por outro lado, as relações se dão de forma vertical, entre o Estado e os particulares, não havendo, como regra geral, ajuste prévio entre eles, pois o Estado intervém diretamente. Por exemplo, tem-se a aplicação das penas no caso de cometimento de crimes, pois só o Estado pode criar e aplicar a pena no caso concreto.

Figura 4 - esquema do direito público



Fonte: elaborado pela autora com base no que é reproduzido pelos manuais do direito.

Eis aí o desenho do direito positivo que é ensinado, aprendido e aplicado atualmente. Esses conceitos e esquemas traduzem o direito dominante, construído pela necessidade burguesa de conferir segurança às relações jurídicas e isso foi alcançado com a codificação e com a ideia de que a única fonte do direito é a lei criada pelo Estado, através de sua função legislativa.

De qualquer forma, o objetivo aqui não é desconstruir o positivismo jurídico, mas apenas dar conta de explicar que essa perspectiva acaba por limitar os juristas a uma única forma de pensar e afasta outras concepções críticas do direito. O que incomoda, é o fato dessa construção descartar a influência das relações de produção e os efeitos dos conflitos de classe na criação do direito.

Dessa forma, com esse parâmetro dado pela perspectiva filosófica mais comum no pensamento jurídico, passa-se ao estudo do direito penal e do lugar que ele ocupa nesse conjunto de normas positivadas e codificadas.

2.3 O lugar do direito penal

A partir do que foi visto acima, é possível dizer que o direito penal é um sistema normativo que faz parte do ordenamento jurídico público, estabelecendo as ações ou omissões criminosas e cominando determinadas penas.

O que trazem os autores tradicionais do direito é a ideia de que o direito penal tem como função evitar as lesões a bens jurídicos relevantes. Prado (2018, p. 38), por exemplo, esboça que o direito penal, refere-se a “comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, que afetam gravemente bens jurídicos indispensáveis à sua própria conservação e progresso”.

Ocorre que, como Prado (2018), as obras de autores tradicionais¹⁴ do direito penal, se limitam a dizer que os crimes representam condutas consideradas danosas a todo o corpo social e que violam bens jurídicos indispensáveis. Mas, o que não se diz é que esses bens jurídicos são indispensáveis à sociabilidade burguesa e à sua própria conservação. Assim, dá-se uma aparência de que o direito penal é posto para a proteção de todos.

Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 65 e 66) entendem que o modelo positivista e a estrutura normativa do ordenamento jurídico parecem uma “verdade incontestável”, mas a ilusão científica de objetividade não passa “de um elemento sedativo e anestésico”.

Por isso, se pretende aqui, lançar um olhar para além dessa aparência de normalização da dominação burguesa, também no direito penal.

A revolução industrial, que se dá com a passagem da produção servil para a capitalista, se desenvolveu ao longo de três séculos, ganhando grande impulso na transição dos séculos XVIII para o XIX. As consequências das transformações sociais e econômicas provocadas persistem até os dias de hoje.

A produção agrícola passou a ser manufatureira e a classe dominante já não era constituída pelos senhores feudais, e sim pelos donos dos modos de produção concentrados nas cidades. Com isso, produziu-se a concentração urbana da população e o servo, sem a proteção do senhor, foi deslocado do campo para a cidade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

Esse fenômeno gerou uma concentração de população nas cidades, que ofereceu a sua mão-de-obra aos proprietários:

Mas estes eram poucos, porque a acumulação de bens de produção (máquinas) era ainda escassa, de modo que a oferta supera largamente a demanda e, portanto, os trabalhadores veem-se obrigados a contratar em troca de sustento, ou até menos que isto, em condições terríveis. [...] os proprietários dos bens de produção possuem uma ganância proporcionalmente muito superior ao preço do capital, pois, como se aproveitam da necessidade dos que oferecem sua mão-de-obra – e tampouco poderiam proceder de outro modo, porque os preços dos produtos já não seriam competitivos – também se apropriam daquilo que pagam a menos à mão-de-obra. Desse modo, vai-se acumulando capital em suas mãos, que é reinvestido em bens de produção

¹⁴ No Brasil, Damásio de Jesus e Julio Fabbrini Mirabete são autores tradicionais do direito penal, tendo ambos publicado várias edições de manuais de direito penal, sendo bastante estudados por alunos e professores atualmente.

(máquinas), e assim a demanda de trabalho aumenta, reduzindo-se a sua oferta (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 231).

Durante esse processo, a população concentrada nas cidades não tinha trabalho, mas tinha fome. A riqueza e a miséria, como contradições percebidas por Marx, concentravam-se no mesmo espaço geográfico, sendo que parte dos:

[...] integrantes das massas despossuídas que, vindas do campo, constituíam a miséria da cidade durante o processo de acumulação de capital produtivo, não tinham capacidade laboral, porque não sabiam trabalhar nas fabricas, nas manufaturas. Eram homens, mulheres e crianças chegados do campo, habituados às tarefas agrícolas, mas não adaptados ao sistema e à disciplina da fábrica (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 245).

A acumulação do capital foi um processo lento e cheio de dificuldade e as massas miseráveis reproduziam-se rapidamente, sem poder ser assimiladas pelo novo sistema de produção, com a velocidade requerida para a neutralização do perigo que representavam para o próprio processo de acumulação. Às vistas da burguesia, a população se tornava perigosa e ameaçava sua dominação econômica, logo, era necessário apelar para um mecanismo jurídico de contenção (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

Santos (2015, p. 06) também explica que o direito penal ganha forças no processo de acumulação primitiva do capital, na transição do modo de produção feudal para o modo de produção capitalista:

A ruptura violenta das condições de vida dos camponeses – expropriados dos meios de produção e expulsos das terras feudais, mas desprovidos da disciplina necessária para o trabalho assalariado na manufatura ou na indústria incipiente – determina a formação de bandos de famintos, mendigos, vagabundos e ladrões, explicável pelas transformações históricas objetivas do modo de produção. Não obstante, para proteger a propriedade e controlar as chamadas ‘classes perigosas’, definidas como ‘criminosos voluntários’, cujas condutas seriam produtos de decisões pessoais, a burguesia nascente editou uma legislação criminal sangrenta, criou uma polícia para controle/repressão do povo excluído do mercado de trabalho e transformou castelos em prisões [...] para reclusão e disciplina (para o trabalho assalariado) das massas marginalizadas.

À burguesia não fazia mais sentido enfrentar a nobreza, mas agora sua posição se achava em perigo “em razão do poder das classes mais carentes, aos quais ainda não podia incorporar totalmente à sua forma de produção industrial e que continuavam concentrados nas cidades”. As classes populares “[...] se tornaram perigosas para o capitalismo incipiente em pleno processo de acumulação e o controle deveria orientar-se preferencialmente para elas” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 249).

O direito acaba por criminalizar o proletariado que não se adaptava aos novos arranjos sociais. Como exemplo, é possível identificar em Marx (2000, p. 47) uma passagem em que ele expõe tal entendimento:

A criação do proletariado sem lar nem pão – despedido pelos grandes senhores feudais e cultivadores, vítima de repetidas e violentas expropriações – era necessariamente mais rápida que a sua absorção pelas manufaturas nascentes. Por outro lado, estes homens, bruscamente arrancados de suas ocupações habituais, não se podiam adaptar prontamente à disciplina do novo sistema social, surgindo, por conseguinte, deles, uma porção de mendigos, ladrões e vagabundos. Daí a legislação contra a vadiagem, promulgada nos fins do século XVI, no oeste da Europa. Os pais da atual classe operária foram duramente castigados por terem sido reduzidos ao estado de vagabundos e pobres. A legislação os tratou como criminosos voluntários, supondo que dependia de seu livre arbítrio o continuar trabalhando como no passado e como se não tivesse sobrevivendo nenhuma mudança em sua condição de existência.

A privação de liberdade como uma espécie de pena se consolidou justamente no curso do século XIX, quando a burguesia se desenvolveu completamente. Antes, as celas, prisões e calabouços da Idade Antiga e da Idade Média serviam como prisão cautelar, apenas com a finalidade de assegurar a execução final da pena, através dos castigos corporais.

A fim de controlar essa massa, o lógico era diminuí-la, através da criminalização e do aprisionamento. A organização dos sindicatos, os protestos dos trabalhadores, as greves e as sabotagens passam a ser consideradas criminosas, e ainda são, por lesar a segurança das relações capitalistas. Ademais, foi necessário criar a polícia em sua forma moderna para custodiar a riqueza da burguesia. Também não foi por acaso que a legítima defesa passa a fazer parte do conteúdo escrito dos códigos, admitindo-se plenamente a defesa da propriedade, inclusive à custa da vida do infrator (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

É nessa transição do século XVIII para o século XIX, com a consolidação do poder político da burguesia, que o direito penal conhece uma forma estruturada e sistematizada.

Um dos autores mais citados nesse ambiente, é Cesare Bonessana (1738-1794), o marquês de Beccaria, que, em 1764, escreveu a obra *Dos delitos e das penas*, afirmando que os crimes e as penas deveriam ser criados pela lei e todos deveriam ser tratados como iguais perante a legislação penal. O autor acabou por criar a base do direito penal contemporâneo.

No século XIX, fazia sentido um direito que consolidasse o poder da burguesia. Assim, o objeto do direito penal passa a ser o direito positivo, estabelecido e formado pelos códigos¹⁵ e leis penais. A realidade jurídica é estudada à margem dos fenômenos sociais e

¹⁵ Um código é uma lei que trata de reunir todas as disposições concernentes a uma matéria jurídica, ordenando-as em forma sistemática.

econômicos e a interpretação dos textos é gramatical, reafirmando a prioridade e a suficiência da lei escrita. A principal fonte do direito penal e sua base de interpretação é a lei.

O direito penal se consolida com o movimento codificador. Praticamente toda a Europa e América adotaram códigos penais nesse século. O Código Penal francês, por exemplo, foi criado em 1810, o do Brasil, em 1830, o da Áustria, em 1852 e o de Portugal, em 1886. O movimento de codificação foi influenciado pelas mudanças socioeconômicas da industrialização, resultando nos grandes códigos desse século (PRADO, 2018).

Desse modo, é possível notar que a o direito penal também segue a lógica de construção do direito burguês. A metodologia do direito penal não pode ser diferente da metodologia jurídica em geral. Daí que cada um dos fundamentos filosóficos que têm sido dado a esse ramo do direito marcou, também, a presença de um caminho de conhecimento. Foi assim que se adotou o método que pretendia reduzir a ciência jurídica a uma mera técnica de análise da letra da lei. O direito penal parte de uma validade formal, considerada em detrimento de seu conteúdo, sendo que essa tendência de separar nitidamente o saber jurídico da realidade social caracteriza o positivismo jurídico¹⁶, ainda aplicado atualmente (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

A ciência penal aparece como uma exposição sistemática de normas que regulam os conceitos de crime e pena, sob um ponto de vista puramente jurídico. Seu objeto é o ordenamento jurídico positivo e sua função reside, portanto, na elaboração técnico-jurídica do direito penal positivo e vigente.

2.4 Crime: seus conceitos e estrutura

O direito penal, do ponto de vista didático, é dividido em duas partes, a parte geral, que estuda o crime, seus requisitos e a pena; e a parte especial, que estuda os crimes em espécie, como o homicídio, furto, roubo, estelionato, tráfico de drogas, posse de arma de fogo, entre tantos outros.

A definição de crimes se realiza pela descrição das condutas proibidas em modelos abstratos de condutas, com as respectivas escalas das penas, dispostas na parte especial dos

¹⁶ No âmbito penal, o positivismo jurídico também foi precedido pelo jusnaturalismo. Este movimento do século XVIII se sustentava em torno dos direitos naturais do homem e da ideia de que a gênese e fundamento do direito é uma lei eterna universal, transcendente e imutável, sem partir da ideia de normatividade. Ocorre que ideologia jusnaturalista havia proporcionado à burguesia incipiente apenas uma limitação frente aos privilégios da nobreza, mas não os protegia suficientemente diante das massas populares. Por isso entra em cena, posteriormente, o positivismo jurídico, a fim de consolidar a dominação burguesa, também através do direito penal (MASCARO, 2016).

códigos. Tem-se, como exemplo, o artigo 121 do Código Penal brasileiro, com a seguinte redação: “Matar alguém: pena – reclusão, de seis a vinte anos” (BRASIL, 1940).

No Brasil, o Código Penal é o principal documento jurídico no campo do direito penal, sendo também dividido em duas partes, a parte geral, na qual estão estruturados os aspectos gerais da teoria da norma penal e do crime, e a parte especial, na qual estão descritas as condutas tipificadas como crime no Brasil, bem como as penas previstas para esses crimes. Além disso, outras leis penais especiais compõem o conjunto de normas penais no Brasil, a exemplo da Lei do Tráfico de Drogas (Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006) e o Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003).

Quadro 2 - divisão didática do direito penal

Código Penal	
Parte geral	Estudo do crime, seus requisitos e a pena
Parte especial	Estudo dos crimes em espécie

Fonte: elaborado pela autora com base no que é reproduzido pelos manuais do direito penal.

Também de acordo com o que é sistematizado nos manuais, o direito penal teria como fonte de produção da legislação penal, a União, sendo que a lei seria a fonte de conhecimento do direito penal. Isso porque, no Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988, dispõe, em seu artigo 21, I¹⁷, ser da União¹⁸ a competência para legislar sobre direito penal. Ademais, tanto o artigo 5º, XXXIX, da Constituição, como o artigo 1º do Código Penal brasileiro, dispõem que não há crime nem pena sem uma lei prévia que os defina¹⁹. Assim, tem-se a aparência de que é a União e a lei que criam o direito penal.

Quadro 3 - fontes do direito penal

Fontes de produção e de conhecimento do direito penal	
Fontes de produção	União
Fontes de conhecimento	Lei

Fonte: elaborado pela autora com base no que é reproduzido pelos manuais do direito penal.

¹⁷ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho (BRASIL, 1998).

Art. 5º [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (BRASIL, 1998).

¹⁸ A União é um dos entes federativos, ao lado dos estados, municípios e distrito federal, que compõem o Estado federal brasileiro.

¹⁹ O princípio da legalidade, expresso nos artigos 5º da CRFB/88 e 1º do Código Penal brasileiro seguiram o texto do artigo XI, n. 1 e 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei [...]” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A partir disso, é possível entender que a punição pela prática de crime é monopólio do Estado, até porque, o direito penal, por ser um ramo do direito público, regula as relações dos homens com o Estado.

Quadro 4 - *jus puniendi*

<i>Jus puniendi</i> ou poder de punir = monopólio do Estado	
Legislativo	produz a lei penal
Judiciário	interpreta e aplica a lei penal
Executivo	executa as penas

Fonte: elaborado pela autora com base no que é reproduzido pelos manuais do direito penal.

O crime, como uma das principais categorias do direito penal e do presente trabalho, pode ser conceituado de três formas, sob o aspecto formal, material e analítico. Isso, é claro, quando se tem em vista as concepções puramente normativas do direito.

Quadro 5 - conceitos de crime

Crime		
<i>Conceito formal</i>	<i>Conceito material</i>	<i>Conceito analítico</i>
Crime é uma conduta definida em lei como tal e para a qual é cominada uma pena.	Crime é uma conduta que resulta em lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico.	Crime é um fato tipificado em lei, contrário a ela e culpável.

Fonte: elaborado pela autora com base no que é reproduzido pelos manuais de direito penal.

O conceito analítico é o adotado pelos autores dos manuais de direito penal. A partir dele, o conceito de crime é dividido em três substratos, o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade, de forma que, para que alguém seja condenado pela prática de um crime, o juiz terá que analisar se cada um desses substratos foi preenchido, seguindo a ordem que foram citados. O juiz faz a leitura do texto da lei e procede à sua decomposição analítica em elementos, reconstruindo-os de forma coerente, mas não pode alterá-los. Deve aplicar os elementos, tal como lhe são revelados pelo legislador, o que é um princípio básico que deve orientar a tarefa do jurista.

Trata-se de um método lógico-abstrato, devendo ser aplicado da mesma forma em todos os casos, não importando as condições específicas do caso concreto. Ademais, a partir de cada um desses elementos ou substratos do crime, encontram-se outros elementos essenciais que devem ser observados pelo juiz no julgamento do sujeito pela prática do crime.

O juiz obedece a esse processo lógico para verificar a configuração técnica do crime e, posteriormente, aplicar a pena. O processo é determinado pela lei penal e o juiz não tem liberdade para mudá-lo, devendo seguir exatamente o que prescreve o texto legal. Abaixo, tem-se um esquema simplificado desse processo.

Quadro 6 - substratos ou elementos do crime

Crime		
<i>Fato típico</i> ²⁰	<i>Antijuridicidade ou ilicitude</i> ²¹	<i>Culpabilidade</i> ²²
Conduta	Ausência de legítima defesa	Imputabilidade (maioridade e ausência de doença mental)
Resultado danoso	Ausência de estado de necessidade	Potencial consciência da ilicitude da conduta praticada
Nexo de causalidade entre a conduta e o resultado	Ausência de exercício regular de um direito	Exigibilidade de conduta diversa
Tipicidade (previsão legal da conduta)	Ausência de estrito cumprimento de um dever legal	

Fonte: elaborado pela autora com base no que é reproduzido pelos manuais do direito penal.

Uma vez configurado o crime, o juiz procede à aplicação da pena²³, seguindo, da mesma forma, um processo previamente determinado pelos códigos penais.

Engels (2015, p. 50) já havia criticado a absorção do conceito de crime pela ciência positivista. Para ele, a decomposição dos objetos de estudo em suas partes individuais e a subdivisão dos diferentes processos em classes bem determinadas nos legou o hábito de apreender as coisas e os processos em seu isolamento, “à parte do grande conjunto de conexões; de apreendê-las, por conseguinte, não em seu movimento, mas em sua estagnação, não como elementos essencialmente mutáveis, mas como elementos sólidos”.

Por isso é que se disse acima que o direito penal consolida o método lógico-abstrato

²⁰ O fato típico é um fato humano voluntário descrito abstratamente na lei como infração a uma norma penal (PRADO, 2018).

²¹ A antijuridicidade ou ilicitude é a relação de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico (PRADO, 2018).

²² Culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que recai sobre a conduta ilícita do agente (PRADO, 2018).

²³ As penas constituem a dimensão punitiva do direito penal, como ato de poder-político cuja aplicação e execução também pressupõe um sistema de conceitos que constituiu a dimensão jurídica do direito penal. A aplicação da pena pressupõe a configuração do crime, pois é necessário saber se existe crime para decidir como e contra quem aplicar a pena. Existem três categorias de penas criminais, as privativas de liberdade, que constituem a principal forma de punição; as penas restritivas de direito, tendo como exemplos a limitação de fim de semana e a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; e as penas de multa (PRADO, 2018).

e uma validade formal, em detrimento de seu conteúdo. Por isso é que se diz que há uma separação da técnica jurídica da realidade social.

O direito penal determina os comportamentos que afetam gravemente os bens jurídicos indispensáveis à sociedade e as consequências jurídicas de sua violação, mas não se ocupa da problemática geral das condutas criminosas na vida social. Dessa forma, é preciso quebrar o isolamento e lançar um novo olhar sobre o direito penal.

2.5 Direito penal, crime e teorias marxistas

Após o panorama dado a partir das perspectivas tradicionais do pensamento jurídico, é hora de voltar aos teóricos marxistas. Agora, de forma especial, introduz-se os estudos que procuraram avançar em relação a essas perspectivas mais comuns no pensamento jurídico penal. Da mesma forma que Marx, busca-se uma reflexão sobre as concepções que ainda proclamam que o direito penal não mantém relação com as condições sociais e econômicas de determinada sociedade.

Um estudo crítico do direito penal surge da mudança de abordagem da norma penal para uma abordagem das condições objetivas e estruturais da sociedade capitalista, com o deslocamento do interesse para as definições legais de crime e o processo de criminalização. Essa mudança no processo de apreensão do conhecimento jurídico penal representa um salto qualitativo, na medida em que apresenta o direito penal, não simplesmente como o ramo do direito que estuda os crimes, seus conceitos e as penas previstas em um código ou em outra lei penal, mas como sistema dinâmico vinculado à estrutura das relações de produção.

É a partir de um estudo crítico que se faz possível clarear a compreensão dos juristas e revelar a real função do direito penal em uma sociedade capitalista. Portanto, ainda hoje, a teoria de Marx ajuda a identificar o caráter de dominação das formas jurídicas penais do Estado e a iluminar a relação entre o jurídico e o econômico.

2.5.1 Crime em Marx e Engels

Neste ponto, mostra-se interessante retornar aos próprios textos de Marx e Engels, mas, agora, com a missão de buscar os elementos que permitem uma leitura crítica específica das questões criminais.

De fato, não há uma construção pronta e sistematizada de Marx ou Engels sobre o

direito penal, nem mesmo sobre o direito, tratado em seus aspectos gerais. Todavia, é possível identificar importantes passagens que contribuem, e muito, para um estudo crítico dessa temática e das contradições da sociedade capitalista.

O interessante é que, paralelamente ao caminho trilhado, ao longo dos séculos XVIII e XIX, pela perspectiva filosófica mais comum no pensamento jurídico, caminho este que foi esboçado anteriormente, o próprio Marx também se ocupava de estudar a criminalidade²⁴ e de revelar o real significado do direito penal e do crime. Mas, se por um lado, os caminhos de Kelsen e da normatização acabaram prevalecendo, por outro, Marx e seu materialismo são deixados de lado.

É curioso que, nos ambientes acadêmicos, de forma mais específica, nas faculdades de direito, até porque não se pode generalizar, o nome Karl Marx desperta reações agressivas, preconceituosas, confusas e desvinculadas de uma leitura séria do autor e de sua teoria. Existe a ideia de que de Marx busca apenas e tão somente uma ditadura do proletariado, a extinção da propriedade privada e a implantação do comunismo. Por conta desse preconceito teórico, encenado por alguns juristas que pouco estudaram a teoria marxista, perde-se, e muito, na compreensão do direito.

No entanto, para além dos projetos políticos e científicos concebidos por Marx, é importante resgatar o olhar que ele teve para a exploração e sofrimento do outro e a necessidade de pensar uma sociedade livre de exploração, onde os sujeitos sejam materialmente iguais.

É exatamente com esse sentimento que se destaca, mais uma vez, as impressões de Marx sobre o direito penal e o crime em *Os despossuídos*. Como se disse anteriormente, esse foi um dos primeiros textos em que Marx, enquanto editor da Gazeta Renana, manifestou sua preocupação com os despossuídos e com a criminalização da pobreza como resultado da dominação de classes. O livro surge de uma série de artigos que foram publicados no ano de 1842, através dos quais se percebe um jovem Marx preocupado com as condições sociais da população empobrecida da Alemanha do século XIX (MARX, 2017).

O texto se refere à questão do furto de lenha pela população pauperizada. Tratava-se de um costume que, analisado concretamente, não trazia nenhum tipo de dano aos proprietários dos bosques onde a madeira se encontrava, já que ninguém chegava a cortar as árvores, mas apenas se limitavam a pegar os galhos caídos na terra. A madeira serviria como lenha usada nas atividades domésticas dos camponeses. Ocorre que tal conduta passou a ser

²⁴ Por criminalidade entende-se o conjunto de crimes ou crimes analisados de forma coletiva. Criminalidade também pode indicar aquilo que se relaciona ao crime ou tudo que envolve uma situação de crime, como o tipo de crime que foi praticado, seu contexto, quem foi seu sujeito ativo, quem foi a vítima (SILVA, 2006).

considerada como crime e a ser repreendida violentamente (MARX, 2017).

O fascinante nesse caso é que Marx olhou para o outro e compreendeu uma situação de sofrimento e punição institucionalizadas pelo direito penal, que nada tinha a ver com sua própria vida. É justamente esse espírito de um Marx incomodado, que denunciava e lutava pelo outro, que se quer resgatar com o presente trabalho, imbuindo o penalista contemporâneo com o mesmo espírito.

A inserção da questão criminal na estrutura do modo de produção capitalista também pode ser encontrada em outros textos de Marx e Engels em que se discutem crime e criminalidade.

Bottomore (2013), interpretando o texto de Engels em seu *Discurso de Elberfeld* entendeu que o progresso da civilização já havia reduzido o nível de crimes violentos, mas aumentava o crime contra a propriedade. Portanto, o crime se incrementa com a desigualdade econômica e social e com a delimitação da propriedade privada.

Bottomore (2013) também expõe que, em *Population, Crime and Pauperism*, Marx em um dos artigos que escreveu para o *New York Daily Tribune*, em 16 de setembro de 1859, criticou as justificações filosóficas do crime por sua abstração e por sua incapacidade de situar os criminosos nas circunstâncias sociais concretas que deram lugar a seus crimes.

Finalmente, em *O capital*, consolida-se a noção de que a propriedade privada é o bem jurídico mais relevante da sociedade capitalista, por isso é que o direito penal se impõe. Os crimes patrimoniais foram severamente punidos durante a fase de formação do capitalismo – e continuam o sendo. O próprio Marx (2013b, p. 216) revelou que “[...] o capital fazia valer, onde lhe parecia necessário, seu direito de propriedade sobre o trabalhador livre, por meio da coação legal”.

Em *Anti-Dühring*, Engels (2015, p. 125) analisa a origem material dos crimes contra o patrimônio, ponderando que, “a partir do momento em que se desenvolveu a propriedade de coisas móveis, o mandamento moral ‘não furtarás’ se tornou comum a todas as sociedades em que ela passou a vigorar”.

Por fim, resta ressaltar que os textos de Marx e Engels, mesmo que sem uma apresentação sistematizada e específica, constituem ricas e críticas passagens sobre a sociedade, o direito penal e o crime. Ademais, outro ponto que deve ser ressaltado é o de que esses textos são essenciais, não só pela crítica e despertar teórico, mas pelo olhar humanista dos autores, para além do olhar reducionista e puramente normativo da igualdade legal disseminada pelos debates jurídicos.

Agora, apresenta-se uma outra vertente da produção teórica marxista, que parte do

russo Pachukanis e desemboca no pensamento do italiano Baratta, autores que escreveram em contextos diferentes, mas que têm em comum a matriz marxista, ousando romper com a perspectiva mais comum no pensamento jurídico e desenvolvendo teorias críticas do direito penal e do crime.

2.5.2 Crime e pena para Pachukanis

Uma primeira teoria crítica do direito penal, das primeiras décadas do século XX, pode ser lida no jurista marxista Pachukanis. Em *Teoria geral do direito e marxismo* (1924), ele já havia dito que o direito penal é aquela esfera em que a relação jurídica atinge a máxima tensão. Até porque, o direito penal, dentre todos os ramos do direito, é o que tem capacidade de afetar o indivíduo de modo mais direto e brutal.

Nos fins do século XIX e início do século XX, o mundo jurídico era influenciado simultaneamente pelo pensamento marxista e pelo positivismo não marxista. Nesse contexto, destaca-se que Pachukanis foi contemporâneo de Kelsen e desenvolveu sua obra enquanto a *Teoria pura do direito* (1934) também era desenvolvida.

O jurista positivista e sua análise puramente normativa do direito prevaleceram e são adotadas até os dias de hoje. Basta perguntar a qualquer estudante de direito e todos saberão dizer quem foi Kelsen e em que consiste a teoria pura do direito. No entanto, o jurista marxista e seu método de construção do concreto em uma ciência abstrata foram desconsiderados por muitas décadas, sendo apenas resgatados nos últimos anos e, assim mesmo, de forma muito tímida.

Pachukanis, como foi visto anteriormente, entendia o direito como um fenômeno fundamentalmente comercial, que atingira seu apogeu na sociedade burguesa, por isso sua obra tem como conceitos centrais os sujeitos, a igualdade e a equivalência abstratas entre as partes das relações jurídicas. O autor trata todas as instituições jurídicas, inclusive a família, a herança, os tributos e também o crime e a pena, segundo o modelo do contrato entre os sujeitos e suas trocas.

Pois bem. Com o intuito de relacionar os conceitos de crime e pena com as ideias de mercadoria e do sujeito de direito, desenvolvidas anteriormente por ele, Pachukanis (2017, p. 167) explica que “a origem do direito penal está ligada historicamente ao costume da vingança de sangue” e não há dúvida de que geneticamente esses fenômenos estejam bastante próximos, no entanto,

A vingança começa a ser regulada pelo costume e se transforma em retaliação, apenas quando junto com ela começa a se fortalecer o sistema de arranjos ou o resgate mediante pagamentos. A ideia de equivalente, essa primeira ideia puramente jurídica, tem sua fonte na forma da mercadoria.

O crime pode ser considerado uma variante particular de circulação, no qual a relação de troca, ou seja, contratual, é estabelecida depois do acontecimento do fato, ou seja, depois de uma ação arbitrária de uma das partes. A proporção entre o crime e a reparação se reduz à mesma proporção da troca.

Na verdade, para o autor, a pena não é vista somente a partir da forma tradicional do *jus puniendi* ou direito de punir como monopólio do Estado. De acordo com essa concepção tradicional, o direito de punir é aplicado em uma relação verticalizada, de cima para baixo, ou seja, do Estado em direção ao sujeito que praticou o crime. Para Pachukanis, o crime e a consequente pena são vistos em uma relação de troca, ou seja, em uma relação horizontal, entre os sujeitos. O que contraria a concepção de que o direito penal é criado materialmente pelo Estado ou, como quer a doutrina tradicional, pela União.

O discurso crítico da teoria da pena pretende revelar sua natureza material nas sociedades contemporâneas e introduz uma explicação da retribuição equivalente. Santos (2015) explica que o conceito de mercadoria é usado por Pachukanis para definir a pena criminal como proporção na troca de equivalentes, como troca jurídica do crime medida pelo tempo de privação de liberdade.

Da mesma forma, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 233 e 234) relacionam a pena de privação de liberdade, como consequência da prática de um crime, com a mercadoria:

Quando um cidadão não paga uma indenização devida como resultado da violação de um contrato, é forçado a fazê-lo (dele é expropriado algo de valor), mas os homens da massa criminalizada por esse controle social nada possuíam. O que deles se expropriava? A única coisa que podiam oferecer no mercado: sua capacidade de trabalho, sua liberdade. Daí surge a ideologia que faz da privação da liberdade uma pena, que até então havia sido apenas uma medida preventiva (o que hoje chamamos prisão preventiva) durante o processo, pois as penas eram corporais. Essa forma de pena – privativa de liberdade – era um modelo ideal para ser quantificado, que também coincidia com as práticas do momento: a privação de liberdade pode ser medida em tempo, [...] e que, portanto, pode ser medida da mesma forma que as mercadorias.

Não parece fácil a relação feita por Pachukanis entre pena e mercadoria. Contudo, da mesma forma que se pode conciliar as posições de Marx sobre o direito como forma de alienação num sistema de conceitos abstratos e como uma forma de dominação de classe, é possível também conciliar as posições de Pachukanis sobre o crime e a pena.

E, de fato, Pachukanis (2017) não deixou de considerar a ideia de pena como meio

de manutenção da disciplina e como medida de salvaguarda de classes. No modo de produção feudal, a Igreja já tentava associar o momento da punição pelo crime praticado aos motivos ideológicos da expiação e da purificação e, com isso, fazer do direito penal um meio mais eficiente de manutenção da disciplina social, ou seja, do domínio de classe.

A situação continua com o desenvolvimento da divisão de classes. O surgimento de uma hierarquia eclesiástica e de uma hierarquia laica coloca em primeiro lugar a proteção a seus privilégios e a luta contra as camadas mais oprimidas da população. O aumento da exploração dos camponeses e o desenvolvimento do comércio evidenciam o sistema penal²⁵ como um meio de repressão implacável e brutal às pessoas insolentes, ou seja, os camponeses fugidos da exploração dos senhorios, a população pauperizada, os vagabundos, entre outros (PACHUKANIS, 2017).

Não é possível conceber as teorias do direito penal que deduzem os princípios da política penal dos interesses da sociedade como um todo, pois a sociedade como um todo não existe, mas sim, classes com interesses contraditórios. Pachukanis (2017, p. 172) explica que “qualquer sistema historicamente dado de políticas punitivas traz impresso em si os interesses de classe daquela classe que o realizou. [...] Dessa maneira, os interesses de classe imprimem a marca da especificidade histórica a cada sistema de política penal”.

Para Pachukanis (2017), o direito penal está no campo da repressão, das garantias criadas para a proteção dos bens jurídicos relevantes para a classe dominante. O crime, por sua vez, é voltado para a punição da classe dominada e proteção da classe dominante. A pena, apesar de aparentemente simbolizar a proteção da sociedade, seria instrumento de luta da burguesia e de garantia da sua dominação, encobrindo a proteção das condições fundamentais da sociedade de produtores de mercadorias.

Assim se constrói, paulatinamente, a base do complexo direito penal contemporâneo, sendo que, essencialmente, a sociedade burguesa, por meio de seu sistema penal, assegura seu domínio de classe e mantém a obediência da classe explorada. A jurisdição criminal do Estado burguês é o terror de classe organizado. “Devido a seu conteúdo e seu caráter, a prática penal do poder é um instrumento de defesa da dominação de classe, então, por sua forma, surge como elemento da superestrutura jurídica, integrando a ordem jurídica como

²⁵ Uma questão que pode ser observada e explicada é que alguns autores, nesta parte do texto, usam termos como sistema penal, sistema punitivo, sistema de política penal, sistema prisional ou sistema de justiça criminal. A compreensão de tais termos é importante e depende do conceito de aparelho repressivo, bem como do estudo das instituições que formam esse sistema penal ou criminal. Essa relação será construída ainda nesse capítulo. De qualquer forma, já é possível adiantar que aqui o direito penal deixa de ser estudado apenas como um sistema de normas e passa a ser analisado também como um sistema que envolve a atuação repressiva em vários níveis.

um de seus ramos” (PACHUKANIS, 2017, p. 173).

O poder judiciário, representado pelas varas criminais e tribunais, é uma arma imediata da luta de classes e a imparcialidade e demais garantias processuais penais são ocupadas pela organização da violência de classe direta, a qual se orienta por considerações de conveniência política (PACHUKANIS, 2017).

Por fim, pode-se dizer que também está presente na teoria do autor a noção de que os conceitos de crime e pena são definições necessárias para as relações jurídicas, mesmo que sua teoria tenha se ocupado, substancialmente, da construção das relações de direito privado.

2.5.3 Alguns recortes sobre direito penal e teorias críticas marxistas

Ao longo do século XX, outros autores também analisaram criticamente o direito penal, a partir de uma matriz marxista.

Essas análises marxistas mais recentes, tentaram entender a criminalidade entre as classes subalternas como uma adaptação ou resistência à dominação de classe e a criminalidade da classe dominante como um instrumento de dominação, sendo que o direito penal aparece como instrumento de contenção da classe social mais vulnerável.

Nesse contexto, vale mencionar mais alguns caminhos percorridos pelas teorias críticas do direito penal²⁶.

Otto Kirchheimer (1905-1965), um judeu-alemão, dedicou-se a analisar a decadência do Estado alemão social-democrata, que buscava fazer, por meio do direito, uma espécie de composição entre a burguesia e os trabalhadores. No exílio nos Estados Unidos, Kirchheimer estudou o direito penal e sua conexão íntima com a lógica do capitalismo (MASCARO, 2016).

Em 1939, o autor reelaborou um texto de Georg Rusche, o *Punição e estrutura social*, publicado em Nova Iorque. Nele, Rusche e Kirchheimer (2004) explicaram, em termos de controle do trabalho, as mudanças históricas das práticas punitivas desde a Idade Média até o século XX e desvendaram que, durante períodos de excedente de força de trabalho, a punição podia ser usada para controlar uma população excedente potencialmente explosiva. Assim, fizeram uma análise da origem estrutural do sistema punitivo contemporâneo.

²⁶ Aqui foi preciso ter um cuidado metodológico para selecionar e apresentar os autores que aproximam o direito penal da teoria marxista. Isso não quer dizer que o objetivo foi estudar de forma aprofundada todos eles ou adotar de maneira integral e acrítica toda a sua teoria, mas apenas dar conta de traçar esse panorama crítico do direito penal, para além das teorias tradicionais, que já são trabalhadas diariamente nas salas de aula.

Rusche e Kirchheimer (2004) apontaram o sistema penal como decorrência necessária da própria estrutura da sociedade capitalista, que se vale de formas violentas para a manutenção da dominação de classe²⁷.

No período posterior à Segunda Guerra Mundial, a filosofia do direito floresceu com grande repercussão na Itália²⁸. Da mesma forma que, nas primeiras décadas do século XX, a teoria marxista de Pachukanis se defrontou com o debate dos positivistas jurídicos, na década de 1970, a tradição marxista italiana também se confrontou com os debates de Norberto Bobbio, o que repercutiu nas questões do direito penal (MASCARO, 2016).

A ligação dessas questões do direito penal com a teoria do Estado permitiu identificar o desenvolvimento das instituições de controle social com a superestrutura da dominação do capital, bem como relacionar o crime com a história da sobrevivência do trabalho assalariado em condições de exploração, no contexto de classes das sociedades capitalistas (SANTOS, 2008a).

Um acontecimento importante na formação de uma teoria crítica do direito penal foi a criação do *Grupo Europeu para o Estudo do Desvio e do Controle Social*, em Florença, na Itália, em 1972, com a publicação de um Manifesto (1974) denunciando os modos dominantes de análise do crime (SANTOS, 2008a).

Nesse ambiente crítico da Itália da década de 1970, aparece Alessandro Baratta (1933-2002), jurista e sociólogo italiano que contribui, de forma particular, para a sociologia criminal e para o direito penal. Sua obra mais importante é *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, publicada em 1982, obra na qual critica o sistema penal e o direito penal tradicional.

Baratta (2002) opera em uma base material da criminologia²⁹, observando que a criminologia crítica, não pode desconsiderar a opressão social dos fracos pelos fortes, a conduta das minorias privilegiadas e a prepotência sobre os dominados. Assim, a criminologia crítica

²⁷ Rusche e Kirchheimer partem da teoria marxista para fazer uma crítica, mas não ao direito penal enquanto construção normativa e ideológica burguesa, e sim à punição, ao sistema prisional e como ele é transformado em mercadoria e lucro para o capitalista. A obra é centrada na origem das prisões e na forma burguesa específica que elas adquirem. Tal análise é rica e pode ser consultada na obra *Punição e estrutura social*, de 1939.

²⁸ O pensamento de Gramsci sobre hegemonia e Estado coloca o direito no centro da reflexão política marxista.

²⁹ As ciências naturais e as técnicas estatísticas desenvolvidas nas sociedades industriais fazem nascer a criminologia, uma ciência explicativa da criminalidade como fenômeno de massa. Esse novo discurso de explicação da criminalidade foi construído pelo método positivista das ciências naturais, nas variantes biológica, de Cesare Lombroso (1835-1909), e sociológica, de Enrico Ferri (1856-1929). Na virada para o século XX, a criminologia positivista tradicional assume uma posição subalterna de ciência auxiliar do direito penal, com um discurso etiológico sobre criminalidade. Deixa de fora do seu objeto, o sistema penal e a crítica do poder criminalizante. A criminologia crítica, com um discurso político sobre criminalização, atua no papel de ciência crítica do direito penal, do sistema de justiça criminal e das desigualdades sociais da relação entre capital e trabalho assalariado (SANTOS, 2008a).

tem tido ampla ressonância na Itália e América Latina, incluindo-se o Brasil.

Depois de abordar aspectos da criminologia positivista, ideologia da defesa social³⁰, *labelling approach*³¹ e da teoria do conflito³², Baratta (2002) apresenta a adoção do ponto de vista das ‘classes subalternas’ - termo usado por ele, como garantia de uma práxis teórica e política alternativa. Ele traça quatro indicações para uma política criminal³³ das classes subalternas, mas também não deixa de considerar a superação do direito penal.

Essas quatro indicações passam pela inserção do problema da criminalidade na análise estrutural da sociedade capitalista, bem como a necessidade de uma interpretação separada da criminalidade das classes subalternas da criminalidade dos que se encontram nas classes dominantes; crítica do direito penal como direito desigual; análise realista e radical das funções da prisão; e, por fim, ter-se, na máxima consideração, a função da opinião pública e dos processos ideológicos que se desenvolvem em sustentação e legitimação do vigente direito penal desigual³⁴.

O principal objetivo do autor é estender ao campo do direito penal a crítica do direito desigual, construir uma teoria materialista, ou seja, econômico-política, da criminalização e elaborar as linhas de uma política criminal alternativa das classes subalternas. Segundo ele, essas são as principais tarefas de um jurista crítico, que parte de um enfoque materialista e que está “convencido de que só uma análise radical dos mecanismos e das funções reais do sistema penal, na sociedade capitalista, pode permitir uma estratégia autônoma e alternativa” no setor da criminalidade (BARATTA, 2002, p. 197).

Enquanto a classe dominante está interessada na contenção do crime em limites que não prejudiquem a funcionalidade do sistema econômico-social e seus próprios interesses e, por consequência, na manutenção da própria hegemonia no processo seletivo de definição dos crimes, as classes subalternas estão interessadas em uma luta radical na superação das condições próprias do sistema socioeconômico capitalista (BARATTA, 2002).

³⁰ A ideologia da defesa social nasceu contemporaneamente à revolução burguesa. Seu conteúdo é o de que os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos (BARATTA, 2002, p. 41).

³¹ O enfoque do *labeling approach* é o de que o comportamento criminoso não é uma realidade ontológica preexistente, mas realidade social construída pelo sistema de justiça criminal (SANTOS, 2012).

³² Demonstra a relação do direito penal com os interesses de grupos de poder. Assim, tem-se que determinados grupos, através de leis incriminadoras, protegem valores ameaçados por outros grupos (BARATTA, 2002).

³³ A política criminal pode ser entendida como a ciência que seleciona os bens que devem ser tutelados, jurídica e penalmente, e escolhe os caminhos para efetivar tal tutela. A política criminal está intimamente ligada à criminologia e ao direito penal, sendo que as três disciplinas formam a base das ciências criminais (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011; SANTOS, 2008b).

³⁴ Para maior aprofundamento acerca desse estudo comparativo entre a criminalidade das classes subalternas e a criminalidade dos que se encontram nas classes dominantes, bem como sobre as demais estratégias pensadas por Baratta (2002), ver o capítulo de XV, *Criminologia crítica e política criminal alternativa*, da sua obra já citada.

Baratta (2002) explica que a criminalização recai sobre o proletariado, em particular de setores do subproletariado e, portanto, das zonas sociais já socialmente marginalizadas como exército de reserva pelo sistema de produção capitalista. Contudo, nota-se que, atualmente, as classes subalternas também estão interessadas em um deslocamento dessa política criminal para importantes zonas de nocividade social, ainda amplamente deixadas imunes do processo de criminalização e de efetiva penalização, como a criminalidade econômica ou no sistema financeiro e a criminalidade política. Socialmente, estas são muito mais danosas do que a criminalidade do subproletariado, que geralmente recai sobre o patrimônio privado.

Os crimes contra o patrimônio privado constituem reações às contradições típicas do sistema de distribuição da riqueza e das gratificações sociais próprias da sociedade capitalista. “É natural que as classes mais desfavorecidas deste sistema de distribuição estejam mais particularmente expostas a esta forma de desvio” (BARATTA, 2002, p. 198).

Mas, alerta Baratta (2002, p. 198 e 199):

Isto não quer dizer, de modo algum, que o desvio criminal se concentre, efetivamente, na classe proletária e nos delitos contra a propriedade. [...] ao contrário, o comportamento criminoso se distribui por todos os grupos sociais, a nocividade social das formas de criminalidade próprias das classes dominantes e, portanto, amplamente imunes, é muito mais grave do que a de toda a criminalidade realmente perseguida. Por outro lado, o sistema das imunidades e da criminalização seletiva incide em medida correspondente sobre o estado das relações de poder entre as classes, de modo a oferecer um salvo-conduto mais ou menos amplo para as práticas ilegais dos grupos dominantes, no ataque aos interesses e aos direitos das classes subalternas, ou de nações mais fracas.

Portanto, a adoção do ponto de vista do interesse das classes subalternas, sob um ponto de vista materialista, é, para Baratta (2002), uma política alternativa que incide nas raízes do crime, pois pretende ser capaz de penetrar na lógica das contradições que a realidade social apresenta e de captar as necessidades dos indivíduos e da comunidade.

Mesmo apresentando quatro indicações para a adoção de uma política criminal das classes subalternas, Baratta (2002, p. 201) não deixa de concluir que a perspectiva de fundo dessa política é radical porque se liga, sobretudo, às contradições estruturais que derivam das relações sociais de produção. Por isso, “uma política criminal alternativa coerente com a própria base teórica não pode ser uma política de substitutivos penais, que permaneçam limitados a uma perspectiva vagamente reformista”, mas uma política do contrapoder proletário, em vista da transformação radical e da superação das relações sociais de produção capitalista.

Com o objetivo de compreender a função atual do sistema penal para a conservação e reprodução das relações sociais de desigualdade, Baratta (2002) acredita que o emprego de

instrumentos conceituais e de hipóteses teóricas que tenham sua fonte clássica na obra de Marx é de grande importância. O autor faz uma análise materialista do direito penal e das dificuldades teóricas e práticas geradas pelas relações sociais de desigualdade próprias da sociedade capitalista, atualizando as construções marxistas.

Por sua vez, Juarez Cirino dos Santos, autor brasileiro contemporâneo, em 1983, publica *A criminologia radical* e, em 1994, inicia seu pós-doutoramento, sob a orientação de Alessandro Baratta.

Sua criminologia crítica “surge como crítica radical da teoria criminológica tradicional, assim como – guardadas as devidas proporções – o marxismo surgiu de uma crítica radical da economia política clássica”. Ambas as construções desenvolvem na teoria um ponto de vista de classe, a classe trabalhadora. Então, a teoria de Santos (2008a) se edifica com base no método e nas categorias científicas da teoria marxista, desenvolvendo e especializando conceitos na área do crime, mediante a crítica das teorias tradicionais positivistas.

Admitindo a centralidade da classe trabalhadora como força política, Santos (2008a) reavalia o significado e destaca a importância crescente das minorias oprimidas pela condição de classe.

A criminologia radical, ou crítica, gira em torno da ideia de que o direito penal reproduz a estrutura de classes da sociedade contemporânea, ao mesmo tempo em que serve como instrumento para a opressão das classes sociais exploradas, sendo que sua teoria:

Nasce da mudança da abordagem do autor para uma abordagem das condições objetivas, estruturais e institucionais da sociedade capitalista, com o deslocamento do interesse cognoscitivo das causas (biológicas, psicológicas, sociológicas) do comportamento criminoso para os mecanismos de controle social do crime e da criminalidade: as definições legais de crime e o processo de criminalização. A mudança representa um salto qualitativo de um paradigma etiológico para um paradigma político da criminalidade, que toma o Direito Penal como sistema dinâmico de funções vinculado à estrutura das relações de produção e de distribuição de mercadorias [...] (SANTOS, 2015, p. 01),

O próprio Santos (2015, p. 02) apresenta uma síntese de suas ideias e afirma que o direito penal, enquanto sistema dinâmico vinculado ao capital, define legalmente os crimes e penas ao selecionar “tipos legais que protegem valores estruturais e institucionais das classes e categorias sociais hegemônicas da formação social, concentrando a criminalização em condutas lesivas das relações de produção e de circulação de mercadorias”. Essa criminalização feita inicialmente pelo poder legislativo é o processo conhecido como criminalização primária.

A aplicação judicial da lei penal, ou criminalização secundária, ocorre, segundo Santos (2015, p. 02), com a seleção dos “sujeitos criminalizados pela posição de classe

subalterna, com maior probabilidade para os segmentos sociais marginalizados ou em posição precária no mercado de trabalho”.

A execução penal também serve como mecanismo de garantia das desigualdades da relação entre capital e trabalho assalariado e de produção de um setor de marginalizados, recrutado do excedente de mão-de-obra ociosa, inútil para a reprodução ampliada do capital, mas útil para mostrar o que pode acontecer aos que se recusam à socialização nas condições de trabalho assalariado (SANTOS, 2015).

O ponto de partida do direito penal e da criminologia dominante é o conceito de crime, ou seja, os comportamentos definidos legalmente como crimes pelo sistema de justiça criminal como criminosos são a base epistemológica das teorias dominantes. “Crime é o que a lei, ou a justiça criminal, determina como crime, excluindo comportamentos não definidos legalmente como crimes, por mais danosos que sejam [...]”, “[...] ou comportamentos que, apesar de definidos como crimes, não são processados nem reprimidos pela justiça criminal” (SANTOS, 2008a, p. 11).

A questão aparentemente neutra e incontroversa da definição legal de crime ou da atuação da justiça criminal manifesta um conteúdo ideológico que condiciona toda a teoria e pesquisa reduzida à reprodução de técnicas lógico-formais e conceitos abstratos (SANTOS, 2008a).

Portanto, Santos (2015, p. 03) afirma que, “hoje, mais do que nunca, precisamos do marxismo para identificar o caráter ideológico das formas jurídicas e políticas do Estado, para iluminar a relação entre o jurídico e o econômico [...]”.

As teorias críticas da criminologia, do conceito crime, do direito e do sistema penal não se limitam a essas estudadas³⁵. Além das teorias críticas mencionados acima, pode-se citar o *abolicionismo penal* do holandês Louk Hulsman (1923-1999), que defende a abolição do sistema penal e a discussão de novas possibilidades de administração dos conflitos sociais, através de um pensamento crítico do direito penal tradicional; o *Cárcere e fábrica*, de 1977, onde Melossi e Pavarini definem essa relação como matriz histórica do capitalismo, além de pontuarem que as relações de trabalho na fábrica dependem da disciplina do sistema penal; e o estudo da situação crítica do penalismo na América Latino, sob o ponto de vista de uma região marginal do poder, e da proposta de reinterpretação crítica do direito penal, de Eugenio Raúl Zaffaroni, jurista contemporâneo argentino.

Até aqui, discutiu-se, com maior ênfase, os aspectos que se referem ao direito penal,

³⁵ Mas aqui, como já explicado anteriormente, buscou-se apresentar as mais próximas da teoria marxista.

ao conceito de crime, sem deixar de considerar as críticas feitas pela criminologia e alguns caminhos levantados por políticas criminais alternativas. Nesse ambiente, já apareceram questões sobre o sistema penal, a justiça criminal, sobre ideologias dominantes, população carcerária e a atividade dos aparelhos de controle e repressão social.

Aparece, então, como continuação lógica, o estudo de Althusser e seu *Aparelhos ideológicos do Estado*, na busca de uma compreensão crítica do sistema penal contemporâneo.

2.6 Althusser, aparelho repressivo e o sistema penal

Enquanto as teorias críticas do direito penal eram desenvolvidas ao longo do século XX, o filósofo francês Louis Althusser (1918-1990), em meados da década de 1960, propunha uma leitura da obra de Marx, a fim de conceber a ideia de um Estado ampliado e dos seus aparelhos ideológicos.

Althusser parte do sistema teórico construído na produção madura de Marx, dos conceitos de sua explicação estrutural, das forças produtivas e as relações de produção, da determinação pela economia, da superestrutura, do Estado e da ideologia³⁶, tratando de um Estado expandido, para além da definição normativa ou do núcleo administrativo que tradicionalmente o identifica (BOTTOMORE, 2013).

Inicialmente, Althusser (1970) retoma a noção de infraestrutura e superestrutura de Marx, que concebe a estrutura de qualquer sociedade como constituída por dois níveis articulados, a infraestrutura ou base econômica e a superestrutura. A superestrutura, por sua vez, comporta dois níveis, o jurídico-político, ou seja, o direito e o Estado, e a ideologia³⁷ religiosa, jurídica, política, entre outras.

Aparelhos ideológicos são “um certo número de realidades que se apresentam ao observador imediato sob a forma de instituições distintas e especializadas”, como o sistema de diferentes igrejas, o sistema das diferentes escolas públicas e particulares, a família, o aparelho jurídico, o sistema político de que fazem parte diferentes partidos, o aparelho sindical, a imprensa e o aparelho cultural (ALTHUSSER, 1970, p. 43).

A incidência ideológica não é uma imposição direta de uma classe sobre outra. A

³⁶ Ideologia, a partir do conceito dado por Giddens (1998), pode ser entendida como ideais compartilhadas que servem para justificar os interesses de classes. As ideologias estão presentes em todas as sociedades que possuem desigualdades sistemáticas e enraizadas entre as classes. O conceito de ideologia está intimamente ligado ao de poder, uma vez que os sistemas ideológicos servem para legitimar o poder diferencial exercido pelas classes.

³⁷ Para Althusser, a ideologia não é uma construção intelectual do indivíduo, feita de forma voluntária e consciente, ela não é uma ideia acidental de cada um, mas, muito mais do que isso, ela é um dado estabelecido estruturalmente na sociedade, a partir de sua reprodução (MASCARO, 2016).

família estabelece a unidade primordial para as sustentações das condições existenciais mínimas do trabalhador e a reprodução geracional da própria força de trabalho, sendo que o sistema educacional prepara e direciona os indivíduos para as funções correspondentes à classe trabalhadora. Além disso, religião, sindicatos e meios de comunicação agem no todo social, a fim de assegurar o processo de produção capitalista (MASCARO, 2013).

Por sua vez, o aparelho repressivo de Estado funciona pela violência, através do governo, exército, polícia, tribunais e prisões. Althusser (1970, p. 43) explica que aparelhos ideológicos do Estado não se confundem com o aparelho repressivo. A diferença consiste, em um primeiro momento, no fato de que existe um aparelho repressivo de Estado e uma pluralidade de aparelhos ideológicos de Estado. Mas, o que distingue, fundamentalmente, os aparelhos ideológicos do aparelho repressivo é que, enquanto os primeiros funcionam, preponderantemente pela ideologia, o segundo funciona, preponderantemente, pela violência.

O aparelho repressivo “constitui um todo organizado cujos diferentes membros estão subordinados a uma unidade de comando, a da política da luta de classes aplicada pelos representantes políticos das classes dominantes que detêm o poder de Estado”. Logo, o papel desse aparelho é assegurar pela força, física ou não, as condições políticas da reprodução das relações de produção que são, em última análise, relações de exploração (ALTHUSSER, 1970, p. 54).

O aparelho repressivo de Estado é único e localizado no próprio Estado. Tal unicidade da repressão se deve ao fato de que nas sociedades capitalistas, como visto anteriormente, o Estado arroga a si o *jus puniendi* ou o monopólio da violência (MASCARO, 2016).

Com essa base teórica dada por Althusser, é importante entender, a partir dos aparelhos ideológicos e do aparelho repressivo do Estado, em que consiste o sistema penal, noção necessária para a compreensão do presente trabalho.

O sistema penal é a parte do controle social que resulta institucionalizado de forma punitiva e com um discurso punitivo. O sistema penal atua desde quando se tem notícia da prática de um crime, “até que se imponha e execute uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação”. Esta é a ideia geral do sistema penal, englobando a atividade do legislador, da polícia, promotores, juízes, funcionários e da execução penal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 69).

Os segmentos básicos do sistema penal atual são o legislativo, o policial, o judicial e o executivo. O legislativo seleciona os bens jurídicos que considera mais importantes para a

sociedade e cria leis penais tipificando como crime as condutas que violam esses bens; a polícia é responsável pela investigação criminal; o judiciário decide pela condenação ou absolvição do acusado pela prática de um crime; e o executivo tem a seu cargo a custódia do preso durante o processo judicial. Então, resumidamente, pode-se dizer que a legislação penal, a polícia, a justiça penal e a prisão formam o aparelho repressivo do Estado capitalista.

No entanto, Althusser (1970, p. 46 e 47) explica que, em si mesmo, o aparelho repressivo de Estado “funciona de uma maneira massivamente prevalente pela repressão (inclusive física), embora funcione secundariamente pela ideologia”, pois não há aparelhos puramente repressivos.

O aparelho repressivo funciona, preponderantemente, pela violência manifestada pela atividade policial, pelo judiciário e pelo aprisionamento, mas isso não quer dizer que o direito penal não se presta também a ideologizar e legitimar teoricamente essa violência do Estado. Nesse caso, pode-se dizer que a repressão penal se vale da ideologização do direito penal:

O Estado se enreda em práticas materiais de repressão e, também, de constituição ideológica, a fim de reproduzir as relações sociais capitalistas. Isso porque, a prevalência de uma classe na exploração econômica e no domínio político não pode se bastar apenas na repressão estatal, sendo também necessário o avanço no campo ideológico (MASCARO, 2016, p. 575).

As classes que dominam o poder econômico, também dominam os aparelhos ideológicos, incluindo o jurídico, ou seja, se a disposição dos meios de produção material assegura a disposição dos meios de produção intelectual, então, o direito penal também está comprometido com a instituição e garantia das condições materiais do poder econômico das classes dominantes (SANTOS, 2015).

Assim, para avaliar a repressão estatal em um determinado contexto, o observador não pode se limitar ao aparelho repressivo e, menos ainda, na mera letra da lei penal, mas é mister analisar, por exemplo, a universidade, com seus métodos pedagógicos e o controle ideológico dos textos estudados nas faculdades de direito (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

Os *Manuais de direito penal* supõem uma vocação do fenômeno jurídico para a constituição de uma sociedade harmônica, ordenada, direcionada à realização dos valores relevantes, como se o direito não tivesse uma origem relacionada exatamente ao acirramento dos conflitos na história da humanidade. Ao mesmo tempo, transmitem-se, em suas abordagens, conceitos jurídicos numa direção orientada pela lógica, afastando-se as reflexões

mais profundas e críticas.

Portanto, não é demais entender que o direito penal aparece ao mesmo tempo nos aparelhos ideológicos, enquanto ideologia dominante que perpassa os projetos pedagógicos do ensino superior, e no aparelho repressivo, enquanto legislação penal derivada da atividade do governo ou poder legislativo (MASCARO, 2016).

Há um significado político no direito penal como instituição de garantia e de reprodução da estrutura de classes das sociedades, da desigualdade, da exploração e da repressão das classes subalternas pelas classes dominantes. O direito penal ajuda, assim, a ocultar a formação econômica das classes sociais nas relações de produção e a luta política dessas classes no terreno das ideologias (SANTOS, 2008b).

Por outro lado, o direito penal, como formulação legal do sistema penal, descrevendo os crimes, cominando as penas e definindo os princípios da execução penal, projeta o programa de repressão criminal estatal. A aplicação de penas, através do poder judiciário, e a execução penal, através do poder executivo, também se apresentam como níveis sucessivos do sistema penal do Estado, representando a resposta oficial para a questão criminal (SANTOS, 2008b).

Portanto, o aparelho repressivo e os aparelhos ideológicos convergem na tarefa de instituir e reproduzir a formação econômico-social capitalista. O direito e o sistema penal constituem, no contexto dessa formação econômico-social, o centro gravitacional do controle social (SANTOS, 2008b).

Enfim, a repressão estatal forma um complexo sistema punitivo que tem suas bases no século XIX, com a sistematização do direito penal como uma necessidade da nova classe burguesa e da segurança nas relações econômico-sociais e da organização da sociedade. Mas, sob o ponto de vista epistemológico, prevalece a noção de que o direito penal nasceu do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência penal, sem levar em consideração as fontes presentes nas relações sociais de produção, nem os efeitos dos conflitos de classe na criação do direito penal.

Durante o século XX, vivencia-se o avanço das teorias críticas ao direito penal, entendido agora, não apenas como um conjunto de normas aplicado de forma neutra pelo Estado, mas como um direito que reproduz a estrutura de classes da sociedade contemporânea, ao mesmo tempo em que serve como instrumento para a repressão das classes sociais exploradas.

A partir das teorias críticas, também aparece a noção do direito penal, como um dos aparelhos ideológicos, e do sistema penal, como aparelho repressivo e violento do Estado.

Direito penal, crime, pena, sistema penal, polícia, poderes judiciário e legislativo e as prisões são conceitos ligados a esse complexo sistema repressivo, que precisa, agora, ser estudados no contexto da sociabilidade capitalista brasileira.

Portanto, a seguir, passa-se à análise do cenário da criminalidade no Brasil dos dias de hoje.

3 UM OLHAR MARXISTA SOBRE O DIREITO PENAL DO BRASIL ATUAL

O capitalismo moderno surge de forma coletiva, ou seja, como um sistema de Estados. A causa disso é o movimento do capitalismo no espaço internacional, já que só se pode pensar a dinâmica do capital num conjunto de países e territórios. Devido ao caráter mundial do capital, a forma política se estabelece nos planos nacionais. Com isso, pode-se entender que a dinâmica do capital, vista nos capítulos antecedentes, também se aplica no Brasil, refletindo nas questões criminais internas.

Não se pretende examinar os aspectos históricos e da sociologia histórica brasileira, contudo, é necessário apresentar certas noções como a expansão do capital para o Brasil e a caracterização do capitalismo dependente, a fim de se entender como o contexto do capitalismo e de classes sociais assume contornos peculiares aqui e, em que medida isso influencia na análise do direito e do sistema penal brasileiros.

3.1 A construção de um direito burguês no Brasil

O desenvolvimento do capitalismo em novas regiões é necessário para sua sobrevivência. Essas novas regiões são os lugares onde o excesso de capitais superacumulados podem mais facilmente ser absorvidos, criando novos mercados e novas oportunidades de investimentos rentáveis.

Com o processo intensivo de industrialização e com a expansão do capital dos grandes centros capitalistas sobre os países periféricos, Harvey (2005), fortemente influenciado por Marx, elabora uma teoria do desenvolvimento no capitalismo que permite explicar a evolução e o desenvolvimento desigual, as desigualdades inter-regionais e o imperialismo.

Harvey (2005) destaca a função histórica do imperialismo e o papel fundamental da expansão do capital como condições de possibilidade histórica para a reprodução ampliada do capitalismo. Logo, não é de um espaço abstrato que se trata, mas das formas concretas capitalistas, construídas historicamente pelos principais sujeitos, os proprietários dos meios de produção, proprietários fundiários, capital financeiro, promotores imobiliários, Estado e diferentes segmentos da classe trabalhadora. Longe de expressar uma situação de igualdade de condições, tais sujeitos não possuem nem os mesmos interesses.

A pluralidade dos Estados nacionais, sob a lógica da funcionalidade capitalista, se revela como a possibilidade de que a competição se estabeleça entre as classes e interesses dentro do território de cada Estado, aumentando o grau de exploração interna diante das

variáveis exteriores (MASCARO, 2013).

É justamente nesse contexto que se pretende analisar as questões do direito e do sistema penal no Brasil atual, partindo, inicialmente, de Florestan Fernandes (1920-1995), que trouxe significativas contribuições teóricas para o pensamento político brasileiro, resumindo as principais linhas da evolução do capitalismo e da sociedade de classes no Brasil.

Florestan Fernandes, com *A revolução burguesa no Brasil*, publicada pela primeira vez em 1976, evidenciou o momento em que a burguesia passa a ser a classe dominante, aprofundando o desenvolvimento social desigual, sendo possível identificar o direito penal como um dos instrumentos dessa dominação, agora, uma dominação através das instâncias estatais, legislativa, judiciária e executiva.

Florestan analisa o capitalismo global, mas a análise parte da realidade do capitalismo no Brasil, de sua estrutura de dependência e de uma discussão que envolve, principalmente, a centralidade das relações de classe, a partir da dominação autocrática-burguesa e da articulação de grupos internos e externos ao país que mantêm e aprofundam o desenvolvimento social desigual e os desafios sociais (FERNANDES, 1987).

Há que se considerar, ainda, que todos os países que passaram por uma revolução burguesa o fizeram de forma diferente, dadas as condições de cada um para absorver o novo padrão de modernização requerido para que esse processo ocorresse. Desse modo, aqui, como em outros países da América Latina, as estruturas econômicas, sociais, políticas e jurídicas acabaram por dar uma caracterização própria à revolução. Daí a necessidade de se considerar e compreender a peculiaridade da transformação capitalista dos países que tiveram origem colonial e que compõem a periferia do sistema capitalista.

No contexto nacional, esta análise se justifica, já que Fernandes (1987) pontua que houve uma revolução burguesa no país, ainda que peculiar. Isso porque, no Brasil, o capitalismo foi implantado sem que a classe burguesa realizasse uma revolução baseada em transformações nacionais e democráticas, articuladas entre si, do que decorreria a persistência, na sociedade, de estruturas coloniais e neocoloniais. É daí que nasce o processo do ‘capitalismo dependente’, termo que se refere ao capitalismo típico dos sistemas econômicos da periferia, onde há uma economia com limitada autonomia e com dependência externa.

A obra estudada constitui uma teoria explicativa sobre o desenvolvimento do capitalismo na periferia da economia mundial, o papel do liberalismo clássico na constituição da burguesia brasileira e os fatores históricos de mudança e resistência que levaram a uma democracia insuficiente ou restrita no Brasil.

Trata-se de um recorte temporal que se inicia no século XIX, com a chegada da

família imperial no Brasil, a eclosão da modernização capitalista e a formação de um novo setor da economia, que, em seguida, se reorganiza, transfigura e redefine como uma economia de escala nacional e tendências de dominação metropolitanas. Tais características vão da metade do século XIX até os dias atuais (FERNANDES, 1987).

Então, a ‘revolução burguesa’ no Brasil foi dependente de compromissos estabelecidos durante o antigo regime, mantendo vínculos com valores e tradições da oligarquia colonial. Por isso mesmo, Fernandes (1987) aponta que a Independência do Brasil foi o primeiro momento histórico da revolução no país, marcando o fim do período colonial.

Fernandes (1987) compara o fazendeiro do café com o que foi o antigo senhor feudal e o imigrante que buscava a riqueza em si com o burguês. Essas figuras fazem parte do processo que demarca o início da modernidade no Brasil e a transição do período senhorial para a fase da sociedade burguesa e da separação de classes. O autor alerta ainda que a burguesia nacional não estava empenhada em destruir e superar a escravidão e a dominação senhorial e nem pretendeu ser uma classe revolucionária com vistas à constituição de uma nação integrada e autônoma. Por outro lado, os trabalhadores também não se apresentaram capazes de exercer forte pressão nas estruturas de poder.

A burguesia local não assume, aqui, o papel de instrumento de modernidade ou de rompimento com a antiga estrutura colonial, conforme aquelas que levaram adiante a revolução em outros países. Ao contrário, no Brasil a burguesia teria se apropriado do poder do Estado, no plano político, e da construção do direito, no plano jurídico, e se comprometido com o que fosse vantajoso para sua reprodução. O que permite dizer que a implantação e o desenvolvimento do capitalismo fortalecem uma classe social que só reconhece direitos para si e que não abre espaço para as demais classes poderem se desenvolver autonomamente. Portanto, há aqui uma assimetria social interna e uma dependência externa, dois fatores que caracterizam o capitalismo dependente, mantendo a população à margem dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade (FERNANDES, 1987).

Chega-se, então, a um resultado inevitável de exploração e desigualdade, corroborando a lógica da democracia restrita de Fernandes (1987), a democracia ‘deles’, da qual a grande parte da população está excluída, seja no contexto global, seja no contexto local.

O capitalismo dependente, que designa a forma periférica e dependente do capitalismo brasileiro, é marcado por uma dominação externa e por meio de parceria com a burguesia hegemônica instalada nos países centrais. Portanto, os países periféricos são inseridos no sistema capitalista de forma singular e problemática, visto que a revolução ocorreu de modo diferente ao que se processou na Europa (FERNANDES, 1987).

Diante disso, considera-se que a assimetria social interna seria assegurada pela existência de uma elite senhorial que concentra tanto a renda quanto o prestígio social e o poder político. Tal fato caracteriza o Estado autoritário e repressivo, governado a partir dos - e para os interesses econômicos da burguesia, o que acarreta a exclusão de direitos de grande parte da população (FERNANDES, 1987).

Assim, contrariamente à implantação do Estado democrático-burguês, impôs-se, na prática, um Estado que se torna instrumento da dominação patrimonialista³⁸ com vistas a atender aos interesses econômicos, sociais, políticos e jurídicos dos estamentos senhoriais, havendo uma associação do padrão burguês de dominação com os procedimentos conservadores da oligarquia (FERNANDES, 1987).

Fernandes (1987, p. 302, grifo do autor) ainda explica que, no contexto histórico-social,

A dominação burguesa não é só uma força sócio-econômica espontânea e uma força política regulativa. Ela polariza politicamente toda a rede de ação auto-defensiva e repressiva, percorrida pelas instituições ligadas ao poder burguês, da empresa ao Estado, dando origem a uma formidável superestrutura de opressão e de bloqueio, a qual converte, reativamente, a própria dominação burguesa na única fonte de 'poder político legítimo'.

Nesse sentido, as transformações que se processaram não conseguiram produzir uma revolução completa no contexto brasileiro, pois, no caso específico do direito, correu a proclamação dos direitos fundamentais sob um padrão elitista e como privilégio social. Mantiveram-se os vícios de um sistema jurídico repressivo e estruturado para atender necessidades de uma sociedade aristocrática e patrimonialista que precisava perpetuar as bases tradicionalistas das formas de dominação jurídica (FERNANDES, 1987).

No mais, tal contingente acaba se mostrando funcional à manutenção da (des) ordem estabelecida, pois a apropriação capitalista ocorre pela superexploração do trabalho e exclusão da massa despossuída da participação socioeconômica, condições básicas para a acumulação de capital e repartição do excedente nacional com os setores dominantes internos e externos (FERNANDES, 1997).

³⁸ A partir de Florestan Fernandes, compreende-se que a ideia de patrimonialismo está ligada à formação da sociedade brasileira. O autor entende como cruciais as instituições e os padrões de relações sociais que foram trazidos de Portugal para o Brasil. Houve, portanto, uma tentativa deliberada de preservação e de adaptação de todo um corpo de instituições e de padrões organizatórios-chaves. Assim, por 'patrimonial', Fernandes compreende um Estado cujas funções e cujos benefícios são apropriados de forma privada pelo rei e seus quadros. Essa noção é significativa, pois indica como o processo de colonização vai se desenvolver no Brasil, no sentido de beneficiar os interesses de setores específicos ligados ao poder, por meio de relações patrimoniais (PORTELA JÚNIOR, 2012).

Da mesma forma que a revolução burguesa no Brasil se deu de forma particular, a formação de classes sociais³⁹ no Brasil também assume contornos peculiares. É preciso explicar que o Brasil passou, na segunda metade do século XIX, por grandes alterações, pois “as cidades se desenvolveram depressa, em algumas zonas a população urbana cresceu em poucos anos, o comércio se diversificou e se ampliou, apareceram pequenas indústrias de bens de consumo”, o funcionalismo público cresceu (SODRÉ, 1962, p. 21 citado por GOMES; GAZOTO, 2016, p. 105).

A isso, se soma o “crescimento das profissões liberais, o desenvolvimento do meio estudantil e das atividades intelectuais”, resultando no “aumento da camada intermediária colocada entre senhores e escravos [...], ou entre patrões e empregados. Surge uma classe média elitizada ou pequena burguesia” (GOMES; GAZOTO, 2016, p. 105).

No século XX, o Brasil vai se tornando, cada vez mais depressa, um país capitalista:

À proporção que as relações capitalistas se ampliam, a burguesia brasileira cresce e se organiza, definindo as suas reivindicações políticas; e, paralelamente, crescem o proletariado e o semiproletariado, que se organizam, definindo aquele as suas reivindicações políticas [...]. Aumenta a pequena burguesia, que se multiplica em atividades, em disputa de melhores oportunidades (SODRÉ, 1962, p. 26 citado por GOMES; GAZOTO, 2016, p. 105).

Outro ponto que merece ser tratado, no que diz respeito à questão de classes sociais, é levantado por Poulantzas (1975) que, apesar de ter escrito no contexto europeu, também entendeu que a questão em torno do problema do desemprego e da marginalidade é um ponto crucial na teoria marxista das classes sociais, principalmente nas formações dominadas e dependentes da periferia do sistema capitalista.

Para o autor, o que interessa é que as condições de desemprego adquirem contornos importantes nos países capitalistas periféricos, principalmente o desemprego dos jovens. Ainda mais porque são diversas e múltiplas as formas de desemprego camuflado, como o subtrabalho, o trabalho clandestino, temporário e eventual. Esses jovens são frequentemente apresentados como “marginais”⁴⁰ (POULANTZAS, 1975).

Ademais, Souza (2015) expõe que o tema das relações entre classes sociais permite uma concepção crítica no Brasil contemporâneo, mas, ainda hoje, os conflitos sociais fundamentais, que perpassam uma sociedade tão desigual como a brasileira, são obscurecidos,

³⁹ “As classes sociais são um conceito que designa precisamente o conjunto dos efeitos da estrutura no campo das relações sociais, e até mesmo na divisão social do trabalho” (POULANTZAS, 1975, p. 216).

⁴⁰ Portanto, o grande contingente de desempregados, entre jovens e de forma geral, faz existir a noção dos subproletários, semiproletários ou grupos marginais (POULANTZAS, 1975).

tanto através de uma violência simbólica, como através da violência institucionalizada.

Desse modo, percebe-se que muitas consequências para a sociedade brasileira decorrerão das relações que se estabelecem entre o capitalismo dependente, a democracia restrita, o conflito de classes, o Estado e os grupos sociais a ele interligados, sendo a questão do direito, do crime e do sistema penais, uma delas.

3.2 A construção do direito penal no Brasil

O direito, no século XIX, disseminou ideais modernizadores que serviram como instrumento para a superação do antigo regime na Europa. O discurso burguês defendia que o poder e a autoridade deveriam ser substituídos pelo direito.

Da mesma forma, o Brasil começou a ser construído como Estado-nação no século XIX, mas o discurso modernizador do direito no Brasil recém-independente assumiu contornos peculiares, já que a burguesia nacional não estava empenhada em universalizar, nem mesmo formalmente, os direitos à liberdade, igualdade e solidariedade. Assim, não demora para que o Estado brasileiro adquira uma forma autoritária e repressiva, a forma penal.

Sobre a legislação penal brasileira do século XIX, já proclamada a independência, destaca-se que o texto da Constituição Política do Império do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824, apresentava, como não podia deixar de ser, cunho liberal. As ideias que chegaram no Brasil e a propaganda individualista que se desenvolviam quase que simultaneamente na França e nos Estados Unidos da América, orientaram a formulação da legislação da nova nação. Por conseguinte, o Código Criminal de 1830 teve sua construção extraída das linhas fixadas na Constituição de 1824 (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

A Constituição de 1824, declarou, em seu artigo 179, a inviolabilidade da liberdade, da segurança individual e da propriedade, da mesma forma que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão havia declarado na França revolucionária de 1789 (BRASIL, 1824). Por sua vez, o Código Criminal do Império do Brasil, de 16 de dezembro de 1830, foi o primeiro código autônomo do país e previa, expressamente, logo em seu artigo 1º, o postulado da legalidade penal⁴¹ (PRADO, 2018).

Contudo, confirmando o que foi exposto por Fernandes (1987), ao afirmar que no Brasil a revolução burguesa apresentou contornos peculiares, destaca-se que o Código Criminal

⁴¹ Artigo 1º “Não haverá crime, ou delicto (palavras synonymas neste Codigo) sem uma Lei anterior, que o qualifique” (BRASIL, 1824).

de 1830 estava imbuído das ideias liberais, mas adaptado às ideias escravocratas aqui vigentes na época, pois a burguesia local não universalizou o direito à igualdade. Tanto é que o sentido liberal do Código foi neutralizado através de legislações específicas, como a que cuidada do julgamento dos escravos que tivessem atentado contra a vida e segurança de seu senhor ou de suas famílias, ou seja, a lei penal dos escravos era diferente⁴² (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

Gomes e Gazolo (2016) também afirmam que se estava sob uma influência liberal, porém, curiosa e paradoxalmente, o liberalismo que aqui predominou no século XIX, combinou ideias de liberdade e igualdade, com ideias escravocratas, já que se manteve as penas de morte e a escravidão.

Assim, por um lado, tem-se um código penal liberal, fortemente influenciado pelos ideais revolucionários franceses, mas, por outro, tem-se legislações especiais que limitam o caráter universal dos direitos fundamentais e demonstram compromisso com a elite senhorial. Esse quadro da legislação penal brasileira serve como ilustração dos contornos peculiares da revolução burguesa e do processo desigual que demarca o início da modernidade no Brasil do século XIX (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

O Código Criminal de 1830 apresentava um texto retributivo e um sistema de penas fixas, tabuladas quase que matematicamente pelo legislador. Por isso, não sobrava ao juiz nenhuma liberdade de interpretação e aplicação do texto legal penal, devendo, apenas, aplicar o disposto na lei, de forma literal, como uma fórmula matemática mesmo.

O texto do Código Criminal de 1830 também pode ser relacionado com o modelo do contrato entre os sujeitos e suas trocas de Pachukanis (2017), na medida em que o caráter retributivo da pena e sua fixação tabelada também revelam uma relação contratual ou de troca jurídica do crime, medida pelo tempo de privação de liberdade ou pelo valor da pena pecuniária.

Em 11 de outubro de 1890, já no período republicano, entrou em vigor o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, também apresentando texto liberal. Este código foi sumamente criticado, por apresentar um texto supostamente arcaico e defeituoso. Entretanto, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 197) destacam que essas críticas são fruto de tendências elitistas:

⁴² Trata-se da Lei nº 4 de 10 de junho de 1835, que determinava, de maneira especial, as penas com que deviam ser punidos os escravos, que matavam, feriram ou cometiam outra qualquer ofensa física contra seus senhores. Seu artigo 1º apresentava a seguinte redação: “serão punidos com a pena de morte os escravos ou escravas, que matarem por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente ou fizerem outra qualquer grave ofensa física a seu senhor, a sua mulher, a descendentes ou ascendentes, que em sua companhia morarem, a administrador, feitor e às suas mulheres, que com elles viverem” (BRASIL, 1835).

É óbvio que a República nasceu sob o signo do positivismo, e o Código [...] não correspondia a essa ideologia. Isto explica as críticas de que foi alvo, particularmente quando chegaram no Brasil as influências de Ferri e de toda a escola criminológica italiana. Obviamente, as tendências elitistas e racistas não poderiam ver no código de 1890, algo diferente do que a materialização do liberalismo que elas satanizavam. Justifica-se, destarte, a crítica sobre ser o pior de todos os códigos conhecidos.

O Código Penal atual foi sancionado em 07 de dezembro de 1940, já durante o período do Estado Novo, e entrou em vigor em 01 de janeiro de 1942, vigorando até os dias de hoje, apesar de ter sido parcialmente reformado, em 1977 e 1984. Foi aprovado sem discussão parlamentar, por um governo não democrático (BRASIL, 1940).

Como visto anteriormente, o Código Penal de 1940 possui uma parte geral e uma parte especial encabeçada com os crimes contra a pessoa. “É um código rigoroso, rígido, autoritário no seu cunho ideológico”, sendo que seu texto corresponde a um “tecnicismo jurídico autoritário, com a combinação de penas retributivas e medidas de segurança” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 199).

Durante o período militar (1964-1985) não houve alterações profundas na legislação penal. Na década de 1970, o país experimentou uma aberta política, que possibilitou as reformas abrangendo o Código Penal, o Código de Processo Penal e a elaboração da Lei de Execução Penal, mas as reformas não representaram grandes mudanças estruturais no sistema penal (GOMES; GAZOTO, 2016).

Já na década de 1980, novos bens jurídicos supraindividuais começaram a exigir tutela penal, como o meio-ambiente, por exemplo. Experimentou-se “um intervencionismo penal cada vez mais intenso e abrangente. Criaram-se novos delitos, em especial, na área econômica e ambiental [...]. Ampliou-se o conteúdo de crimes já existentes”. Enfim, vivenciou-se uma expansão do conteúdo do direito penal e o aumento das legislações penais especiais (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

Nesse meio tempo, em 1988, é promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, reforçando, em sentido contrário à expansão da repressão penal, os direitos fundamentais à liberdade e igualdade, além de direitos sociais, “como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (BRASIL, 1988).

Mas, contrariou-se a expectativa de que, após a Constituição de 1988, com a redemocratização do Estado, houvesse uma reavaliação geral do direito penal. Na década de

1990, entram em vigor a Lei dos Crimes Hediondos⁴³ e a Lei dos Crimes Ambientais⁴⁴, aumentando-se a penalização para esses tipos de crimes. As duas leis exemplificam o momento de expansão vivenciado pelo direito penal nos anos 90.

Hoje, o Brasil passa pelo discurso da intervenção mínima do direito penal, mas, como se verá abaixo, não há correspondência entre esse discurso e a realidade legislativa, judicial e prisional, sendo que uma das primeiras respostas estatais diante do conflito social é o emprego da violência institucional (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

É bastante sintomático que se siga o curso da política geral do Brasil dos séculos XIX e XX, também através de seus textos penais. Portanto, é possível que o sistema penal brasileiro siga o discurso autoritário e desigual dos séculos passados, também nessas primeiras décadas do século XXI.

É o que se passa a analisar a seguir.

3.3 O cenário do sistema penal brasileiro

Nesses tempos, em que os conflitos sociais ainda são um dos dilemas deste país situado na periferia do capitalismo, reflete-se sobre as dinâmicas do sistema penal brasileiro, cuja base ideológica, como se viu, são as concepções jurídicas burguesas.

No entanto, em razão do limite metodológico do presente trabalho, não será possível fazer uma descrição completa de todo o sistema penal brasileiro, o que envolveria as atividades do poder legislativo na produção da legislação penal, da polícia civil, federal e militar, dos órgãos do ministério público, dos juízes criminais, dos tribunais e do sistema prisional, entre outros.

O foco será dado, então, à atuação do poder legislativo quando da eleição de bens jurídicos⁴⁵ que devem ser protegidos através do direito penal, analisando-se a própria estrutura do Código Penal brasileiro e da natureza dos crimes que lá estão previstos. Ademais, outros pontos que serão analisados se referem à atuação do poder judiciário na aplicação lógico-formal da norma penal, bem como a natureza dos crimes que ensejam condenações e aprisionamento no Brasil dos dias de hoje.

⁴³ A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, dispõe sobre os crimes hediondos (BRASIL, 1990).

⁴⁴ A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (BRASIL, 1998).

⁴⁵ O bem jurídico representa tudo que os seres humanos, isolado ou coletivamente, podem dispor, usar, gozar, fruir e ter seu reconhecimento pelo direito positivo, fruto dos juízos de valor feitos pela sociedade em determinado momento histórico (PRADO, 2018).

A ideia é que a análise das dinâmicas do sistema penal, em contraste com o discurso da proteção do bem comum, acabe por revelar incoerências, contradições, parcialidade, convergência com as relações materiais de produção e a real função do direito penal na sociedade capitalista brasileira.

3.3.1 Criminalização primária e a eleição dos bens jurídicos relevantes

O primeiro aspecto a ser destacado é a criminalização primária⁴⁶, ou seja, a atividade legislativa do Estado que reflete a proteção dos valores estruturais quando da escolha dos bens que merecem tutela penal, havendo, conseqüentemente, positividade no Código Penal ou em uma lei penal especial.

O legislador visa realizar finalidades práticas e pretende harmonizar os mecanismos de proteção aos valores tidos como mais importantes. Desse modo, é na eleição dos bens jurídicos a serem tutelados pelo direito penal que ocorre, de maneira mais significativa, a influência da ideologia dominante na imposição de seus valores sociais (ROCHA, 2002).

É importante lembrar que essa atividade também compõe o aparelho repressivo do Estado descrito por Althusser (1970), como uma atividade do governo, compondo também o sistema penal brasileiro, já que resulta institucionalizado de forma punitiva e pressupõe uma atividade normativa que cria a lei.

E, como o Código Penal é o principal documento jurídico que compõe o direito penal brasileiro, é preciso entender a sua estrutura.

O mesmo, como visto acima, é dividido em uma parte geral, que traça as normas lógico-abstratas no que se refere à configuração do crime e à aplicação da pena, e uma parte especial, onde estão previstos os crimes em espécie e as penas cominadas abstratamente. Esse sistema legal, lógico e fechado indica que o positivismo jurídico é adotado predominantemente no direito penal contemporâneo brasileiro.

A parte especial é estruturada da seguinte forma: crimes contra a pessoa; crimes contra o patrimônio; crimes contra a propriedade imaterial; crimes contra a organização do trabalho; crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos; crimes contra a dignidade sexual; crimes contra a família; crimes contra a incolumidade pública; crimes contra a paz pública; crimes contra a fé pública; e, finalmente, crimes contra a administração pública

⁴⁶ ‘Criminalização primária’ e ‘criminalização secundária’ são termos usados por Juarez Cirino dos Santos, em *A criminologia radical*.

(BRASIL, 1940).

Além disso, o Código Penal é sistematizado e organizado em títulos, capítulos, sessões, artigos, parágrafos, incisos e alíneas, de acordo com os bens jurídicos que devem ser protegidos.

Não há possibilidade de se analisar todos os crimes previstos, mas é importante destacar alguns daqueles que se relacionam com os valores de uma sociedade capitalista. A figura 5 permite visualizar melhor alguns dos crimes previstos no Título I do Código Penal.

Figura 5 - crimes contra a pessoa

<p>TÍTULO I - DOS CRIMES CONTRA A PESSOA</p> <p>CAPÍTULO I - DOS CRIMES CONTRA A VIDA</p> <p>CAPÍTULO VI - DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL</p> <p>SEÇÃO I - DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE PESSOAL</p> <p>SEÇÃO II - DOS CRIMES CONTRA A INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO</p>
--

Fonte: elaborado pela autora, tendo como base o Código Penal brasileiro.

O crime de homicídio⁴⁷ é o primeiro a ser previsto no Código Penal, no artigo 121, inaugurando o título “Dos crimes contra a pessoa” e o capítulo “Dos crimes contra a vida” (BRASIL, 1940). Tal fato indica que a noção de sujeitos de direito e a proteção da sua vida é essencial para o modo de produção capitalista, já que as relações jurídicas são relações entre pessoas reconhecidas civilmente como sujeitos de direitos. Essa noção, já estudada neste trabalho, foi identificada por Marx (2013b) e desenvolvida por Pachukanis (2017), e também pode ser aplicada no direito penal, já que o crime de homicídio protege o direito à vida.

Então, a partir da leitura do Código Penal brasileiro, depreende-se que a vida é um dos bens jurídicos mais importantes para a sociabilidade capitalista brasileira, até porque, com a sua proteção, protege-se também a reprodução das relações jurídicas civis e a troca de mercadorias.

O crime de sequestro e cárcere privado⁴⁸, previsto no artigo 148 do Código Penal, dentro do capítulo “Dos crimes contra a liberdade individual”, é um exemplo dos crimes que protegem a liberdade individual (BRASIL, 1940). Tal fato também indica que o direito à

⁴⁷ Artigo 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos (BRASIL, 1940).

⁴⁸ Artigo 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado:

Pena - reclusão, de um a três anos (BRASIL, 1940).

liberdade, visto anteriormente, é um dos mais relevantes para as relações capitalistas, uma vez que os sujeitos de direitos precisam estar livres para contratar e vender sua força de trabalho.

Por sua vez, a violação de domicílio⁴⁹ é crime previsto no artigo 150 do Código Penal, protegendo a inviolabilidade da propriedade privada contra qualquer sujeito que entre ou permaneça nela contra a vontade do proprietário ou possuidor (BRASIL, 1940). Nota-se que o legislador inseriu o crime que protege o domicílio no título que protege as pessoas. Quer dizer, parece que o legislador entende haver uma relação íntima entre pessoa e propriedade privada, como se a segunda fosse mesmo uma extensão da primeira, tamanha a sua importância. Daí a sua proteção, também através da legislação penal, já que, conforme o que foi pontuado ao longo do trabalho, a propriedade privada é a base da sociedade capitalista.

Continuando com o destaque de alguns crimes previstos no Código Penal e dos valores estruturais da sociedade brasileira, insere-se a figura abaixo, que permite visualizar os crimes contra o patrimônio.

Figura 6 - crimes contra o patrimônio

<p>TÍTULO II - DOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO</p> <p>CAPÍTULO I - DO FURTO</p> <p>CAPÍTULO II - DO ROUBO E DA EXTORSÃO</p> <p>CAPÍTULO IV - DO DANO</p> <p>CAPÍTULO VI - DO ESTELIONATO E OUTRAS FRAUDES</p> <p>CAPÍTULO VII - DA RECEPÇÃO</p>

Fonte: elaborado pela autora, tendo como base o Código Penal brasileiro.

O título “Dos crimes contra o patrimônio” abarca crimes como o furto⁵⁰, roubo⁵¹, dano⁵², estelionato⁵³ e receptação⁵⁴. Nestes casos, o bem protegido é o conjunto de direitos

⁴⁹ No crime de violação de domicílio, o legislador protege a casa e suas dependências. Segundo o próprio legislador, a expressão “casa” compreende qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva ou compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade” (BRASIL, 1940).

⁵⁰ Artigo 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa (BRASIL, 1940).

⁵¹ Artigo 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa (BRASIL, 1940).

⁵² Artigo 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa (BRASIL, 1940).

⁵³ Artigo 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis (BRASIL, 1940).

⁵⁴ Artigo 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe

patrimoniais de uma pessoa ou o conjunto de bens e valores econômicos que se encontram sob o poder de uma pessoa, avaliáveis pecuniariamente (PRADO, 2018).

Na verdade, o que se deseja proteger é a propriedade privada, que vem sendo protegida, de forma significativa, desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. E, de fato, aqui no direito penal brasileiro do século XXI, a propriedade privada ainda é encarada como um direito fundamental, com lastro constitucional e como produto de uma suposta natureza humana, devendo, portanto, ser protegida contra qualquer tipo de violação.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 5º do Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, proclamou a proteção do direito de propriedade individual, comportando tanto a propriedade urbana como a rural, mobiliária e imobiliária, material e imaterial, ao lado dos tradicionais direitos à igualdade, à liberdade e à segurança (BRASIL, 1988).

Essas questões serão aprofundadas mais à frente. Antes disso, destacam-se também outros bens jurídicos relevantes para a sociabilidade capitalista, que podem ser melhor visualizados na figura 7.

Figura 7 - outros crimes importantes para as relações capitalistas no Brasil

TÍTULO III DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL	TÍTULO IV DOS CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO	TÍTULO XI DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
--	---	--

Fonte: elaborado pela autora, tendo como base o Código Penal brasileiro.

Os crimes contra a propriedade imaterial protegem os direitos autorais⁵⁵ ou a propriedade intelectual do seu autor, ou seja, a pessoa física criadora da obra literária, artística ou científica, assim como seus herdeiros e sucessores, ou a pessoa jurídica detentora dos direitos autorais.

A propriedade privada não visa mais apenas os recursos naturais ou os produtos do trabalho, mas, também, os conhecimentos e os saberes. Na economia do século XXI, a primeira unidade criada pelos laboratórios de pesquisa e desenvolvimento custa, muitas vezes, bem mais em capital investido do que a reprodução em série do produto. A apropriação dos saberes e a

ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa (BRASIL, 1940).

⁵⁵ Artigo 184 - Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa (BRASIL, 1940).

proteção do monopólio desses saberes, torna-se, portanto, foco principal das legislações (BENSAÏD, 2017). E isso, como se pode notar pelo estudo do Código Penal, também é percebido no ordenamento penal brasileiro.

Os crimes contra a organização do trabalho⁵⁶ tutelam a liberdade de trabalho, com particular ênfase à liberdade para escolher a profissão que se quer exercer, a liberdade de associação profissional e a normalidade das relações de trabalho, incriminando a paralisação seguida de violência ou perturbação da ordem, a paralisação de obra pública ou trabalho de interesse coletivo e a invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, entre outros crimes⁵⁷ (BRASIL, 1940).

O trabalho é elemento central das relações capitalistas, por isso a proteção da liberdade de trabalho e associação, bem como da normalidade de suas condições, também através da legislação penal, não bastando a proteção através da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

É que, no capitalismo, o direito organiza, sedimenta, estabelece, medeia e regula as relações entre capital e trabalho e exercício da greve, podendo, a depender do caso, tipificá-las como crime. Isso com a função de dar segurança à sociedade de mercado, às relações de troca e à propriedade privada, o que confirma os estudos apresentados no primeiro capítulo deste trabalho.

Portanto, nota-se que a escolha dos bens a serem juridicamente tutelados pelo direito penal depende dos juízos de valor próprios do legislador, posto que um ato não é criminoso em si mesmo, só passando a ser em virtude da norma jurídica que o qualifica como tal. Quer dizer, o crime só existe porque o legislador diz que determinada conduta se torna proibida, sob ameaça de pena.

Assim, ao contrário do que entendia Kelsen (2003), o crime não é resultado de uma construção puramente normativa, porque os bens jurídicos tutelados no Código Penal brasileiro, como a vida, a liberdade, a propriedade e o trabalho, são escolhidos como decisão política do

⁵⁶Artigo 197 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça:

I - a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias: Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência; II - a abrir ou fechar o seu estabelecimento de trabalho, ou a participar de greve ou paralisação de atividade econômica: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

Artigo 198 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a celebrar contrato de trabalho, ou a não fornecer a outrem ou não adquirir de outrem matéria-prima ou produto industrial ou agrícola: Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

Artigo 202 - Invadir ou ocupar estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, com o intuito de impedir ou embarçar o curso normal do trabalho, ou com o mesmo fim danificar o estabelecimento ou as coisas nele existentes ou delas dispor: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa (BRASIL, 1940).

⁵⁷ Para maiores esclarecimentos, ver Título IV do Código Penal brasileiro.

legislador por serem essenciais à reprodução do capitalismo. Nesse sentido, nota-se a relação entre direito penal brasileiro e teoria marxista, já que, também aqui, a eleição dos bens jurídicos que devem ser tutelados penalmente é condicionada pelas relações de produção.

Por sua vez, os crimes contra a administração pública abarcam crimes como a corrupção passiva e a corrupção ativa⁵⁸. Nesses casos, o legislador pretende proteger o patrimônio público, já que a tutela penal objetiva velar pelo normal funcionamento da administração e proteger os bens móveis de propriedade do Estado, havendo também o dever do funcionário público⁵⁹ em velar por esse patrimônio.

Além disso, atualmente, a criminalidade da elite econômica e política também está associada a crimes previstos em leis penais especiais⁶⁰, que protegem a ordem tributária, a ordem econômica e a financeira, as relações de consumo e o mercado de capitais, entre outros. Geralmente, os crimes contra a administração pública e contra a ordem tributária e econômica são praticados sem violência, mas com grande proveito econômico para aqueles que o praticam.

Logo, resgata-se Baratta (2002), porque ele entende que a criminalidade econômica e política é muito mais danosa socialmente do que a criminalidade do subproletariado, que geralmente recai sobre o patrimônio privado. Esse aspecto ainda será resgatado no trabalho.

Agora, é importante entender como se dá o processo de criminalização secundária, ou seja, como o juiz criminal procede para condenar o acusado da prática de um crime.

3.3.2 Criminalização secundária e as condições materiais de vida do acusado

A criminalização secundária se dá com a aplicação judicial da lei penal em um caso concreto, estando ligada ao aparelho repressivo do Estado e ao sistema penal brasileiro, já que pressupõe a imposição de uma pena, o que, como visto, é monopólio do Estado. Analisa-se, então, a atividade dos juízes criminais.

⁵⁸ Artigo 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Artigo 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa (BRASIL, 1940).

Para maiores esclarecimentos, ver Título XI do Código Penal brasileiro.

⁵⁹ Esses crimes geralmente são praticados por funcionários públicos, ou seja, aquelas pessoas que exercem cargo, emprego ou função pública, mesmo que de maneira transitória ou sem remuneração, seja através de eleição, nomeação, designação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo.

⁶⁰ Como exemplos, tem-se a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional e a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (BRASIL, 1986; BRASIL, 1990).

Ocorre que a dogmática jurídica⁶¹, como método de aplicação e interpretação do direito penal, não leva em consideração as condições reais de existência dos homens. Nesse contexto, é preciso avaliar os desdobramentos desse método.

A verificação da tipicidade penal⁶² pelo juiz, de acordo com o que foi estudado no segundo capítulo deste trabalho, é a operação de encaixe da conduta praticada pelo sujeito, que é réu em um processo criminal, com o que é previamente determinado pela lei penal. O juiz não precisa levar em consideração as condições materiais de vida do acusado, sua história, onde ele nasceu, onde ele mora, quem são seus pais, onde ele estudou ou se ele trabalha. Basta aplicar, tecnicamente, o que está prescrito na legislação penal ao caso que está julgando.

No caso de um crime de furto, por exemplo, o juiz se ocupa de descobrir se o sujeito ativo do crime subtraiu alguma coisa alheia móvel, encaixando o caso na norma penal prescrita no artigo 155 do Código Penal brasileiro. Portanto, a aplicação da pena se torna um ato mecânico e formal. Essa lógica é reproduzida mesmo que os juízes não se deem conta dela.

Posteriormente, durante a aplicação da pena, o juiz pode se preocupar com as circunstâncias pessoais e sociais do caso, tendo uma margem para aumentar ou diminuir a pena, mas isso, sempre dentro dos limites já estabelecidos previamente pelo legislador. Abaixo, destaca-se o artigo 59 do Código Penal brasileiro, que dispõe sobre a aplicação e fixação da pena, para que o leitor consiga visualizar esse processo:

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:
I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; [...] (BRASIL, 1940).

Como se pode perceber, a aplicação da pena criminal é ato judicial que compreende a escolha e a quantidade da pena aplicável. Contudo, a pena mínima já é previamente fixada pelo legislador e essas circunstâncias verificadas pelo juiz, como os motivos do crime, o contexto sob o qual ele foi praticado, o comportamento da vítima, a personalidade e conduta social daquele do agente, não podem justificar uma eventual absolvição.

⁶¹ Atualmente, o método mais difundido no saber penal é o dogmático, que consiste na análise da letra do texto, em sua decomposição analítica em elementos, unidades ou dogmas e na reconstrução destes elementos de forma coerente. O intérprete não pode mudar esses elementos, devendo respeitar o texto legal, tal como lhe são revelados pelo legislador (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

⁶² Tipicidade penal é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal. O tipo penal é a descrição jurídica abstrata, o texto que descreve a conduta, ou seja, é a descrição do comportamento proibido pela lei penal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 388).

O processo de aplicação da pena, como visto acima, segue um procedimento lógico-formal e uma concepção que compreende o direito penal como uma contínua técnica de operação dos instrumentos jurídicos, levando a crer que essa estrutura normativa é mesmo uma verdade incontestável. A dogmática penal não põe em relevo os vínculos das normas jurídicas com as relações de produção, aspectos por demais importantes para seu conhecimento como um fenômeno eminentemente social. Esse modo de enxergar e aplicar o direito penal indica que, ainda hoje, aplica-se o direito penal do século XIX.

Nesse ponto, é preciso questionar se a delimitação da pena pelo legislador e a indicação do método legal de preenchimento da moldura penal determina de forma absoluta a pena ou se o juiz poderia aplicar uma pena razoável e, até mesmo, absolver o acusado, ao levar em consideração suas condições materiais de vida e as circunstâncias do caso concreto. Mas, para isso, o juiz teria que se dar conta do discurso enviesado do direito penal e da dogmática jurídica que limita sua atuação⁶³. Até porque, como dito por Pachukanis (2017) anteriormente, o poder judiciário, representado pelos juízes criminais, é uma arma importante na luta de classes.

Uma concepção crítica do direito penal deve se amparar na análise da realidade sociojurídica e avançar em relação a uma teoria que se constrói a partir do isolamento artificial de seu objeto das influências de outros campos da vida social, tais como a economia e a política.

3.3.3 A população prisional brasileira

O sistema penal brasileiro, de acordo com o que foi ressaltado anteriormente, atua desde quando se tem notícia da prática de um crime, até a fase que se executa a pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei e uma atividade judicial que impõe a lei. Esta é a ideia geral do sistema penal.

Assim, é importante entender o cenário das execuções penais no Brasil, sendo que este pode ser visualizado através de alguns dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)⁶⁴, feito em junho de 2016, publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) em 2017 e vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança

⁶³ A atuação dos juízes criminais no processo penal e do discurso adotado por eles é tema que merece um olhar mais cuidadoso e pesquisas futuras.

⁶⁴ O INFOPEN compila informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, por meio de um formulário de coleta de estruturado preenchido pelos gestores de todos os estabelecimentos prisionais do país. O levantamento, além dos dados relacionados ao perfil da população prisional que foram destacados no trabalho, também traz dados de gênero, raça, e relacionados com a gestão de serviços penais e garantias de direito (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2017).

Pública. Os dados refletem o retrato do sistema em 30 de junho de 2016 e as informações do período referem-se ao primeiro semestre de 2016. Isso com a finalidade de, mais adiante, relacionar esse cenário do sistema penal com as condições necessárias à existência e reprodução do capitalismo no Brasil. A partir do levantamento do INFOPEN, pretende-se entender quem, e por qual tipo de crime, o sistema penal brasileiro está punindo.

Inicialmente, busca-se identificar a natureza dos crimes que vêm ensejando condenação e aprisionamento no Brasil.

Tabela 1 – natureza e número de crimes pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento

	Homens	Mulheres	Total
Quantidade de crimes tentados/ consumados	586.722	33.861	620.583
Grupo: Código Penal	393.680	11.812	405.492
Grupo: Crimes contra a pessoa	82.195	2.491	84.686
Homicídio simples (Art. 121, caput)	26.409	887	27.296
Homicídio culposo (Art. 121, § 3º)	3.287	63	3.350
Homicídio qualificado (Art. 121, § 2º)	36.758	1.149	37.907
Aborto (Art. 124, 125, 126 e 127)	77	7	84
Lesão corporal (Art. 129, caput e § 1º, 2º, 3º e 6º)	4.642	132	4.774
Violência doméstica (Art. 129, § 9º)	4.826	22	4.848
Sequestro e cárcere privado (Art. 148)	1.524	37	1.561
Outros - não listados acima entre os artigos 122 e 154-A	4.672	194	4.866
Grupo: Crimes contra o patrimônio	270.818	7.991	278.809
Furto simples (Art. 155)	35.674	1.481	37.155
Furto qualificado (Art. 155, § 4º e 5º)	35.254	1.372	36.626
Roubo simples (Art. 157)	50.729	1.507	52.236
Roubo qualificado (Art. 157, § 2º)	99.961	2.107	102.068
Latrocínio (Art. 157, § 3º)	15.495	417	15.912
Extorsão (Art. 158)	2.326	101	2.427
Extorsão mediante sequestro (Art. 159)	1.805	99	1.904
Apropriação indébita (Art. 168)	539	11	550
Apropriação indébita previdenciária (Art. 168-A)	53	35	88
Estelionato (Art. 171)	5.609	416	6.025
Receptação (Art. 180)	17.360	395	17.755
Receptação qualificada (Art. 180, § 1º)	1.427	27	1.454
Outros - não listados acima entre os artigos 156 e 179	4.586	23	4.609

Grupo: Crimes contra a dignidade sexual	25.777	305	26.082
Estupro (Art. 213)	11.540	69	11.609
Atentado violento ao pudor (Art. 214)	5.719	34	5.753
Estupro de vulnerável (Art. 217-A)	5.977	95	6.072
Corrupção de menores (Art. 218)	1.092	90	1.182
Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual (Art. 231)	457	3	460
Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual (Art. 231-A)	10	0	10
Outros (Artigos 215, 216-A, 218-A, 218-B, 227, 228, 229, 230)	982	14	996
Grupo: Crimes contra a paz pública	9.349	734	10.083
Quadrilha ou bando (Art. 288)	9.349	734	10.083
Grupo: Crimes contra a fé pública	4.053	184	4.237
Moeda falsa (Art. 289)	455	29	484
Falsificação de papéis, selos, sinal e documentos públicos (Art. 293 a 297)	850	30	880
Falsidade ideológica (Art. 299)	668	46	714
Uso de documento falso (Art. 304)	2.080	79	2.159
Grupo: Crimes contra a Administração Pública	494	50	544
Peculato (Art. 312 e 313)	385	32	417
Concussão e excesso de exação (Art. 316)	70	7	77
Corrupção passiva (Art. 317)	39	11	50
Grupo: Crimes praticados por particular contra a	994	57	1.051
Corrupção ativa (Art. 333)	580	39	619
Contrabando ou descaminho (Art. 334)	414	18	432
Grupo: Legislação específica	193.042	22.049	215.091
Grupo: Drogas (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06)	155.669	21.022	176.691
Tráfico de drogas (Art. 12 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343/06)	134.676	17.106	151.782
Associação para o tráfico (Art. 14 da Lei 6.368/76 e Art. 35 da Lei 11.343/06)	16.724	3.409	20.133
Tráfico internacional de drogas (Art. 18 da Lei 6.368/76 e Art. 33 e 40, inciso I da Lei 11.343/06)	4.269	507	4.776
Grupo: Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826, de	31.533	582	32.115
Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (Art. 14)	17.695	255	17.950
Disparo de arma de fogo (Art. 15)	2.256	19	2.275
Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (Art. 16)	11.235	272	11.507
Comércio ilegal de arma de fogo (Art. 17)	176	29	205
Tráfico internacional de arma de fogo (Art. 18)	171	7	178

Grupo: Crimes de Trânsito (Lei 9.503, de	1.984	44	2.028
Homicídio culposo na condução de veículo automotor (Art. 302)	236	6	242
Outros (Art. 303 a 312)	1.748	38	1.786
Grupo: Legislação específica - outros	3.856	401	4.257
Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13/01/1990)	3.524	341	3.865
Genocídio (Lei 2.889, de 01/10/1956)	4	3	7
Crimes de tortura (Lei 9.455, de 07/04/1997)	174	55	229
Crimes contra o Meio Ambiente (Lei 9.605, de 12/02/1998)	154	2	156

Fonte: INFOPEN, junho/2016.

De modo geral, a partir da tabela 1, é possível afirmar que os crimes contra o patrimônio são os crimes que mais ensejam condenações e privação de liberdade no Brasil, somando 278.809 incidências. Os crimes de furto e roubo⁶⁵ correspondem a 37% das incidências penais pelas quais as pessoas foram privadas de liberdade. Por outro lado, os crimes contra a administração pública, tanto aqueles praticados por funcionários públicos, como aqueles praticados por particular, somam 1.595 incidências, correspondendo a 0,21% das incidências penais.

Os crimes contra a pessoa somam 84.686 incidências, formando um número significativo, e os crimes contra a propriedade imaterial e contra a organização do trabalho não aparecem listados na tabela 1.

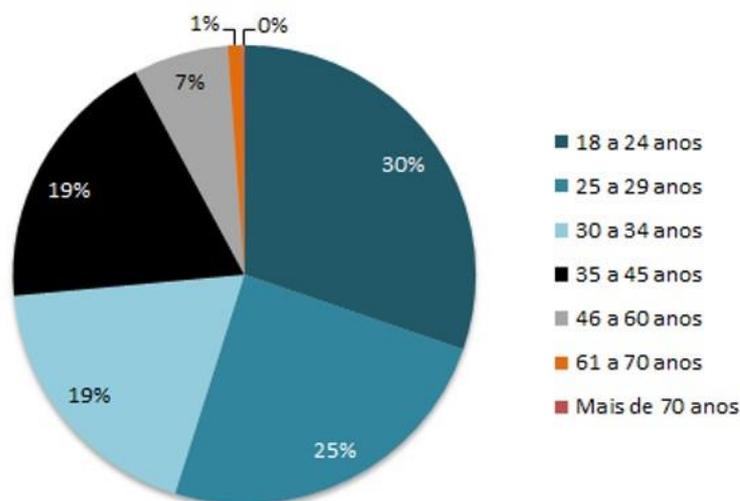
Outro dado interessante é que a tabela 1 não lista nenhum crime praticado contra o sistema financeiro nacional, a ordem tributária, econômica ou contra as relações de consumo⁶⁶.

A seguir, serão apresentadas algumas das categorias que compõem o perfil sociodemográfico da população privada de liberdade no Brasil.

⁶⁵ Furto Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. Roubo Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

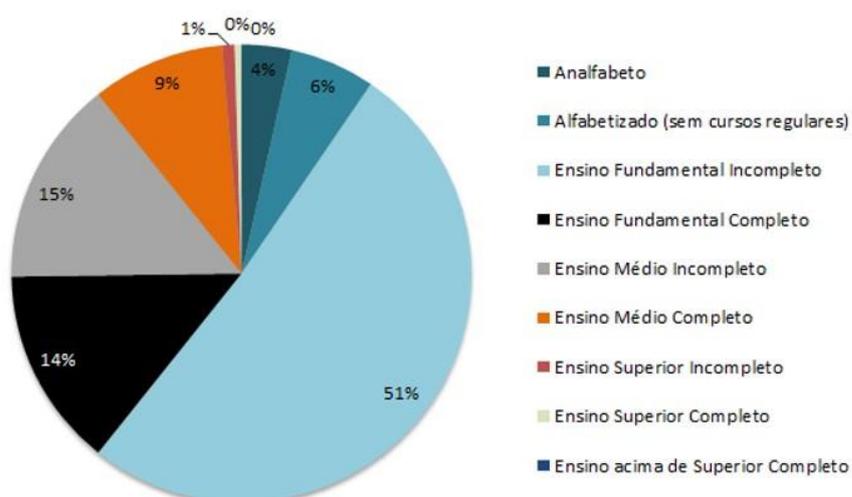
⁶⁶ Outro crime que apareceu na tabela 1 com número significativo de incidências (176.691) é o tráfico de drogas. Contudo, sua análise no contexto da sociabilidade capitalista merece um estudo mais aprofundado e específico, que ultrapassa o limite metodológico desta pesquisa.

Gráfico 1 - faixa etária das pessoas privadas de liberdade no Brasil



Fonte: INFOPEN, junho/2016.

Gráfico 2 - escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil



Fonte: INFOPEN, junho/2016.

Conforme o gráfico 1, pode-se afirmar que 55% da população prisional é formada por jovens, considerados até 29 anos.

E, a partir do gráfico 2, pode-se perceber o baixo grau de escolaridade da população privada de liberdade no Brasil, pois 75% dela ainda não acessou o ensino médio, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental. Entre a população que se encontra no ensino médio, tendo concluído ou não esta etapa, tem-se 24% da população. Apenas 1% da população prisional é formada por pessoas que chegaram ao ensino superior.

Portanto, a partir dos dados do INFOPEN, é possível dizer que a maior parte da população prisional brasileira é composta por jovens de baixa escolaridade e,

consequentemente, baixa capacidade de inserção no mercado de trabalho, acusados de crimes contra o patrimônio, o que indica o perfil de quem é efetivamente punido pelo sistema penal brasileiro.

3.3.4 Sistema penal e as classes sociais no Brasil

A partir da análise acima, nota-se uma aproximação entre o cenário de desigualdade, proteção da propriedade privada e da punição por crimes de furto e roubo, da Europa do século XIX com o cenário do Brasil do século XXI. Assim, olhar para as sociedades do século XIX é, nesse aspecto, olhar para a sociedade brasileira de início do século XXI.

Nesse momento, Marx e Engels (2001) e o diagnóstico sobre o antagonismo de classes precisam ser resgatados, porque, ao que parece, o sistema penal intermedia os conflitos entre classes no Brasil atual. Assim, o estudo sobre as relações entre sistema penal e o caráter de classe do direito é essencial, mesmo porque essas questões não são comumente retratadas pela teoria jurídica tradicional.

De acordo com as noções trabalhadas no capítulo inicial deste trabalho, o direito atende a uma lógica e expressa o nível das contradições, das lutas e das posições das classes sociais. No Brasil, isso é percebido a partir do exame da estrutura normativa do Código Penal, da atuação do juiz criminal, da tabela 1 e dos gráficos 1 e 2 analisados acima. Essas características também são notadas na definição legal de crime e na atividade dos aparelhos de controle e repressão social, como o legislador, a justiça e a prisão, concentrada nos membros das classes marginalizadas pelo capitalismo.

No que diz respeito à criminalização primária, o Código Penal brasileiro parece proteger os bens jurídicos de forma geral, comuns a todos, independentemente da classe social do sujeito que praticou o crime, como a vida, a integridade física, a dignidade sexual, a liberdade individual, entre outros. No entanto, o que se nota a partir do levantamento do INFOPEN é que a proteção desses valores ‘gerais’ é desigual, visto que o sistema penal se ocupa, substancialmente, dos crimes contra o patrimônio, que representam os bens jurídicos mais relevantes para uma sociabilidade capitalista.

A tabela 1, que indica a natureza dos crimes pelos quais as pessoas foram privadas de liberdade, de acordo com o último levantamento do INFOPEN, confirma que o sistema penal tende a incriminar condutas lesivas das relações de produção, concentradas na área da criminalidade patrimonial comum, a exemplo dos crimes de furto, roubo e tráfico de drogas, sendo que as classes marginalizadas, privadas de meios de subsistência, é que são mais

particularmente expostas a esta forma de desvio.

Ademais, quando o direito penal é concretamente aplicado, através da atuação dos juízes criminais, a tendência é que estes continuem a reproduzir a lógica de dominação de classes que lhes foi ensinada nas faculdades de direito, aplicando a legislação penal acriticamente e sem compromissos com os sujeitos marginalizados ou sem colocação no mercado de trabalho.

Em geral, explica Santos (2015, p. 05), os juristas não estão familiarizados com a lógica interna que:

[...] vincula as relações econômicas (estrutura) às relações políticas e às relações jurídicas (superestrutura) da formação social, porque trabalham com a linguagem universal da razão, que protege a liberdade, a igualdade e o bem comum e, assim, não só oculta as contradições de classe da sociedade, mas revela a forma jurídica como ideologia mistificadora, mediante a união abstrata de contradições sociais concretas.

A proteção penal seletiva, conseqüentemente, incrimina os indivíduos pertencentes às classes sociais subalternas, especialmente os contingentes de marginalizados do mercado de trabalho e do consumo social, como sujeitos privados dos bens jurídicos econômicos e sociais protegidos na lei penal.

A noção de crime é desenvolvida pela dogmática penal para proteger os valores importantes para a sociabilidade capitalista e, de certa forma, controlar aqueles que formam as classes subalternas, de subproletariados ou de marginalizados⁶⁷, compostos pelos jovens de baixa escolaridade.

Essa análise confirma a exposição de Baratta (2002) quando ele explica que a criminalização recai sobre o proletariado, em particular de setores do subproletariado, e, portanto, das classes sociais já socialmente marginalizadas como exército de reserva pelo sistema de produção capitalista.

Poulantzas (1975) já havia dito que o problema da marginalidade do jovem é um ponto crucial na teoria marxista das classes sociais, principalmente nas formações da periferia do sistema capitalista. E, de fato, essa questão aparece no Brasil quando a população prisional brasileira é formada, majoritariamente, por jovens de baixa escolaridade que compõe grupos marginais.

⁶⁷ Uma dificuldade encontrada no presente trabalho se deu com a escolha dos termos que se deveria usar nas referências às “classes sociais” alcançadas pelo sistema penal brasileiro. Por fim, desde o capítulo II, vem-se empregando os termos usados por Poulantzas (1975), Baratta (2002), Santos (2008a) e Santos (2008b): classes subalternas, classes sociais exploradas, classes sociais perigosas, subproletariado, marginalizados, classes dominantes, elite econômica e elite política.

No mesmo sentido, Santos (2008b) entende que no Brasil a estrutura de classes sociais tende a sustentar-se através do sistema penal, mesmo sendo uma das formas mais violentas de sustentação, o que é feito através da criminalização das classes subalternas.

O sistema de controle social brasileiro exclui ou reduz os interesses e necessidades das classes sociais subalternas. Consequentemente, no Brasil, da mesma forma que em outras:

[...] sociedades capitalistas, a indicação das estatísticas é no sentido de que a imensa maioria dos crimes é contra o patrimônio, de que mesmo a violência pessoal está ligada à busca de recursos materiais e o próprio crime patrimonial constitui tentativa normal e consciente dos deserdados sociais para suprir carências econômicas (SANTOS, 2008b, p. 12).

Os sujeitos marginalizados têm dificuldade em exercer direitos civis e políticos e de exigir quaisquer dos direitos sociais proclamados. A racionalização do direito ocidental brasileiro, portanto, não alcança a universalidade, embora os infratores continuem vinculados ao sistema jurídico (SANTOS, 2008b).

Então, em países como o Brasil, de profundas desigualdades sociais e prevalência de uma tradição jurídica conservadora, a demanda por punição também é uma demanda conservadora e classista. Stutchka (1988, p. 12-21), citado por Pereira (2015, p. 106), também já havia afirmado que o direito penal, como “todo o direito, no sentido corrente da palavra, é um conceito classista”, sendo:

Garantido pela classe dominante mediante um poder organizado (normalmente o Estado) cujo objetivo principal, uma vez que não é o único, consiste em proteger este ordenamento por corresponder aos interesses (ou melhor, para garantir os interesses) da própria classe dominante.

Contudo, não se pode dizer que o sistema penal esteja voltado para a punição da classe trabalhadora como um todo, mas, de forma mais expressiva, à sua parcela mais vulnerável, social e economicamente. Para Santos (2008b), há um direcionamento ao jovem ocioso e às camadas sociais consideradas perigosas no plano político-social e supérfluas no plano econômico.

De qualquer forma, o cenário brasileiro indica que o sistema penal se volta, principalmente, para a repressão dos jovens marginalizados.

Logo, não se trata de analisar o fato isolado de que o subproletariado é quem mais pratica crimes, mas sim de entender que os crimes foram criados justamente para aquelas condutas que só poderiam ser praticadas por ele. Afinal, porque um trabalhador de alta renda ou um banqueiro iria praticar pequenos furtos?

Os sujeitos pertencentes aos contingentes marginalizados do mercado de trabalho, sem função na reprodução do capital, são destruídos pela violência estrutural das relações de produção ou pela violência institucional do sistema penal. Assim, se a criminalização legislativa ou primária parece neutra, a criminalização secundária ou concreta mostra que apenas parte da população brasileira é punida (SANTOS, 2008b).

Por isso se destaca outro dado interessante da tabela 1 que, apesar de listar alguns crimes contra a administração pública, não lista nenhum crime praticado contra o sistema financeiro nacional, a ordem tributária, econômica ou contra as relações de consumo.

Os tipos legais de crimes fundados em bens jurídicos próprios das elites econômica e política da formação social do Brasil, ou seja, bens jurídicos que só elas têm acesso, existem, de alguma maneira, formalmente e no plano legislativo, a exemplo da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e a Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo, já citadas anteriormente. Todavia, pouco se observa na população prisional brasileira sujeitos pertencentes a essas elites econômicas. Parece haver um salvo-conduto para suas práticas ilegais no ataque aos interesses e aos direitos das classes subalternas.

Santos (2008b) expõe que as condutas criminosas próprias da elite brasileira, que vitimizam o conjunto da sociedade ou amplos setores da população, aparecem diferenciadas ao nível da criminalização legislativa ou da criminalização repressiva. Com um olhar cuidadoso para a legislação penal brasileira, é possível perceber que essas condutas praticamente não são definidas pelo legislador como crimes ou são definidas de modo impreciso e vago, frustrando, portanto, a repressão penal. Há, também, a fixação de tratamentos peculiares na legislação brasileira, transformando essas práticas criminosas em investimentos lucrativos, a exemplo dos crimes contra a ordem tributária, uma vez foram criadas condições para que o sonegador se livre da responsabilidade penal, condicionando a extinção da punibilidade ao pagamento dos tributos sonegados⁶⁸.

Pode ser que essas leis sejam criadas como forma de dar uma aparência de igualdade no tratamento jurídico entre os sujeitos de diferentes classes sociais, mas a análise da população prisional mostra que a criminalização e o aparelho repressivo pouco alcançam a elite.

Se referindo à crise econômica do capitalismo financeiro em 2008, Souza (2015, p. 247, grifo do autor) entende que,

⁶⁸ É o que se depreende do artigo 69 da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, com a seguinte redação: “Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais [...]” (BRASIL, 2000).

Na verdade, o mercado capitalista, aqui e em qualquer lugar, sempre foi uma forma de ‘corrupção organizada’, começando com o controle dos mais ricos acerca da própria definição de crime: criminoso passa a ser o funcionário do Estado ou o batedor de carteiras pobre, enquanto o especulador de Wall Street – a matriz da avenida paulista – que fraudava balanços de empresas e países e arruína o acionista minoritário, embolsa, hoje mais que antes da crise, bônus milionários. Enquanto os primeiros vão para a cadeia, o segundo, que as vezes arrasa a economia de países inteiros, ganha foto na capa da revista *The Economist* como financista do ano. Quem é que ganha, na verdade, com a corrupção tornada legal do mercado e celebrada como mérito? É isso que o cidadão feito de tolo não vê.

O diagnóstico do capitalismo dependente de Florestan Fernandes evoluiu para um discurso que encobre as responsabilidades do capital financeiro internacional e da elite brasileira, patrimonialista, conservadora e dependente, na criação das condições estruturais da criminalidade do capitalismo contemporâneo.

Os crimes de furto e roubo, contra o patrimônio privado, praticados pelo subproletariado, têm um potencial ofensivo muito menor do que os crimes econômicos ou contra o sistema financeiro, o que indica que se quer punir uma determinada classe, e não o crime em si. O sistema penal brasileiro é permeado por essa grande contradição.

Nesse cenário, a classe social do sujeito tem função determinante no resultado de condenação ou absolvição criminal, mais até do que a gravidade do crime ou a extensão do dano. Por isso é possível dizer que, no Brasil de hoje, o conceito de crime não se relaciona com a defesa social em si, mas com a criminalização de jovens de baixa escolaridade e marginalizados, reproduzindo a lógica da exploração de classes do sistema capitalista. Essa análise permite compreender os conflitos entre as classes sociais, que são disfarçados através da forma legal do direito penal brasileiro.

Isso não quer indicar que uma política criminal vingativa e voltada para a criminalização de políticos, banqueiros, financistas, construtores e grandes proprietários seja adotada, como muitos querem nos dias atuais. A ideia não é simplesmente inverter a lógica da punição e colocar como alvo do sistema penal punitivo as classes dominantes brasileiras. Na verdade, tal política indicaria contradição ao que foi proposto por Marx e demais teóricos marxistas estudados neste trabalho.

Contudo, parece coerente entender que a afirmação de Marx e Engels (2001), no *Manifesto do Partido Comunista*, de que “a história de toda sociedade até nossos dias é a história a luta de classes”, sendo que “opressores e oprimidos sempre estiveram em constante oposição” e “empenhados numa luta sem trégua, ora velada, ora aberta”, dialoga com o cenário do sistema penal do Brasil do século XXI.

3.4 Direito penal: contradições e o necessário resgate da teoria marxista

A teoria marxista fornece elementos para o avanço na compreensão do direito penal na atualidade e na superação das mistificações teóricas tradicionais. Além de criar as bases para uma construção do direito penal distinta das tradicionais, reconfigura o seu âmbito, atrelando-o à dinâmica da totalidade da reprodução social capitalista.

Dessa forma, considerando as análises de Marx, tanto na sua primeira crítica ao direito, que seria para ele um sistema de conceitos abstratos, tanto na sua obra de maturidade, com a crítica do direito como forma de dominação de classe, pode-se extrair algumas questões relevantes na compreensão do direito e do sistema penal, que diferencia a compreensão marxista de outras concepções do direito.

Em países que, como o Brasil, apresentam profundas desigualdades sociais e prevalência de uma tradição jurídica conservadora, o resgate de textos de Marx e Engels, tais como *Os despossuídos* (1842), *O Manifesto Comunista* (1848), *Para a Crítica da Economia Política* (1859), *O Capital* (1867), *Anti-Dühring* (1877) e *A origem da família, da propriedade privada e do Estado* (1884), tem muito a oferecer.

A forma abstrata da perspectiva filosófica mais comum do pensamento jurídico contemporâneo, de acordo com o que se viu acima, dissimula forçosamente as contradições sociais e os interesses de classe, além de operar a desvinculação da teoria dos condicionamentos socioeconômicos.

O direito penal é definido como um conjunto de normas que buscam a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade como um todo, entretanto, acaba-se preterindo sua ligação intrínseca com a produção social da vida humana, a forma como os homens encontram-se organizados em determinado contexto e as relações entre classes. Daí o caráter, quase sempre, parcial, incompleto e abstrato de tais abordagens (PEREIRA, 2015).

Pachukanis (2017, p. 88) expõe que as categorias fundamentais do direito penal são expressão, por mais distorcidas e mistificadas que sejam, de uma realidade objetiva e a verificação da natureza dos conceitos abstratos, de crime, por exemplo, “não nos livra do trabalho de detectar a realidade objetiva, ou seja, aquela que existe no mundo exterior” (PACHUKANIS, 2017, p. 88).

Nesse contexto, é preciso mesmo indagar por que se escolhe qualificar algo como crime, revelando suas razões estruturais e entendendo a crítica da própria perspectiva do crime como realidade. O conceito de crime aparece exatamente como uma necessidade do capital, na medida em que procura tipificar como crime, condutas geralmente praticadas pelas classes

subalternas, como os crimes que violam a propriedade privada, por exemplo.

Para Marx (2013b), nem a propriedade privada, nem o crime, nem o direito penal são conceitos eternos desvinculados das relações sociais existentes. Mesmo assim, por causa do controle ideológico, o direito penal torna possível a contenção de conflitos oriundos do antagonismo de classes.

O direito conta com um corpo de especialistas responsáveis por pensar e desenvolver os instrumentos jurídico-processuais, sendo que o direito penal também está condicionado pela existência da sociedade de classes, ainda que o pensamento jurídico anuncie outra posição, para se afirmar com o discurso da vontade geral (PEREIRA, 2015).

Assim sendo, também o direito penal deve ser estudado do ponto de vista de seus objetivos declarados ou manifestos e de seus objetivos reais, nos quais se manifestam as dimensões de ilusão e realidade de um fenômeno da vida social nas sociedades contemporâneas. É o que propõem Baratta (2002) e Santos (2008b), operando em uma base material da criminologia.

Os objetivos declarados produzem uma aparência de neutralidade do sistema penal, promovida pela limitação da pesquisa ao nível da lei penal, única fonte formal do direito penal. Mas, essa “aparência de neutralidade é dissolvida pelo estudo das fontes materiais do ordenamento jurídico, enraizadas no modo de produção da vida material, que fundamentam os interesses, necessidades e valores das classes sociais dominantes das relações de produção” e no poder político do Estado (SANTOS, 2008b, p. 07 e 08).

Por isso há a necessidade do resgate das teorias críticas marxistas.

No Brasil, o sistema jurídico se diversificou em variados campos e disciplinas, com o propósito de tornar seguras as relações sociais e econômicas mais fundamentais, isso diante das contradições do capital. No direito civil e no direito do trabalho, a influência das relações capitalistas e a proteção da propriedade e da liberdade para o trabalho são mais facilmente detectáveis, ao passo que no direito penal essa influência é mais mistificada.

Aqui, o objetivo declarado do direito penal destoa de seu objetivo real. O discurso declarado do direito penal é o da proteção do bem comum, a exemplo, como se viu, da vida, liberdade individual, patrimônio e administração pública. Proclama-se um discurso de unidade social, de liberdade individual, de salário equivalente ao trabalho, quando o que se percebe é desigualdade real (SANTOS, 2008b).

Entretanto, quando se depara com os dados da população prisional brasileira, composta significativamente por membros das classes subalternas e pela prática de crimes contra o patrimônio, percebe-se que o discurso oficial do direito penal não consegue justificar a

situação real de desigualdade no sistema penal. Há, portanto, contradição entre o discurso do bem comum e a realidade (SANTOS, 2008b).

Além disso, o fato de a população prisional brasileira ser composta majoritariamente por jovens de baixa escolaridade confirma a noção da democracia restrita de Fernandes (1987) e de uma elite que só reconhece direitos para si mesma. Tem-se, assim, um direito penal como um direito desigual.

Hoje, no Brasil, o tratamento legal, judicial e prisional não é construído com base na igualdade. O direito penal é desigual e a forma como ele é estudado, produzido, interpretado e aplicado pelo Estado demonstra esta tendência, qual seja, o compromisso com as classes dominantes e a naturalização das categorias jurídicas sobre crime.

O contexto atual implica, portanto, contradição.

Desse modo, faz sentido a teoria marxista que se levanta sob o caráter ilusório e formal da igualdade, também nos processos penais que se desenvolvem no Brasil atual, pois ela fornece elementos centrais para descortinar a aparente neutralidade do direito frente aos conflitos de classes e aos interesses das classes dominantes. Mesmo porque, ainda segue como atual o diagnóstico feito por Marx sobre o direito. Daí a imprescindibilidade de resgatar seus textos, com suas inquietações, conhecer sua vida, sua teoria e, principalmente, sua luta e seu olhar para o sofrimento do outro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito penal não esteve alheio às transformações sociais geradas pela acumulação do capital, durante a transição dos séculos XVIII para o XIX. Nesse processo, as massas populares reproduziam-se rapidamente, sem poderem ser assimiladas pelo novo sistema de produção, o que ameaçava a dominação burguesa, logo, era necessário desenvolver um mecanismo jurídico de contenção. Com efeito, o direito penal ganha forças, conhecendo uma forma estruturada e sistematizada, que continua a ser reproduzida nos dias de hoje.

Nesse contexto, o presente trabalho teve como objetivo analisar o direito penal contemporâneo, a partir de uma teoria que permitisse revelar sua base material no cenário das relações capitalistas brasileiras. A ideia foi justamente buscar a leitura do direito penal a partir de outra corrente teórica, para além do positivismo jurídico, e trazer para a discussão uma outra concepção do direito penal.

Inicialmente, os estudos se voltaram para os textos do próprio Marx, na medida em que foi ele quem traçou os fundamentos teóricos que permitem uma análise materialista do direito. Assim, mesmo que ele não tenha escrito uma obra específica sobre as relações jurídicas, não se pode descartar sua importância para a construção de uma crítica ao direito burguês.

Então, nesse ponto, a análise se voltou para o direito de forma geral. De qualquer forma, já apareceu a noção, a partir de Marx, de que o primeiro roubo se dá com a primeira apropriação privada, quando o autor, ainda na sua juventude, detectou a tendência conservadora e contraditória do direito, na medida em que o discurso abstrato e formalista se contrastava com as práticas condicionadas pelas relações socioeconômicas e de classe.

Marx, em sua produção teórica de maturidade, também construiu uma divisão clássica entre infraestrutura e superestrutura, desenvolvendo a tese de que o direito é parte da superestrutura produzida pelo desenvolvimento das forças produtivas, que constituem a base econômica do desenvolvimento social, além de ser um reflexo das concepções, das necessidades e dos interesses de uma classe dominante.

Portanto, foi possível identificar duas posições de Marx em relação ao direito. Primeiro, a crítica do direito como um sistema de conceitos abstratos e, depois, a crítica do direito como forma de dominação de classe. Mas, de forma geral, os textos analisados continham um conjunto de elementos que problematizavam a realidade do direito, quando contrastada com a ordem jurídica existente. Isso é possível porque a concepção materialista avança em relação à construção formal e abstrata do positivismo jurídico.

O direito penal, sob um ponto de vista puramente jurídico, também foi apresentado

como uma exposição sistemática de normas que regulam os conceitos de crime e pena. Verificou-se que seu objeto é a norma e sua função reside na elaboração técnico-jurídica do direito penal positivo e vigente. Justamente por causa desse desenho do direito penal contemporâneo, limitado a uma leitura da norma, é que se voltou às teorias críticas marxistas.

O estudo crítico do direito penal, da mesma forma do que foi desenvolvido em Marx, surgiu da mudança de abordagem da norma penal para uma abordagem das condições objetivas e estruturais da sociedade capitalista, com o deslocamento do interesse para as definições legais de crime e o processo de criminalização.

Os textos de Marx, mesmo que sem uma apresentação sistematizada e específica sobre o crime ou sobre o direito penal, constituíram ricas passagens. Em *O capital*, consolidase a noção de que a propriedade privada é o bem jurídico mais relevante da sociedade capitalista, sendo que o direito penal se impõe para sua proteção e, em *Anti-Dühring*, de Engels, consolidase a compreensão material dos crimes contra o patrimônio, a partir do momento em que se desenvolve a propriedade de coisas móveis.

Ao longo do século XX, outros autores também analisaram criticamente o direito penal, a partir de uma matriz marxista. Essas análises marxistas mais recentes, como a de Alessandro Baratta e Juarez Cirino dos Santos, tentaram entender a criminalidade entre as classes subalternas como uma adaptação ou resistência à dominação e a criminalidade da classe dominante como um instrumento de dominação, sendo que o direito penal aparece como instrumento de contenção da classe social mais vulnerável economicamente.

A criminologia crítica, que se edifica com base no método e nas categorias científicas da teoria marxista e do ponto de vista da classe trabalhadora, gira em torno da ideia de que o direito penal reproduz a estrutura de classes da sociedade contemporânea, ao mesmo tempo em que serve como instrumento para a opressão das classes sociais exploradas. Por isso, Santos destacou que, hoje, mais do que nunca, é necessário retornar à teoria marxista, para iluminar a relação entre o jurídico e o econômico.

Outra noção importante foi a de Althusser e seu *Aparelhos ideológicos do Estado*, na busca de uma compreensão crítica do sistema penal contemporâneo. O autor diferencia os aparelhos ideológicos do Estado do aparelho repressivo de Estado, explicando que, em si mesmo, o segundo funciona de uma maneira massivamente prevalente pela repressão, embora funcione secundariamente pela ideologia.

Com a influência do autor, foi possível entender que o sistema penal é a parte do controle social que resulta institucionalizado de forma punitiva e com um discurso punitivo. O sistema penal atua desde quando se tem notícia da prática de um crime, até que se imponha e

execute uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei, a atividade das polícias, dos promotores de justiça, juízes e da execução penal.

No entanto, para avaliar a repressão estatal em um determinado contexto, o observador não pode se limitar ao aparelho repressivo, pois as classes que dominam o poder econômico também dominam os aparelhos ideológicos, incluindo o jurídico. Isso porque, o direito penal aparece ao mesmo tempo nos aparelhos ideológicos, enquanto ideologia dominante que perpassa os projetos pedagógicos do ensino superior, e no aparelho repressivo. Dessa forma, o aparelho repressivo e os aparelhos ideológicos convergem na tarefa de instituir e reproduzir a formação econômico-social capitalista.

Finalmente, desenvolveu-se a análise do cenário da criminalidade no Brasil atual.

Partindo do pressuposto de que o Brasil passa a fazer parte do processo de expansão do capital dos grandes centros capitalistas sobre os países periféricos, Florestan Fernandes analisou a realidade do capitalismo brasileiro e de sua estrutura de dependência. Sua discussão envolveu, principalmente, a centralidade das relações de classe, a partir da dominação autocrática-burguesa e da articulação de grupos internos e externos ao país, que mantêm e aprofundam o desenvolvimento social desigual. Daí a necessidade de se considerar a peculiaridade da transformação capitalista dos países que tiveram origem colonial, como o Brasil.

A burguesia local não assumiu, aqui, o papel de instrumento de modernidade ou de rompimento com a antiga estrutura colonial, se apropriando do poder do Estado, no plano político, e da construção do direito, no plano jurídico, e se comprometendo apenas com o que fosse vantajoso para sua reprodução. Essa postura impediu que as demais classes se desenvolvessem autonomamente, resultando, nos dias de hoje, em inevitável exploração e desigualdade social.

Por fim, com o objetivo de analisar as incoerências e contradições do direito penal na sociedade capitalista brasileira e sua convergência com as relações materiais de produção, foi preciso desnudar as dinâmicas do sistema penal brasileiro, elegendo-se, como objetos de estudo, a atuação do poder legislativo, quando da eleição de bens jurídicos que são protegidos através do direito penal, bem como a atuação do poder judiciário na aplicação da norma penal.

A partir do Código Penal brasileiro, a vida, o patrimônio privado, a propriedade imaterial, a liberdade para o trabalho, a própria organização do trabalho, além do patrimônio e do normal funcionamento da administração pública, são identificados como alguns dos bens escolhidos para serem juridicamente tutelados pelo direito penal. Desse modo, a definição legal de crimes, elaborada, primariamente, através da atividade legislativa do Estado, reflete a

proteção dos valores estruturais das classes sociais dominantes na formação social.

Por outro lado, na legislação penal especial há proteção da ordem tributária, econômica e financeira, das relações de consumo e do mercado de capitais. Trata-se de uma criminalidade típica da elite econômica e política, praticados sem violência, mas com grande proveito econômico.

Com a atividade dos juízes criminais, foi possível perceber que a aplicação da pena é ato judicial que segue um procedimento lógico-formal e uma concepção que compreende o direito penal como uma técnica de operação dos instrumentos jurídicos. Nesse ponto, ressaltou-se a importância do juiz no processo criminal e a necessária compreensão, por parte dele, do caráter ideológico do direito penal.

Os dados de junho de 2016 do INFOPEN, publicados em 2017 pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, indicaram que crimes contra o patrimônio são os crimes que mais resultam em aprisionamento no Brasil, sendo que 55% da população privada de liberdade no Brasil é composta por jovens, considerados até 29 anos. Ademais, foi possível perceber o baixo grau de escolaridade da população privada de liberdade no Brasil, pois 75% dela ainda não acessou o ensino médio, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental.

Portanto, não é demais dizer que a maior parte da população prisional brasileira é composta por jovens de baixa escolaridade e, conseqüentemente, de baixa capacidade de inserção no mercado de trabalho, acusados de crimes contra o patrimônio. Daí ter sido necessário regatar o diagnóstico sobre o antagonismo de classes feito por Marx e Engels.

No conjunto, algumas questões precisavam ser analisadas.

O Código Penal brasileiro parece proteger os bens jurídicos de forma geral, comuns a todos. Entretanto, o que se notou a partir do levantamento do INFOPEN é que a proteção é desigual, visto que o sistema penal brasileiro tende a incriminar condutas concentradas na área da criminalidade patrimonial comum, a exemplo dos crimes de furto e roubo, como um tipo de criminalidade das classes subalternas e privadas de meios de subsistência. Então, confirma-se que a noção de crime é desenvolvida para proteger os valores importantes para a sociabilidade capitalista e, de certa forma, controlar aqueles que formam aquelas classes.

É por isso que se disse que o cenário brasileiro indicou que o direito penal vem intermediando os conflitos entre classes e que a estrutura social tende a sustentar-se através do sistema penal, mesmo sendo uma das formas mais violentas de sustentação. Assim, o estudo sobre as relações entre sistema penal e dominação de classe é essencial, mesmo porque, essas questões não são comumente retratadas pela teoria jurídica tradicional.

É importante ressaltar, mais uma vez, que essa análise não quer fomentar uma

política criminal vingativa e voltada para a criminalização da elite econômica e política, quando, na verdade, o que se quer é entender a desigualdade do sistema penal brasileiro e a contradição no discurso de que o direito penal existe para garantir o bem comum. Também não se quer traçar um diagnóstico definitivo do cenário da criminalidade no Brasil, deixando de considerar outras políticas penais alternativas, principalmente as vinculadas à política de intervenção mínima do direito penal.

Mas, de fato, em razão do silêncio experimentado na faculdade de direito e na literatura especializada, pretendeu-se avançar em relação aos discursos que dissimulam o caráter desigual do direito penal e do processo de criminalização, partindo-se de uma fundamentação teórica marxista, capaz de explicar o direito penal no contexto das contradições de uma sociedade capitalista.

De qualquer forma, na medida em que se submeteu as dinâmicas do sistema penal brasileiro, cuja base ideológica, como se viu, são as concepções jurídicas burguesas, a um novo olhar, foi possível diagnosticar suas contradições e convergência com as relações materiais de produção.

No fim, o que fica, é o espírito de Marx, a vontade de despertar uma certa inquietude nos alunos, a luta diária nas salas de aula e o entendimento de que o conhecimento desvendado sobre o direito penal brasileiro já constituem, por si só, um avanço na busca de uma sociedade menos desigual e mais humana.

REFERÊNCIAS

- ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do estado**. Lisboa: Presença, 1970. Acesso em: 25 jul. 2017.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BENSAÏD, Daniel. Os despossuídos: Karl Marx, os ladrões de madeira e o direito dos pobres. In: KARL, Marx. **Os despossuídos**: debates sobre a lei referente ao furto de madeira. São Paulo: Boitempo, 2017.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- _____. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento marxista**. [Edição digital]. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- _____. **Código Penal**. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 16 nov. 2017.
- _____. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 05 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 nov. 2017.
- _____. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 24 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 16 nov. 2017.
- _____. **Lei nº 4**, de 10 de junho de 1835. Determina as penas com que devem ser punidos os escravos, que matarem, ferirem ou cometerem outra qualquer offensa physica contra seus senhores, etc.; e estabelece regras para o processo. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim4.htm>. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. **Lei nº 7.492**, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. **Lei nº 8.072**, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. **Lei nº 8.137**, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm>. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. **Lei nº 11.941**, de 27 de maio de 2009. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11941.htm>. Acesso em: 16 jan. 2018.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

_____. **Anti-Dühring**: a revolução da ciência segundo o senhor Eugen Düring. São Paulo: Boitempo, 2015.

_____. Prefácio à primeira edição alemã de miséria da filosofia. São Paulo: Boitempo, 2017. In: MARX, Karl. **Miséria da filosofia**. São Paulo: Boitempo, 2017.

ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. **O socialismo jurídico**. São Paulo: Boitempo, 2012.

FERNANDES, Florestan. **A Revolução Burguesa no Brasil e interpretação sociológica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

FRANÇA. Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 26 ago. 1789. In: ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do direito**: evolução das leis, fatos e pensamentos. São Paulo: Atlas, 2011.

FREITAS, Amílcar Cardoso Vilaça; COSTA, Elizardo Scarpati. **O direito moderno sob a ótica dos clássicos da sociologia**: análises e questionamentos, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792013000300014>. Acesso em: 27 jul. 2017.

GIDDENS, Anthony. **Política, sociologia e teoria social**: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. Tradução Cibele Saliba Rizek. São Paulo: UNESP, 1998.

GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo**: a tragédia que não assusta as sociedades de massas. Salvador: Juspodivum, 2016.

HARVEY, David. **A produção capitalista do espaço**. São Paulo: Annablume, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARX, Karl. **A origem do capital**: a acumulação primitiva. São Paulo: Centauro, 2000.

_____. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo, Boitempo, 2013a.

_____. **Manuscritos econômicos de 1857-1858**. Esboços da crítica da economia política. São Paulo: Boitempo, 2011.

_____. Karl. **O capital**: livro I. São Paulo: Boitempo, 2013b.

_____. **Os despossuídos**: debates sobre a lei referente ao furto da madeira. São Paulo: Boitempo, 2017.

_____, Karl. **Prefácio para a crítica da economia política**. Lisboa: Progresso, 1982. Disponível em: <<https://www.marxists.org/portugues/marx/1859/01/prefacio.htm>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. Porto Alegre: L&PM, 2001.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. **Filosofia do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN. Publicado em: jun. 2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e o marxismo**. São Paulo: Boitempo, 2017.

PEREIRA, Francisco. **Karl Marx e o direito**: elementos para uma crítica marxista do direito. Salvador: Laboratório de estudos e pesquisas marxistas, 2015. Disponível em:

<www.lemarx.faced.ufba.br/arquivo/karl-marx-e-o-direito.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2016.

PORTELA JÚNIOR, Aristeu. Florestan Fernandes e o conceito de patrimonialismo na compreensão do Brasil. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP**, São Paulo, v.19.2, 2012, pp.9-27. Publicado em: 12 nov. 2012. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/plural/article/viewFile/74433/78054>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

POULANTZAS, Nicos. **As classes sociais no capitalismo de hoje**. Zahar, 1975.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito o penal brasileiro**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 1

ROCHA, Fernando A. N, Galvão. **Política criminal**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Delrey, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008a.

_____. **A necessidade de retomar Marx na criminologia**. Publicado em: 28 maio 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/05/28/memorial-criminologico-ou-a-necessidade-de-retomar-marx/>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

_____. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008b.

_____. **Os discursos sobre crime e criminalidade**. Publicado em: 2012. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SODRÉ, Nelson Werneck. Quem é o povo no Brasil? Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1962, p. 21 citado por GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo**: a tragédia que não assusta as sociedades de massas. Salvador: Juspodivum, 2016, p. 105.

SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira**. São Paulo: Leya, 2015.

STUTCHKA, Iva Petr Ivanovich. Direito e luta de classes. Acadêmica. São Paulo. 1988 citado por PEREIRA, Francisco. **Karl Marx e o direito**: elementos para uma crítica marxista do direito. Salvador: Laboratório de estudos e pesquisas marxistas, 2015. Disponível em: <www.lemarx.faced.ufba.br/arquivo/karl-marx-e-o-direito.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.