

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE EDUCAÇÃO E HUMANIDADES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS
PÚBLICAS
CAMILA FRONZA DE CAMARGO

PUNINDO A *RALÉ*
Elementos para a crítica ao poder punitivo brasileiro

CURITIBA

2017

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE EDUCAÇÃO E HUMANIDADES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS
PÚBLICAS
CAMILA FRONZA DE CAMARGO

PUNINDO A *RALÉ*

Elementos para a crítica ao poder punitivo brasileiro

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Políticas Públicas da Escola de Educação e Humanidades da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas, sob orientação da Professora Doutora Priscilla Placha Sá.

CURITIBA

2017

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

C172p
2017

Camargo, Camila Fronza de
 Punindo a ralé : elementos para a crítica ao poder punitivo brasileiro/ Camila Fronza
de Camargo ; orientadora: Priscilla Placha Sá. – 2017.
 171 f. : il. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2017

Bibliografia: f. 168-171

1. Direitos humanos. 2. Pena - Direito. 3. Segurança pública.
4. Políticas públicas - Brasil. 5. Conflito social. 6. Luta de classes. I. Sá, Priscilla
Placha. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em
Direitos Humanos e Políticas Públicas. III. Título.

CDD 20. ed. – 323.4



Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Escola de Educação e Humanidades
Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direitos Humanos e Políticas Públicas
Stricto Sensu

PUCPR ATA DA SESSÃO PÚBLICA DE EXAME DE DISSERTAÇÃO Nº. 013/2017
GRUPO MARISTA

**DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO DE Mestrado DE
CAMILA FRONZA DE CAMARGO**

Aos vinte e quatro dias, do mês de novembro de dois mil e dezessete, às nove horas e trinta minutos reuniu-se na Sala Sete - Segundo Andar da Escola de Educação e Humanidades da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, a banca examinadora constituída pelos professores: Priscilla Placha Sá, Cezar Bueno de Lima e Katie Silene Cáceres Arguello, para examinar a dissertação da candidata CAMILA FRONZA DE CAMARGO, ingressante no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Políticas Públicas - Mestrado, no segundo semestre de dois mil e quinze. Área de concentração: Direitos Humanos, Ética e Políticas Públicas -Linha de pesquisa: Políticas Públicas e Educação em Direitos Humanos. A mestranda apresentou a dissertação intitulada: PUNINDO A RALÉ: ELEMENTOS PARA A CRÍTICA AO PODER PUNITIVO BRASILEIRO. A Candidata fez uma exposição sumária da dissertação, em seguida procedeu-se à arguição pelos Membros da Banca e, após a defesa, a Candidata foi APROVADA pela Banca Examinadora. A sessão encerrou-se às 11 h 15 min. Para Constar, lavrou-se presente Ata, que vai assinada pelos Membros da Banca Examinadora.

Profª. Drª. Priscilla Placha Sá
Presidente/Orientadora.

Prof. Dr. Cezar Bueno De Lima
Convidado Interno

Profª. Drª. Katie Silene Cáceres Arguello
Convidada Externa



CIENTE

Profª. Drª. Maria Cecilia Barreto Amorim Pilla
Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direitos humanos e Políticas Públicas
Stricto Sensu – PPGDH PUCPR

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e avós, de quem sou meio e fim, pelo instante de vida que me foi dado.

À Welington Márcio dos Santos, pela integridade e integralidade do amor.

Ao Clube do Livro, por termos descoberto juntos que “o vento no rosto é sonho”.

À Professora Priscilla Placha Sá, pelo que há de ternura e compreensão no rigor e no comprometimento do ofício de orientação acadêmica. Também, se é que a cisão é possível, à Advogada Priscilla Placha Sá, pela honestidade e competência no exercício da advocacia criminal. Se hoje somos muitas, o reconhecimento é devido.

À Professora Katie Silene Cáceres Arguello, pela firmeza de sua delicadeza e a elegância de sua discrição no exercício da teoria e da prática criminológica na Universidade Federal do Paraná, cujo posto ocupa com reconhecida seriedade e responsabilidade. Ao Professor Cezar Bueno de Lima, pela leveza e pela disponibilidade de seu vasto conhecimento, que fazem da experiência acadêmica um espaço receptivo e criativo.

À todo o corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Políticas Públicas e à Maria das Graças Braga, minha sincera admiração e agradecimento por todo conhecimento passado. À CAPES, pelo incentivo à produção do conhecimento acadêmico. O fomento a um ensino emancipador, de caráter universal e gratuito, é revolucionário.

Vês? Ninguém assistiu ao formidável
Enterro de tua última quimera.
Somente a Ingratidão – esta pantera
Foi tua companheira inseparável.

Acostuma-te à lama que te espera.
O Homem, que, nesta terra miserável,
Mora, entre feras, sente inevitável
Necessidade de também ser fera.

Toma um fósforo, acende teu cigarro.
O beijo, amigo, é a véspera do escarro.
A mão que afaga é a mesma que apedreja.

Se a alguém causa inda pena a tua chaga
Apedreja essa mão vil que te afaga.
Escarra nessa boca que te beija.

Versos íntimos – Augusto dos Anjos

RESUMO

Da constatação de perversas regularidades no modo de punir no Brasil, como a homogeneidade do perfil de nossa população prisional e seu exponencial crescimento na última década devido a políticas penais e de segurança pública de caráter punitivista, policialesco e racista, e, em nível global, da adoção da prisão como punição determinada por lei nas mais diversas sociedades, buscou-se primeiro em Georg Rusche e Otto Kirchheimer e depois em Michel Foucault uma *genealogia* do moderno poder punitivo. Então, apreendida a influência que as formas mercantis exerceram sobre as formas jurídicas no início do estabelecimento do modo de produção capitalista, a pesquisa voltou-se para as análises de Karl Marx e Evgeny Bronislavovich Pachukanis para que fosse possível compreender em profundidade esta ascendência. Foi assim que a análise marxista – especialmente o *método materialista histórico dialético* – tornou-se a base das análises empreendidas. Deste modo, partindo do *concreto real*, alguns aspectos da realidade considerados fundamentais para compreender o *poder punitivo* – sua estrutura, funções, motivações etc. –, tanto em sua generalidade como em sua especificidade brasileira, foram selecionados e destacados de seu dinamismo para serem reconstituídos teoricamente com o auxílio de análises críticas de cunho sociológico e criminológico, a fim de dar conta da complexidade de seu funcionamento. Todo este empreendimento intelectual – o *concreto pensado* – se deu para apreender a medida da possibilidade de uma sociedade sem prisões. Com o transcurso da pesquisa, entendidas questões como a precedência da forma sobre o conteúdo do Direito, as estratégias de ocupação dos centros de poder de Estados capitalistas pelos ocupantes de diferentes setores políticos, a tensão entre determinismo e revolução no âmbito da luta de classes, entre outras, foi possível apresentar, no último capítulo, alguns elementos para pensar a superação do *poder punitivo* e de seus rastros de violência. Sendo a atual crise penitenciária brasileira resultado de escolhas políticas, ativas ou omissivas, que substituem políticas públicas de caráter social e inclusivas – como as de saúde, moradia e educação – por políticas públicas de caráter egoísta e exclusivas – como as de cunho criminal afeitas ao lema “tiro, porrada e sangue” e de expansão do sistema penitenciário, pela iniciativa estatal ou privada –, torna-se urgente comprometer-se à sério com preceitos de direitos humanos que assumam os arraigados conflitos de classe e de raça que carcomem a sociedade brasileira e fazem da prisão um mecanismo de *gestão da miséria*.

Palavras-chave: Direito e marxismo; Poder punitivo; Políticas públicas e de segurança pública; Determinismo histórico e luta de classes; Abolicionismo penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. OS FUNDAMENTOS DA CRÍTICA AO PODER PUNITIVO	15
1.1. A CIÊNCIA JURÍDICA SOB A CRÍTICA À ECONOMIA POLÍTICA DE KARL MARX	16
1.2. A CIÊNCIA JURÍDICA SOB A CRÍTICA SOCIOLÓGICA DE PIERRE BOURDIEU	31
1.3. A CIÊNCIA JURÍDICO-PENAL SOB A CRÍTICA GENEALÓGICA DE MICHEL FOUCAULT E AS CONTRIBUIÇÕES DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA	41
1.3.1. Breve análise histórica do desenvolvimento do Direito Penal objetivo e subjetivo	Erro! Indicador não definido.
1.3.1.1. Introdução histórica: da vingança privada ao suplício público.....	42
1.3.1.2. Uma nova etapa na economia da pena: do suplício à pena de prisão.....	56
1.3.2. Breve análise histórica do desenvolvimento do Direito Penal em sua acepção intelectual	62
1.3.2.1. A reforma penal como tradução teórica da nova economia política do poder punitivo e a constituição da ciência jurídico penal.....	63
1.3.2.2. A consolidação da dogmática jurídico-penal como esquema de defesa da ordem liberal.....	71
2. O PODER PUNITIVO	80
2.1. A CRÍTICA AO PODER PUNITIVO	80
2.1.1. O processo de criminalização primária	83
2.1.2. O processo de criminalização secundária	104
2.2. A CRÍTICA AO PODER PUNITIVO BRASILEIRO	121
2.2.1. A política penal – de segurança pública – brasileira	121
2.2.1.1. O perfil da população carcerária brasileira.....	125
2.2.1.2. A crise penitenciária atual.....	130
3. PARA PENSAR ALÉM DO PODER PUNITIVO	138
3.1. PODER PUNITIVO COMO PODER POLÍTICO (OU “TODO PRESO É UM PRESO POLÍTICO”)	138

3.2. PODER PUNITIVO ENTRE DETERMINISMO HISTÓRICO E LUTA DE CLASSES	146
3.3. PODER PUNITIVO E ABOLICIONISMO PENAL	155
CONSIDERAÇÕES FINAIS	164
REFERÊNCIAS	167

INTRODUÇÃO

Segundo o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias realizado pelo INFOPEN – sistema oficial de informações estatísticas do sistema penitenciário nacional, atualizado pelos gestores dos estabelecimentos prisionais brasileiros desde 2004 –, publicado em dezembro de 2014, o Brasil tem a 4ª maior população carcerária em números absolutos, ostentando a marca, naquela época, de 622.202 pessoas presas, perdendo as primeiras posições apenas para os Estados Unidos da América (2.217.000), China (1.657.812) e Rússia (644.237)¹. Contudo, existem apenas 371.884 vagas no sistema prisional brasileiro. Ou seja, em dezembro de 2014 havia um déficit de 250.318 vagas, quase o dobro do número de pessoas presas para além da capacidade do sistema.

A superpopulação carcerária já é, sozinho, um dado alarmante da barbárie da política penal e de segurança pública brasileira, capaz de comprovar a violação dos preceitos mais básicos de direitos humanos e indicador da franca preferência, no âmbito das políticas públicas, de políticas encarceradoras. Mas a perversão do sistema se revela em toda sua magnitude quando analisamos o perfil dos/as internos/as.

Das 622.202 pessoas, 40,1% eram presos provisórios. Isto significa que quase 250.000 pessoas – número aproximado do déficit de vagas do sistema – ainda não tinham sua culpa declarada em sentença condenatória. Tecnicamente inocentes, esperavam presas pela confirmação de sua culpa, o que justificaria a privação provisória da liberdade, ou de sua inocência, sem qualquer direito à reparação pelo tempo de prisão indevida.

Ainda, muitas das pessoas que permanecem presas durante a tramitação de seus processos são condenadas a cumprir penas de prisão em regime aberto ou semi-aberto. Isto nos permite afirmar que, em muitos casos, a prisão provisória torna-se uma medida mais grave que aquela a ser eventualmente estabelecida em sua condenação, revelando que o processo penal antecipa o castigo final, tornando-se ele próprio castigo, como ritual de expiação da culpa pela vida falha.

Enquanto isso, os/as acusados/as e suas famílias assistem impotentes a violação de seus direitos fundamentais, como a presunção de inocência, a ampla defesa, o devido processo

¹ Há diferença entre afirmar que um país possui a maior população carcerária do mundo e que ele é, também, o país que mais encarcera. Esta equivalência não é necessariamente verdadeira. Para compreendermos melhor a voracidade da política penal brasileira, bem como a de outros países que ocupam as primeiras posições no ranking das maiores populações carcerárias do mundo, devemos considerar a quantidade de pessoas encarceradas diante do número de habitantes de cada país. Sendo assim, apesar de não ser um em 2014, o Brasil ocupava o 6º lugar do ranking dos países que mais encarceram no mundo, com mais de 306 presos por 100 mil habitantes, atrás apenas dos Estados Unidos da América (698/100 mil hab.); Cuba (518/100 mil hab.); Tailândia (467/100 mil hab.); Rússia (446/100 mil hab.) e Ruanda (434/100 mil hab.).

legal, a proibição dos efeitos penais causarem prejuízo para outras pessoas além do/a acusado/a ou condenado/a etc. Vistas as coisas sob a ótica dos direitos fundamentais, tudo está subvertido: no sistema brasileiro de justiça criminal, o que se presume é a culpa e, como consequência, a liberdade é exceção.

Talvez as pistas para a compreensão desse estado de coisas² esteja no perfil de nossa população carcerária: jovens, pobres, majoritariamente negros, de baixa escolaridade, com acesso precário à defesa técnica e reincidentes.

Ao contrário das sugestões preconceituosas de um setor da criminologia – a criminologia etiológica, que procura no *delinquente* razões biológicas, culturais e sociais para explicar a *delinquência* –, a homogeneidade de nossa população carcerária é o resultado do foco dado pelos operadores da política penal e do sistema de justiça criminal brasileiros sobre um conjunto bastante reduzido de crimes, cometidos por pessoas bastante específicas de nossa população, que compõem a classe social designada *ralé* por Jessé de Souza.

Do universo de crimes previstos em nossas leis penais, os crimes contra o patrimônio (e dentro desta categoria, o roubo e o furto, especialmente), o tráfico de drogas e os crimes contra a pessoa – nesta ordem de importância – são responsáveis por 87% do encarceramento

² Estado de coisas que, no julgamento da ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – 347, feito pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 9 de setembro de 2015, foi adjetivado como *inconstitucional*. A ideia de que pode existir um *estado de coisas inconstitucional* e que a Suprema Corte de um país pode atuar para corrigir essa situação surgiu na Corte Constitucional da Colômbia, em 1997, com a chamada *Sentencia de Unificación*. Foi aí que primeiro se utilizou essa expressão. Na decisão brasileira, além de ter sido declarado o *estado de coisas inconstitucional*, foram ordenadas outras duas medidas para tentar reverter esta situação: a instituição das audiências de custódia, que devem ser realizadas em até 24 horas após a prisão de qualquer pessoa; e a determinação à União para liberar o saldo acumulado do Fundo Penitenciário, para ser utilizado de acordo com as finalidades para as quais foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. Nesta ação, foi juntado um importante parecer, pela completude de seu conteúdo, do Professor Juarez Tavares, acerca das mazelas dos sistemas de justiça criminal e prisional (disponível no site <http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2015/09/Parecer-Sistema-Carcer%C3%A1rio-Vers%C3%A3o-Final.pdf?x20748>, acesso em 12 ago 2017). Ver também: *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural* de Carlos Alexandre de Azevedo Campos. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>, acesso em 12 ago 2017. O acórdão do julgamento ficou com a seguinte ementa: CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

total – sendo que o tráfico, sozinho, é o crime responsável pelo maior número de prisões, provisórias e definitivas. Fazendo um recorte de gênero, os crimes patrimoniais são responsáveis pela maioria das prisões de homens, enquanto o tráfico de drogas pelas prisões de mulheres – quase 70% delas está privada de liberdade por delitos previstos na Lei de Drogas (nº 11.343/2006).

Ou seja, o *poder punitivo* brasileiro se põe em marcha em defesa da propriedade individual, no caso do roubo e do furto, e da oficialidade das relações comerciais, principalmente, no caso do tráfico.

Qualquer medida a ser tomada para tentar reverter o caos e a barbárie do sistema penal e penitenciário brasileiros deve considerar a gravidade destes dados.

Não obstante, ao nível do senso comum, ao discurso que critica a violência do sistema penal se contrapõe o discurso em defesa das vítimas, fazendo com que o sofrimento imposto ao/à acusado/a apareça como compensação da dor da vítima. Entretanto, esta é uma resposta baseada numa falsa premissa, que parece desconhecer que o processo penal dedica à vítima a posição de mera figurante na discussão de um caso de sua vida.

No processamento da maioria dos crimes previstos na legislação brasileira, a autonomia da vontade da vítima é suprimida em prol do *princípio da obrigatoriedade*, que exige do Ministério Público a apresentação de uma denúncia e a promoção da acusação durante todo o trâmite processual numa ação que será, por isso, designada pública.

Duplamente destituída – de sua identidade e autonomia – não é dada à vítima a opção de se abster de atuar no processo ou de atuar da maneira mais condizente com suas crenças, baseada na experiência em que esteve envolvida e que a levou ao tribunal. Uma vez arrolada como testemunha de acusação na denúncia e intimada oficialmente, é obrigada a comparecer para prestar testemunho público de sua dor a pessoas que desconhece, num ambiente hostil, sem o acompanhamento de nenhum familiar ou profissional.

Enfim, as particularidades de sua vida, assim como as do/a acusado/a, toda a complexidade do caso, todas as circunstâncias materiais que o circundam etc., são ignoradas em prol de ideias reitoras do processo penal, como a neutralidade da lei e a imparcialidade do julgamento, manifestamente abstratas e que intentam objetivar os subjetivismos e a subjetividade dos atores processuais.

Correm, em paralelo, duas investigações: a busca de evidências da ocorrência de um fato, que deve corresponder a algum crime previsto em lei; e a busca da identificação do autor deste fato. Se estas correlações se derem, então terá sido encontrado o delito e o seu autor, justificando-se a imposição da pena.

Além disso, nos casos em que a defesa técnica é mais elaborada, propondo uma discussão que ultrapasse a materialidade e a autoria, são usados recursos teóricos e retóricos previstos na dogmática penal e processual penal, como também instrumentos processuais que visem o duplo grau de jurisdição. Isto implica, na maioria das vezes, no estabelecimento de honorários advocatícios em valores que não podem ser pagos pela *ralé*.

E também há evidente disparidade de forças: de um lado, o Estado com todo seu aparato de perseguição e punição – Polícia Militar, Polícia Civil, Ministério Público, justiça criminal e seus juízes de instrução e de execução, além de todo o sistema carcerário e seus agentes penitenciários; de outro o acusado, seu defensor e, em alguns casos, facções criminosas que custeiam cuidados básicos de segurança, saúde e alimentação e até mesmo honorários advocatícios.

Logo, as posições estão bem marcadas: trata-se de partes antagônicas, de modo que a comunicação não pode se dar a não ser por meio do embate e da oposição.

Diante desse quadro, resta justificada a desconfiança de que a lei penal e processual penal são instrumentos de legitimação da segregação e do extermínio³ como resultados daquela política penal que muitos sociólogos, criminólogos e outros estudiosos críticos da questão criminal desvelaram ser uma gestão da pobreza e, por isso mesmo, no Brasil, uma gestão racial⁴ – “quase pretos de tão pobres”⁵.

Para discutir essas questões urgentes, que importam ao futuro do projeto civilizatório de nosso país, delimitamos como problema principal a ser tratado neste trabalho a possibilidade de superação do poder punitivo, tal como se apresenta atualmente na teoria e na prática, e de seu rastro de violência.

Para tanto, buscamos nos ater ao rigor metodológico e conceitual da teoria marxista. A análise (de iniciante) crítica do capital, tal como empreendida por Karl Marx tanto nas obras de cunho econômico quanto, principalmente, nas de cunho historiográfico, nos concedeu os elementos necessários para compreender como, para além da aparência, se dá a imbricação

³ Isso não quer dizer que ignoramos o árduo esforço realizado por advogados e advogadas criminais em todo Brasil, que, dentro do apertado espaço reservado à sua manifestação – e daquele mais apertado ainda reservado ao(à) acusado(a) – por vezes exercem a mais importante resistência contra a máquina penal. Aliás, é justamente porque reconhecemos o mérito desta resistência, ato de uma verdadeira militância (conforme a identifica Eugenio Raúl Zaffaroni em *A questão criminal**) pela garantia dos direitos mais fundamentais garantidos a todos os cidadãos brasileiros, que nos motivamos a enfrentar a dificuldade de falar deste tema em tempos tão sombrios do nosso país.

⁴ WACQUANT, Löic. **Punir os pobres : a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. Tradução: Sérgio Lamarão. 3ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2003 e WACQUANT, Löic. **Os condenados da cidade: estudos sobre marginalidade avançada**. Tradução: João Roberto Martins Filho... *et al.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

⁵ A música é “Haiti”, composta por Caetano Veloso e lançada no álbum *Tropicália 2*, de 1993.

entre o fenômeno econômico, ou propriamente mercantil, e o fenômeno jurídico nas relações sociais que se dão sob a influência das relações de produção capitalistas.

Essa influência foi considerada em dois espaços de análise: o espaço *global* e o espaço *local*. Se nossa sociedade e instituições político-econômicas, e, por isso, também as instituições jurídicas e judiciais, estão em crise, é porque o capitalismo, em nível global, está em crise – ou, melhor, a crise é parte integrante do movimento dialético pelo qual se movimenta este sistema de produção –, sendo a crise local apenas um epifenômeno⁶:

As condições nas quais os países que comandam a economia mundial exercem sua ação sobre os países da periferia criam uma forma de organização da economia, da sociedade e do espaço, uma transferência de civilização, cujas bases principais não dependem dos países atingidos. As raízes dessa crise (...) encontram-se no sistema mundial. É, portanto, nesse nível que se podem encontrar explicações válidas.⁷

Assim, no primeiro capítulo desta obra, apresentamos alguns conceitos que permitem compreender que não é tanto o conteúdo da lei, mas a sua forma que permite a legitimação e a perpetuação da dominação de classe nas modernas sociedades capitalistas. Isto porque, como é próprio do capital, as relações jurídicas *aparecem* fetichizadas em noções como *igualdade*, *liberdade*, *fraternidade* e outras próprias do movimento iluminista e das correntes teóricas que se seguiram daí. A forma da universalidade encobre a desigualdade, a dominação e o egoísmo dos interesses do capital.

No âmbito do sistema penal e de seus aparelhos de punição, isto se deu mediante a reforma penal reclamada por razões *humanitárias* pelos mais diversos pensadores entre os séculos XVIII e XIX. Nesta época, em que as relações sociais capitalistas estavam se estabelecendo, saíram de cena os suplícios corporais atrozes e entraram os mecanismos disciplinares para transformar corpos grosseiros, inúteis e rebeldes em corpos dóceis, úteis e servientes ao novo modo de produção e circulação de mercadorias.

Ao final do primeiro capítulo, será discutida de que modo essa *humanidade* foi inculcada na lei, na jurisprudência e na doutrina penal, e de que modo e em que medida as consequências deste movimento histórico se fazem sentir.

⁶ SANTOS, Milton. **Pobreza urbana**; com uma bibliografia internacional organizada com a colaboração de Maria Alice Ferraz Abdala. 3ª ed., 1ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

⁷ SANTOS, Milton. **Pobreza urbana**; com uma bibliografia internacional organizada com a colaboração de Maria Alice Ferraz Abdala. 3ª ed., 1ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 31. Ainda: “O movimento dialético entre forma e conteúdo, a que o espaço, soma dos dois, preside, é, igualmente, o movimento dialético do todo social, apreendido na e através da realidade geográfica. Cada *localização* é, pois, um momento do imenso movimento do mundo, apreendido em um ponto geográfico, um lugar. Por isso mesmo, cada lugar está sempre mudando de significação, graças ao movimento social: a cada instante as frações da sociedade que lhe cabem não são as mesmas.” (SANTOS, Milton. **Espaço e método**. 5ª ed., 2ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014, p. 13).

No segundo capítulo, apresentamos, numa primeira parte, as características gerais do poder punitivo tal como se apresenta em seus dois principais momentos: a criminalização primária e a criminalização secundária. Na segunda parte, passamos a relacionar as características próprias do poder punitivo brasileiro a estes dois momentos criminalizantes, mediante a análise de leis penais já vigentes, dos interesses em jogo e da articulação destes interesses durante o processo legislativo, e de sua intrínseca seletividade, exposta pela homogeneidade do perfil da população prisional brasileira – o que desemboca, na última parte do capítulo, na discussão sobre a trágica série de rebeliões que ocorreram nos primeiros dias de 2017 e a aguda crise penitenciária a que se assiste desde então.

No terceiro e último capítulo, passamos à discussão do problema central de nosso trabalho: é possível superar as prisões e a lei penal?

Considerando que a pobreza e o preconceito são traços estruturantes de nossa sociedade, e que tal condição é, sobretudo, uma condição política, passamos a apresentar algumas propostas, já consolidadas academicamente, de superação da barbárie resultante do funcionamento do poder punitivo. Ao fim, apresentamos nossa opinião, embasada na teoria marxista, acerca da medida da possibilidade de superação teórica e prática desse estado de coisas, ao qual estamos mais ou menos atados em nosso devir histórico.

1. OS FUNDAMENTOS DA CRÍTICA AO PODER PUNITIVO

Primeiro Pachukanis, depois Rusche e Kirchheimer e então Foucault e Bourdieu – para nos atermos ao pensamento dos autores cujas obras constituem o fundamento teórico deste primeiro capítulo e que são academicamente reconhecidas como fundamentais para a compreensão do poder punitivo como tática de manutenção da ordem dominante – confirmam, através da análise histórica e sociológica, independente das teorias jurídicas, portanto – aliás, fazendo delas objeto de suas pesquisas –, a premissa de que a pena, e especialmente a pena de prisão, não é uma consequência automática do delito.

Mais do que isso, que a pena como algo que possui uma essência universal e imutável não existe – assim como o crime. Existem somente formas de punição e sistemas punitivos específicos em períodos históricos também específicos. Daí a famosa afirmação de Rusche e Kirchheimer:

Todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção. É, pois, necessário pesquisar a origem e a força dos sistemas penais, o uso e a rejeição de certas punições e a intensidade das práticas penais, uma vez que elas são determinadas por forças sociais, sobretudo pelas forças econômicas e, conseqüentemente, fiscais.⁸

Todos esses autores usam, em maior ou menor medida, categorias próprias da crítica e do método marxista, fazendo referências mais ou menos diretas às obras de Karl Marx. Especificamente, todos eles usaram elementos do método marxista de análise dos fenômenos sociais como guia de suas reflexões.

Eles procuraram fazer uma análise histórica de instituições e conceitos do Direito tendo sempre a materialidade, o *concreto real*, como critério último de verificação da correspondência entre as funções e os objetivos que os juristas – entre legisladores, juízes, governantes, membros da administração pública em geral e doutrinadores – declaram que o Direito detém e persegue, e as funções e objetivos que realmente cumpre. Isto tudo mediante a compreensão de que todas essas instituições e conceitos, como tudo no mundo, estão permanentemente em movimento, porque sofrem a influência do entorno e, ao sofrê-la, devolvem-se renovadas ao entorno, o que determina uma perene reconfiguração das coisas.

⁸ KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, Coleção Pensamento Criminológico, 2004, p. 20.

Quanto ao Direito Penal e Processual Penal – assim como ao Direito como um todo –, isso não deve resultar na desconsideração de sua manifestação normativa, disposta em leis e na jurisprudência, ou teórica, disposta em manuais e reproduzida na academia. Todo o contrário. Para compreender sua estrutura e seu modo de funcionamento e, assim, estar apto a participar, de um lado ou de outro, dos jogos de poder que aí tem lugar, o exame atento da forma e do conteúdo de tais manifestações é indispensável.

Quando confrontadas suas funções e objetivos declarados em leis, precedentes judiciais e doutrinários com as funções e objetivos que concretamente se podem constatar a partir da observação de seu funcionamento prático, pode soar como algo óbvio afirmar que essas áreas do Direito servem a interesses específicos, dominantes em uma determinada sociedade, num determinado período histórico. Entretanto, tal tarefa é mais incomum do que se pensa, ainda mais porque a forma pela qual o Direito foi sendo forjado tornou-o cada vez mais refratário às análises e pressões sociais, conforme discutiremos neste capítulo.

1. 1. A CIÊNCIA JURÍDICA SOB A CRÍTICA À ECONOMIA POLÍTICA DE KARL MARX

No início da obra *O Capital*, Karl Marx deixa exposta a íntima relação entre Economia e Direito – ou, mais especificamente, entre a forma e o conteúdo dos objetos e conceitos próprios do aspecto mercantil do modo de produção capitalista e a forma e o conteúdo dos objetos e conceitos próprios do aspecto jurídico do modo de produção capitalista. Ao iniciar a apresentação de sua análise sobre o processo de troca, tema do capítulo II do Livro I, Marx faz a seguinte afirmação:

As mercadorias são coisas; portanto, inertes diante do homem. (...). Para relacionar essas coisas, umas com as outras, como mercadorias, têm seus responsáveis de comportar-se, reciprocamente, como pessoas cuja vontade reside nessas coisas, de modo que um só se apossa da mercadoria do outro, alienando a sua, mediante o consentimento do outro; através, portanto, de um ato voluntário comum. É mister, por isso, que reconheçam um no outro a qualidade de proprietário privado. Essa relação de direito, que tem o contrato por forma, legalmente desenvolvida ou não, é uma relação de vontade em que se reflete a relação econômica. O conteúdo da relação jurídica ou de vontade é dado pela própria relação econômica. As pessoas, aqui, só existem, reciprocamente, na função de representantes de mercadorias e, portanto, de donos de mercadorias. No curso de nossa investigação veremos, em

geral, que os papéis desempenhados pelas pessoas constituem apenas personificação das relações econômicas que elas representam, ao se confrontarem.⁹

Neste breve trecho é possível perceber algumas das características do método e, por consequência, da crítica marxista. Está dada a informação de que as relações jurídicas constitutivas do Direito têm como fonte as relações mercantis, e que o sujeito jurídico é uma versão do sujeito mercantil que realiza suas transações sob as leis do modo de produção capitalista – informação cujo entendimento é imprescindível para a compreensão da crítica marxista ao Direito.

Na *Crítica à Economia Política*, Marx explica com muita transparência o processo pelo qual passou para chegar a essa conclusão:

O primeiro trabalho, empreendido para resolver as dúvidas que me assaltavam, foi uma revisão crítica da filosofia do Direito de Hegel (...). A minha investigação desembocou na conclusão de que as chamadas relações jurídicas como formas do Estado não podem ser compreendidas nem a partir delas mesmas, nem a partir do chamado desenvolvimento geral do intelecto humano, mas enraízam-se, ao contrário, nas relações materiais da vida, cujo conjunto Hegel, seguindo a formulação dos ingleses e franceses do século 18, sintetiza sob o nome de ‘sociedade civil’, e [na conclusão de] que a anatomia da sociedade burguesa deve ser buscada na economia política.¹⁰

Num de seus últimos escritos publicados em vida, a *Crítica ao Programa de Gotha*¹¹, que fora escrito por Ferdinand Lassalle¹², Marx retoma o tema e reafirma a imbricação intrínseca entre o econômico e o jurídico ao comentar a noção de justiça exposta por Lassalle

⁹ MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. Livro primeiro. Volume I. São Paulo: Editora Bertrand Brasil, 11ª edição, 1987, p. 94-95.

¹⁰ MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. Tradução e introdução de Florestan Fernandes. 2ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008, p. 46-47.

¹¹ MARX, Karl. **Crítica do Programa de Gotha** in Obras escolhidas em três tomos. Tradução de José Barata-Moura do texto original publicado na revista *Die Neue Zeit*, bd. 1, n.º 18, 1890-1891. Lisboa: Editorial Avante. Transcrito e disponibilizado *online* por Fernando A. S. Araújo, em março de 2009. Disponível em <https://www.marxists.org/portugues/marx/1875/gotha/>.

¹² No Congresso de Gotha – capital do estado da Turíngia, na Alemanha –, ocorrido entre 22 e 27 de maio de 1875, uniram-se as duas correntes do movimento operário alemão: o Sozialdemokratische Arbeiterpartei (Partido Operário Social-Democrata), dirigido por August Bebel e Wilhelm Liebknecht, e a Allgemeiner Deutscher Arbeiterverein (União Geral Operária Alemã), dirigida por Ferdinand Lassalle. O partido unificado adotou o nome de Sozialistischen Arbeiterpartei Deutschlands (Partido Operário Socialista da Alemanha). Isto pôs fim à divisão nas fileiras da classe operária alemã. O projeto de programa do partido unificado, que Marx e Engels submeteram à aguda crítica, foi, no entanto, aprovado pelo Congresso, apenas com correções insignificantes. Ainda, é importante anotar que Ferdinand Lassalle é o autor da obra *Que é uma Constituição?*, sempre presente nos conteúdos programáticos de estudos de Direito Constitucional das universidades brasileiras, e com quem Marx, mesmo tendo militado junto na Revolução Prussiana de 1848, rompeu todos os laços após a publicação e aprovação do referido Programa (Estas e outras informações em MARX, Karl. **Crítica do Programa de Gotha** in Obras escolhidas em três tomos. Tradução de José Barata-Moura do texto original publicado na revista *Die Neue Zeit*, bd. 1, n.º 18, 1890-1891. Lisboa: Editorial Avante. Transcrito e disponibilizado *online* por Fernando A. S. Araújo, em março de 2009, notas de fim de tomos nº 2-5. Disponível em <https://www.marxists.org/portugues/marx/1875/gotha/>).

no corpo de seu programa. Faz isto mediante a provocação “Regulam-se as relações econômicas por conceitos jurídicos ou não nascem, inversamente, as relações jurídicas das econômicas?” e, ao lançar algumas hipóteses sobre como se darão as relações sociais após a revolução proletária e a formação da sociedade comunista, pela afirmação “O Direito nunca pode ser superior à configuração econômica – e ao desenvolvimento da cultura por ela condicionado – da sociedade.”¹³

Toda essa crítica serve para desmitificar o fetiche do Direito nos mesmos moldes em que desmitifica o fetiche da mercadoria, “revelando seu segredo”, ao final do capítulo I d’*O Capital*.¹⁴ Ou seja, ao derivar sua teoria das condições materiais, *reais*, em que se dão as

¹³ MARX, Karl. **Crítica do Programa de Gotha** in Obras escolhidas em três tomos. Tradução de José Barata-Moura do texto original publicado na revista *Die Neue Zeit*, bd. 1, n.º 18, 1890-1891. Lisboa: Editoral Avante. Transcrito e disponibilizado *online* por Fernando A. S. Araújo, em março de 2009, p. 9 e 12. Disponível em <https://www.marxists.org/portugues/marx/1875/gotha/>.

¹⁴ “À primeira vista, a mercadoria parece ser coisa trivial, imediatamente compreensível. Analisando-a, vê-se que ela é algo muito estranho, cheia de sutilezas metafísicas (...). Como valor-de-uso, nada há de misterioso nela, quer a observemos sob o aspecto de que se destina a satisfazer necessidades humanas, com suas propriedades, quer sob o ângulo de que só adquire essas propriedades em consequência do trabalho humano. É evidente que o ser humano, por sua atividade, modifica do modo que lhe é útil a forma dos elementos naturais. Modifica, por exemplo, a forma da madeira, quando dela faz uma mesa. Não obstante a mesa ainda é madeira, coisa prosaica, material. Mas, logo que se revela mercadoria, transforma-se em algo ao mesmo tempo perceptível e impalpável. (...). O caráter misterioso da mercadoria não provém do seu valor-de-uso, nem tampouco dos fatores determinantes do valor. E, para isso, há motivos. Primeiro, por mais que difiram os trabalhos úteis ou as atividades produtivas, a verdade fisiológica é que são funções do organismo humano, e cada uma dessas funções, não importa a forma ou o conteúdo, é essencialmente dispêndio do cérebro, dos nervos, músculos, sentidos etc. do homem. Segundo, quanto ao fator que determina a magnitude do valor, isto é, a duração daquele dispêndio ou a quantidade do trabalho, é possível distinguir claramente a quantidade da qualidade do trabalho. (...) Por fim, desde que os homens, não importa o modo, trabalhem uns para os outros, adquire o trabalho uma forma social. O caráter misterioso que o produto do trabalho apresenta ao assumir a forma de mercadoria, donde provém? Dessa própria forma, é claro. A igualdade dos trabalhos humanos fica disfarçada sob a forma da igualdade dos produtos do trabalho como valores; a medida, por meio da duração, do dispêndio da força humana de trabalho, toma a forma de quantidade de valor dos produtos do trabalho; finalmente, as relações entre os produtores, nas quais se afirma o caráter social dos seus trabalhos, assumem a forma de relação social entre os produtos do trabalho. A mercadoria é misteriosa simplesmente por encobrir as características sociais do próprio trabalho dos homens, apresentando-as como características sociais inerentes aos produtos do trabalho; por ocultar, portanto, a relação social entre os trabalhos individuais dos produtores e o trabalho total, ao refleti-la como relação social existente, à margem deles, entre os produtos do seu próprio trabalho. Através dessa dissimulação, os produtos do trabalho se tornam mercadorias, coisas sociais, com propriedades perceptíveis e imperceptíveis aos sentidos. (...) Uma relação social definida, estabelecida entre os homens, assume a forma fantasmagórica de uma relação entre coisas. (...) Os homens não estabelecem relações entre os produtos do seu trabalho como valores por considerá-los simples aparência material de trabalho humano de igual natureza. Ao contrário. Ao igualar, na permuta, como valores, seus diferentes produtos, igualam seus trabalhos diferentes, de acordo com sua qualidade comum de trabalho comum. Fazem isto, sem o saber. O valor não traz escrito na frente o que ele é. Longe disso, o valor transforma cada produto do trabalho num hieróglifo social. Mais tarde, os homens procuram decifrar o significado do hieróglifo, descobrir o segredo de sua própria criação social, pois a conversão dos objetos úteis em valores é, como a linguagem, um produto social dos homens. A descoberta científica ulterior de os produtos do trabalho, como valores, serem meras expressões materiais do trabalho humano despendido em sua produção é importante na história do desenvolvimento da humanidade, mas não dissipa de nenhum modo a fantasmagoria que apresenta como qualidade material dos produtos o caráter social do trabalho. O que é verdadeiro apenas para essa determinada forma de produção, a produção de mercadorias – a saber, que o caráter social específico dos trabalhos particulares, independentes entre si, consiste na identidade deles como trabalho humano e assume nos produtos a forma de valor –, parece aos produtores de mercadorias tão natural e definitivo, apesar daquela descoberta, quanto o ar que continuou a existir tal como era antes, após a ciência tê-lo decomposto em seus

relações na sociedade capitalista – porque regida pelo modo de produção capitalista, isto é, considerando a divisão geral da sociedade entre proprietários e não-proprietários do capital e dos meios de produção e, logo, entre dominantes e dominados neste modo de produção –, Marx desvela a pretensa neutralidade do Direito, sustentada por noções abstratas como a igualdade e a liberdade das pessoas e entre as pessoas como princípios do Estado de Direito e direitos fundamentais dos/as cidadãos/ãs¹⁵.

Portanto, a partir da crítica marxista, vai-se desvelando o vínculo intrínseco entre as formas econômicas e as formas jurídicas, ou, mais especificamente, segundo Evgeny Pachukanis, entre a forma da mercadoria e a forma do direito¹⁶, sendo a segunda decorrente da primeira.

Para Pachukanis, Marx soube compreender e enunciar uma característica fundamental e definitiva das relações que se dão sob a vigência do capitalismo, qual seja, o vínculo indissociável entre o sujeito de direito, tal como concebido pelas diversas Teorias do Direito enunciadas desde a Revolução Francesa, e o sujeito econômico que atua no mercado e faz

elementos. (...) A economia política analisou, de fato, embora de maneira incompleta, o valor e sua magnitude, e descobriu o conteúdo que ocultam. Mas nunca se perguntou por que ocultam esse conteúdo, por que o trabalho é representado pelo valor do produto do trabalho e a duração do tempo de trabalho pela magnitude desse valor. Fórmulas que pertencem, claramente, a uma formação social em que o processo de produção domina o homem e não o homem o processo de produção, são consideradas pela consciência burguesa uma necessidade tão natural quanto o próprio trabalho produtivo. Por isso, dão às formas pré-burguesas de produção social o mesmo tratamento que os santos padres concedem às religiões pré-cristãs.” (MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. Livro primeiro. Volume I. São Paulo: Editora Bertrand Brasil, 11ª edição, 1987, p. 79-93).

¹⁵ Na Constituição Federal de 1988, por exemplo, está inscrito logo no preâmbulo que o Estado Democrático de Direito está “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça 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 (...)”. Além dessa disposição, está escrito no *caput* do artigo 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”. Entretanto, nada é mais impreciso que declarar que a sociedade brasileira está fundada e orientada pela harmonia social, principalmente porque esta harmonia mesma é um conceito abstrato, absolutamente desconectado da realidade brasileira, como se fosse possível abarcar num único conjunto declarado harmônico as ferrenhas desigualdades materiais que constituem, *realmente*, as relações sociais que se dão aqui. Daí a crítica de Jessé Souza: “Até hoje, a interpretação brasileira dominante sempre partiu da análise pretensamente ‘científica’ de uma singularidade sociocultural brasileira – singularidade essa pensada em termos absolutos e supostamente incomparável com qualquer outra experiência humana no planeta – com base nos mesmos pressupostos que informam, como já vimos em detalhes, nossa ‘identidade nacional’. Existem dois graves enganos nesse tipo de procedimento. O primeiro é que se parte de um ponto obviamente ideológico, na medida em que é fabricado por interesses ‘pragmáticos’ de se construir uma narrativa de ‘unidade nacional’, com o claro compromisso de se produzir uma fonte alternativa de solidariedade social entre grupos e classes em conflito latente (...) que, seguramente, não é a melhor forma de produção de um conhecimento ‘objetivo’ e ‘rigoroso’, ou seja, sem fantasias ou dependência em relação a interesses externos à verdade científica. O segundo engano, decorrente do primeiro, (...) já se parte do ‘todo’, do ‘brasileiro’ em geral, como se tal entidade existisse efetivamente e não fosse a ‘construção de uma fantasia’ com fins de legitimação política.” (SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive** / Jessé Souza; colaboradores André Grillo et al. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2016, p. 121-122).

¹⁶ PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 8.

movimentar as mercadorias, ou seja, o proprietário de mercadorias, tal como se apresenta desde a consolidação do modo de produção capitalista.

Essa noção perpassa toda sua obra *Teoria geral do direito e marxismo*, a qual desemboca numa segunda noção fundamental, a de que “a filosofia do direito, cujo fundamento é a categoria do sujeito com a sua capacidade de autodeterminação (...), nada mais é, com certeza, do que a filosofia da economia mercantil, que estabelece as condições mais gerais, mais abstratas, sob as quais se pode efetuar a troca de acordo com a lei do valor e ter lugar a exploração sob a forma de ‘contrato livre’.”¹⁷

Para Celso Naoto Kashiura Júnior e Márcio Bilharinho Naves, Pachukanis apreendeu com muita precisão o método marxista – através do estudo rigoroso das obras de Marx, principalmente da *Introdução à Crítica da Economia Política* de 1857 –, o que lhe permitiu empreender, por sua vez, a crítica das categorias jurídicas fundamentais do modo de produção capitalista¹⁸.

Para Celso Naoto Kashiura Júnior e Márcio Bilharinho Naves, “é dele [de Pachukanis] o mérito teórico e histórico de ter buscado, acompanhando as indicações de Marx, especialmente em *O Capital*, a natureza íntima do direito no *processo do valor de troca*; portanto, o mérito de ter captado a sua *especificidade burguesa*.”¹⁹

Apesar da *Teoria Geral do Direito e Marxismo* ter sido escrita e publicada no início dos anos 1920, Pachukanis já antevia, na posição de vice-presidente da Academia Comunista e de diretor do Instituto da Construção Soviética e do Direito, e por observar a movimentação do capital e as transformações e inovações jurídicas decorrentes dessa movimentação, que a tendência do Direito era buscar formas cada vez mais abstratas, descoladas da realidade, aprovadas por meio de procedimentos legislativos e confirmadas por decisões judiciais cada vez mais rigorosas em suas formalidades, forjadas para garantir sua legitimidade ao fazer dissipar a arbitrariedade de sua origem.

Um exemplo contundente dessa pretensão de universalização – logo, de abstração das condições materiais – é a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão²⁰,

¹⁷ PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 8-9.

¹⁸ KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto; BILHARINHO NAVES, Márcio. Pachukanis e a Teoria Geral do Direito e o Marxismo. *Prim@ Facie*, João Pessoa, v. 12, n. 23, 2013, p. 3. Disponível em <http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/25847>. Acesso em 8 ago 2017.

¹⁹ KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto; BILHARINHO NAVES, Márcio. Pachukanis e a Teoria Geral do Direito e o Marxismo. *Prim@ Facie*, João Pessoa, v. 12, n. 23, 2013, p. 3. Disponível em <http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/25847>. Acesso em 8 ago 2017.

²⁰ Aproveito a oportunidade para fazer a menção merecida à Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, redigida e proposta em 1791 à Assembleia Nacional francesa por Marie Gouze (1748-1793). Marie Gouze adotou o nome Olympe de Gouges para assinar seus manifestos. Não obstante, sua explícita oposição à Robespierre acaba lhe condenando à guilhotina em 1793, o que foi a causa de sua morte. Informação contida na

ratificada em 5 de outubro de 1789 por Luís XVI, que marca a irreversibilidade da Revolução Francesa e que contém os princípios da conformação do cidadão como sujeito de direito. Seu preâmbulo possui a seguinte redação:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, resolveram expor, em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, constantemente presente junto a todos os membros do corpo social, lembre-lhes permanentemente seus direitos e deveres; a fim de que os atos do poder legislativo e do poder executivo, podendo ser, a todo instante, comparados ao objetivo de qualquer instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, estejam sempre voltadas para a preservação da Constituição e para a felicidade geral.

Na sequência, em seu artigo 1º, já se prevê que “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ter como fundamento a utilidade comum.”; em seu artigo 2º que “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.”; e, encerrando as disposições da Declaração, o artigo 17 determina que “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.”.

Tais disposições serviram de inspiração, quando não fonte de simples cópia, para outras diversas Declarações e Tratados promulgados por organismos internacionais e países europeus, americanos e africanos – inclusive como condição para fazer parte desses organismos internacionais, como a ONU e a OEA, por exemplo²¹.

introdução ao texto da Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, disponível na biblioteca virtual de Direitos Humanos da Universidade da São Paulo – USP, acessível pelo site <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html>. Acesso em 31 mar 2017.

²¹ Dentre esses documentos, é importante citar ao menos dois, por sua incidência direta nas disposições constitucionais brasileiras: a) a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada após o fim da II Guerra Mundial mediante a aprovação da Resolução nº 217-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948 (assinada pelo Brasil nesta data), cujo artigo 1º prevê que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”, e seu artigo 17, § 1º, que “Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.”; e b) a Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada na Conferência Interamericana sobre Direitos Humanos, ocorrida em São José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969 – e promulgada no Brasil apenas em 6 de novembro de 1992, mediante o decreto nº 678, assinado pelo então presidente Itamar Franco –, cujo artigo 3º dispõe que “Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.”, e o artigo 21 que “Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.”.

Nada obstante, para que a forma jurídica, e especialmente o sujeito de direito, pudesse alcançar este nível de desenvolvimento, foi necessário, antes, que os produtos do trabalho tivessem assumido universalmente a forma (também universalizada) de mercadorias, o que exigiu, ainda antes, que as relações de produção capitalistas tivessem se tornado preponderantes em todo o mundo. Isto é, “o desenvolvimento completo da forma jurídica pode ocorrer apenas com a universalização da circulação mercantil, pois é somente aí que o sujeito de direito torna-se universal.”²²

Visto retrospectivamente, o movimento histórico se deu, portanto, de acordo com o seguinte fluxo: a universalidade da forma mercadoria demandou, concomitantemente, a universalidade da forma sujeito de direito, de modo que a circulação mercantil, garantida juridicamente, se tornou universal por determinação primeira das relações de produção capitalistas²³. “A forma jurídica é, portanto, determinada imediatamente pela circulação mercantil, mas mediamente, em última instância, pelas relações de produção capitalista.”²⁴

Sendo assim, é possível afirmar, como fez Pachukanis, que a lei é uma derivação de segunda ordem das relações que se dão sob o modo de produção capitalista. Isto é, a norma

²² KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto; BILHARINHO NAVES, Márcio. Pachukanis e a Teoria Geral do Direito e o Marxismo. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 12, n. 23, 2013, p. 17. Disponível em <http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/25847>. Acesso em 8 ago 2017.

²³ A ascendência das relações econômicas sobre as relações jurídicas não é algo próprio apenas do capitalismo, senão que é algo próprio a cada modo de produção. Talvez seja possível afirmar, generalizando a afirmação feita por Rusche e Kirchheimer, que todo sistema de produção tende a descobrir formas *jurídicas* (e não apenas punitivas) que correspondem às suas relações de produção. Isto foi relatado pelo jurista e filósofo brasileiro Tobias Barreto, na obra *Estudos de Direito*, publicada em 1892: “O velho direito romano, o orgulhoso *jus civile romanorum*, era uma espécie de muralha inacessível ao estrangeiro. Mudaram-se, porém, os tempos, as condições de existência do grande povo, e fez-se então preciso dar entrada a novos elementos de vida. A ideia do *jus gentium* foi o primeiro passo para a *desnacionalização* do direito. A exigência fundamental do *jus civile* fazia depender da *civitas romana* [da cidadania romana] a participação em suas disposições. Era uma base muito estreita, que só podia aguentar o edifício político de um povo guerreiro e conquistador. Mas essa base se alargou, e em vez da *civitas*, o senso prático de Roma lançou mão do princípio da *libertas* como fundamento da sua nova vida jurídica. Já não era preciso ser cidadão romano – bastava ser *homem livre*, para gozar das franquias e proventos do direito. (...) Na falta de outro fundamento, a *natura* [da filosofia helênica] era o último refúgio de qualquer explicação filosófica. (...) Tudo isto, porém, foi resultado do espírito particular de uma época. A *desnacionalização* do direito, começada com a ideia do *jus gentium* e concluída com a do *jus naturale*, foi apenas aparente. A *grande naturalização de Caracalla*, isto é, a concessão da *civitas* a todos os habitantes do império, fez com que os domínios deste coincidissem com os do mundo culto de então²³. (...) O direito romano era direito humano. Os princípios do *jus naturale*, como um direito, tiveram um valor prático. A grande e a unidade do império suscitaram a ideia de uma *societas humana*, a qual se aplicassem os mesmos princípios.” (BARRETO, Tobias. **Estudos de direito** – publicação póstuma dirigida por Sylvio Romero. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editores, 1892, p. 40 a 42).

²⁴ KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto; BILHARINHO NAVES, Márcio. Pachukanis e a Teoria Geral do Direito e o Marxismo. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 12, n. 23, 2013, p. 17. Disponível em <http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/25847>. Acesso em 8 ago 2017.

jurídica não é mais do que um momento derivado, uma expressão posterior da forma jurídica que já se encontra estabelecida independentemente de qualquer norma.²⁵

Por isso Pachukanis afirma logo no prefácio de sua obra que esse estado de coisas

serve de base à crítica que o comunismo fez, e ainda faz, à ideologia burguesa da liberdade, da igualdade e da democracia formal, dessa democracia burguesa na qual “a república do mercado” procura “mascarar o despotismo da fábrica”. Este pensamento dá-nos a convicção de que a defesa dos chamados fundamentos abstratos [ou, nos termos da redação dos Tratados e Convenções mencionados acima, “universais”, “naturais”] da ordem jurídica é a forma mais geral da defesa dos interesses da classe burguesa.²⁶

Atento ao movimento histórico dialético, portanto, Pachukanis acerta ao demonstrar os dois lados dessa relação social travestida em relação jurídica: se, de um lado, como Marx mostrou n’O Capital, esta relação se dá entre coisas dotadas de valor que se equivalem qualitativamente sob a forma de mercadorias, é necessário que, do outro lado, ela se dê entre os portadores de tais mercadorias, que se equivalem qualitativamente sob a forma de sujeitos de direito.

Em definitivo, “o outro lado da redução de todos os produtos do trabalho a mercadorias é necessariamente – já que, como o próprio Marx bem apontou, as mercadorias não podem trocar-se por si mesmas – a redução de todos os homens a sujeitos de direito, portadores de mercadorias que se reconhecem reciprocamente como tais e, conseqüentemente, iguais um ao outro e livres um do outro.”²⁷

É assim que “na sociedade burguesa a forma jurídica (...) adquire uma significação universal; é por isso que a ideologia jurídica se torna a ideologia por excelência e que também a defesa dos interesses de classe dos exploradores surge, com um sucesso sempre crescente, como a defesa dos princípios abstratos da subjetividade jurídica”.²⁸

É por isso, também, que para a classe dominante não importa tanto o conteúdo das normas jurídicas, mas sim a forma pela qual se introduz o interesse de classe, por meio da

²⁵ KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto; BILHARINHO NAVES, Márcio. Pachukanis e a Teoria Geral do Direito e o Marxismo. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 12, n. 23, 2013, p. 11. Disponível em <http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/25847>. Acesso em 8 ago 2017.

²⁶ PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 9.

²⁷ KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto; BILHARINHO NAVES, Márcio. Pachukanis e a Teoria Geral do Direito e o Marxismo. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 12, n. 23, 2013, p. 12. Disponível em <http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/25847>. Acesso em 8 ago 2017.

²⁸ PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 14. Não à toa – mais uma vez, e para irmos incorporando o sentido de totalidade próprio da análise marxista – a primazia da lei e de todos os atos do Poder Legislativo são afirmados e reafirmados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, mais especificamente em seu preâmbulo e no seu artigo 6º, e em quase todos os dispositivos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

ocupação de cargos e funções que participam diretamente da criação e da conservação das leis, em cada um dos três poderes, bem como, no mesmo grau de importância, da apreensão das técnicas de sua criação e conservação, a fim de lhes garantir o maior consenso possível acerca de sua legitimidade e eficácia²⁹.

No âmbito da crítica marxista ao Direito, esta noção foi bem colocada por Pachukanis. Para ele, as categorias jurídicas fundamentais não dependem tanto do conteúdo concreto das normas jurídicas, pois elas conservam sua significação mesmo quando este conteúdo concreto se altera. Isto se dá porque tais categorias são resultado de uma elaboração lógica das normas do direito positivo, de modo que “podemos ter como estabelecido que o pensamento jurídico evoluído, independentemente da matéria à qual se dirige, não pode passar sem um certo número de definições muito abstratas e muito gerais.”³⁰

Entretanto, tais afirmações não devem conduzir à conclusão de que Pachukanis ignorava ou considerava desimportante o conteúdo classista das leis burguesas. Pelo contrário, a consideração deste conteúdo é pressuposto de toda sua argumentação. Essas afirmações, portanto, servem para marcar o caráter fetichista do Direito burguês, que traveste as opções políticas da classe dominante em normas jurídicas pretensamente neutras à luta de classes, como se se tratassem de interesses “universais”, “naturais” ao homem.

Em outras palavras,

a abordagem de Pachukanis é precisa porque busca, na exata trilha proposta por Marx, compreender o direito não apenas pelo seu conteúdo, mas antes pela sua forma. Não basta a Pachukanis, portanto, a análise materialista e histórica do direito como conteúdo, ou seja, não basta denunciar a historicidade e o caráter de classe das determinações jurídicas. Tal como Marx procedeu no campo da economia política, importa, para uma teoria marxista do direito, acima de tudo, demonstrar a

²⁹ É acerca deste argumento que Pachukanis aproxima-se de Kelsen (ver nota de rodapé n. 27).

³⁰ Para reforçar o argumento apresentado acima, sobre a força do Direito residir mais em sua forma que em seu conteúdo, Pachukanis faz uma importante crítica à maioria das análises marxistas feitas até então sobre o Direito: “(...) os marxistas (...) acabam, por sua vez, nada dizendo acerca da definição formal da teoria geral do direito, contentando-se em dedicar toda a sua atenção ao conteúdo concreto das normas jurídicas e à evolução histórica das instituições jurídicas. É bom observar que os autores marxistas, quando falam de conceitos jurídicos, pensam essencialmente no conteúdo concreto da regulamentação jurídica adaptada a uma determinada época, ou seja, naquilo que os homens consideram como sendo o direito nesse dado estágio da evolução. (...) Um conceito de Direito é assim considerado exclusivamente sob o ponto de vista do seu conteúdo; a questão da forma jurídica de nenhum modo é exposta. Porém, não resta dúvida de que a teoria marxista não deve apenas examinar o conteúdo material da regulamentação jurídica nas diferentes épocas históricas, mas dar também uma explicação materialista sobre a regulamentação jurídica como forma histórica determinada. (...) Em vez de dispormos de uma totalidade rica em determinações e em vínculos internos, nós somos coagidos a utilizar, mais modestamente e apenas de forma aproximada, um esboço de análise do fenômeno jurídico. Este esboço é tão fluído que as fronteiras que delimitam a esfera jurídica das esferas vizinhas ficam completamente atenuadas.” (PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 16, 20 e 21).

historicidade do direito como forma, apontando a vinculação da forma jurídica a uma formação social historicamente determinada.³¹

Nesse ponto de sua exposição, Pachukanis faz menção a Hans Kelsen e sua *Teoria Pura do Direito*, nos seguintes termos:

no direito, cuja lídima expressão é para Hans Kelsen a lei estatal, o Princípio do Imperativo [a norma fundamental] aparece sob uma forma inegavelmente heterônoma, tendo rompido definitivamente com a facticidade daquilo que existe. (...) Com efeito, torna-se evidente que a categoria “pura” do dever-ser, libertada de todas as aluviões do ente, da faticidade, de todas as “escórias” psicológicas e sociológicas, não tem e não pode de nenhum modo ter determinações de natureza material. Para o imperativo puramente jurídico, isto é, incondicionalmente heterônimo, a própria finalidade é, em si mesma, indiferente. A expressão “Tu deves a fim de que...” já não é, segundo Kelsen, o “Tu deves” jurídico [que se basta sozinho].³²

Antecipando um pouco o ponto em que esse assunto será discutido em profundidade, é precisamente esse espírito imperativo que domina o exercício judicial do Direito Penal, em que a finalidade de sua aplicação, uma vez que o sistema tenha capturado alguém, é, na prática, indiferente. Cabe ao órgão julgador apenas proceder ao silogismo entre os fatos e a lei, ela mesma abstrata e fonte do reforço de abstração judicial.

Daí a afirmação de Pachukanis: ao transpor a função legislativa para o domínio metajurídico, Kelsen faz restar à jurisprudência “a pura esfera da normatividade: a tarefa desta jurisprudência limita-se então exclusivamente a ordenar, lógica e sistematicamente, os diferentes conteúdos normativos. Certamente, não podemos negar a Kelsen um grande mérito.”³³

Aliás, Celso Naoto Kashiura Júnior e Márcio Bilharinho Naves³⁴ explicam que a construção da crítica ao direito burguês, apresentada num todo coerente na obra *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, foi formulada por Pachukanis principalmente na resenha de dois livros escritos por Hans Kelsen no início da década de 20 do século passado – quais sejam, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkrechts* e *Der soziologische und juristische Staatsbegriff* – intitulada *Obzoru literatury po obschei teorii prava i gosudarstvo* (Para o exame da literatura sobre a teoria geral do direito e do Estado), publicada em 1923.

³¹ KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto; BILHARINHO NAVES, Márcio. Pachukanis e a Teoria Geral do Direito e o Marxismo. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 12, n. 23, 2013, p. 10. Disponível em <http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/25847>. Acesso em 8 ago 2017.

³² PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 18-19.

³³ PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 18.

³⁴ KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto; BILHARINHO NAVES, Márcio. Pachukanis e a Teoria Geral do Direito e o Marxismo. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 12, n. 23, 2013, p. 4. Disponível em <http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/25847>. Acesso em 8 ago 2017.

Contrapondo-se ao esforço positivista da *teoria pura do direito*, que cava um “abismo lógico entre ser e dever-ser” e obsta “ao jurista qualquer passagem do mundo das normas para o mundo da realidade”, Pachukanis mostra que, se admitida essa construção, o conteúdo das normas passaria a ser “indiferente”, de modo que seria possível legitimar como um regime de direito “o mais extremado despotismo”.³⁵

Com isso, Pachukanis busca dotar de objetividade a teoria do direito, demonstrando que “as construções da jurisprudência dogmática são tão-somente a abstração das “relações reais entre as pessoas, contrapostas umas às outras como produtores de mercadorias”. Ou seja, a doutrina do contrato adquire consistência lógica apenas por ter como seu fundamento o ‘fato econômico da troca’.”.³⁶

³⁵ Não obstante, Oscar Correas – um importante jurista marxista latino-americano – defende em seu artigo *Kelsen y los marxistas* que o cerne das concepções teóricas de Kelsen e de Pachukanis não se contrapõem. Correas busca demonstrar que certos escritos de Kelsen, embora sejam considerados “anti” marxistas, são tributários do materialismo histórico, o que pode levar a crer que, talvez, a controvérsia entre esses dois autores não seja “*de fondo*”. Correas expõe seu argumento em três partes: 1) na primeira, “*El derecho como técnica de control social*”, explica que “*si, com algunos teóricos centrales del marxismo, como Pashukanis y Cerroni, decimos que la forma jurídica, la norma igual y abstracta, es propia solamente de la sociedad mercantil-capitalista, de cualquier modo no veo manera de negar que el derecho es una forma de control sobre los individuos. A lo sumo podría decirse que la definición de Kelsen valdría sólo para la sociedad burguesa y no para cualquier otra. Aceptémosla sin conceder: ¿deja por eso el derecho de ser una técnica de control social? (...) Además, no parece sino el resultado de toda la historia del pensamiento occidental. Quiero decir, no me parece una “novedad” – Kelsen no lo pretende – sino más bien una obviedad.*”; 2) na segunda, “*El derecho como producto del poder*”, que “*se ha dicho que la teoría pura del derecho sirve para justificar cualquier dictadura, de derecha o de izquierda.(...) Lo que Kelsen hace es, muy de acuerdo com su convicción, positivista, describir el derecho y describir la manera como proceden los juristas para reconocer el derecho. (...) Se pregunta quién dicta el derecho, y contesta que quien tiene el poder [e o poder para Kelsen, segundo Correas, não é tanto a força quanto a eficácia, que não seria outra coisa que o efeito do consenso ou da hegemonia das atuais doutrinas marxistas]. Se pregunta como proceden los juristas, o los ciudadanos en general, para reconocer cuales son las normas que deben aplicarse u observarse, y contesta que son aquellas que impone el gobierno. “Gobierno” es, en ultima instancia, quien ejerce efectivamente el poder; quien consigue de los ciudadanos el comportamiento deseado ¿Es acaso eso falso? (...). La teoría pura es exatamente lo contrario de la justificación de todo poder: es la negativa a justificar cualquier poder que sea. Kelsen parece decir: no se pida a la ciencia del derecho una justificación del dictado de normas; no se quiera cubrir ningún poder con el prestigio de la ciencia. (...) Me pregunto: ¿qué hay em todo esto de algo que este em “contradicción” com alguna tradición marxista?”; 3) na terceira, “*El derecho como función de las relaciones sociales*”, após citar um trecho da obra de Kelsen em que este autor afirma que os feitos naturais e econômicos determinam o conteúdo do ordenamento jurídico, explica que “*como se ve, es falso decir que Kelsen niega o contradisise la afirmación céntrica del marxismo acerca de la relación economía-derecho. (...) Sin embargo, quienes desde el marxismo atacan a Kelsen, no se refieren a la cuestión de la relación naturaliza-sociedad sino a una supuesta negación, por Kelsen, de la obviedad de la “determinación” de lo jurídico por las relaciones sociales. Lo cual es falso (...).*” (CORREAS, Oscar. *Kelsen y los marxistas*. Alegatos, Universidad Autonoma Metropolitana, 1986, mayo-agosto. Disponível em <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/3/3-06.pdf>. Acesso em 8 ago 2017.*

³⁶ Todos os trechos entre aspas então em KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto; BILHARINHO NAVES, Márcio. Pachukanis e a Teoria Geral do Direito e o Marxismo. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 12, n. 23, 2013, p. 5-6. Disponível em <http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/25847>. Acesso em 8 ago 2017. Entretanto, ao buscar o fundamento de sua teoria pura do direito na *norma fundamental*, Kelsen acaba tornando incoerente todo o sistema que havia erigido. A observação também é de Kashiura Júnior e Bilharinho Naves: “Não conseguindo sustentar a coerência de seu sistema, como afirma Pachukanis, Kelsen acaba por retornar ao direito natural – que ele houvera “tão diligentemente destruído” –, ao reintroduzir “bruscamente” o conceito substantivo de pessoa livre e igual, de tal sorte que a “limpeza metodológica por ele empreendida” perde-se no vazio.” (Idem, p. 6).

Logo, deixando-se conduzir pelo movimento materialista-dialético, essas abstrações jurídicas resultantes da evolução do pensamento jurídico são o reflexo de relações sociais muito precisas e complexas.

Sobre este ponto, Claus Germer nos explica que, para Marx,

a cada nível de desenvolvimento das forças produtivas corresponde um regime determinado de propriedade, nesta ordem. (...) esta proposição decorre necessariamente da concepção materialista da relação entre a prática material e a consciência, uma vez que o regime de propriedade é uma categoria jurídica, situada portanto na esfera da consciência.³⁷

Como o substrato do conhecimento e da elaboração teórica são as relações sociais próprias do modo de produção capitalista, isto é, as relações determinadas pela combinação entre o grau de desenvolvimento das forças produtivas – que corresponde ao grau de desenvolvimento do conhecimento da natureza com base na evolução da prática, o que influi na evolução técnica da produção – e o modo de distribuição dos meios de produção – que corresponde, por sua vez, ao regime jurídico da propriedade dos meios de produção –, o caráter do regime da propriedade é diretamente derivado da configuração técnica da produção.

Em outras palavras, a produção material da vida é a base de toda atividade humana, a partir da qual as forças produtivas se desenvolvem através da solução progressiva dos problemas que se apresentam sucessivamente; e é o desenvolvimento das forças produtivas que altera a configuração das relações sociais entre as pessoas, inclusive as relações jurídicas³⁸.

Essa mudança de qualidade da propriedade foi explicada com muita acuidade por Germer:

Há uma diferença essencial entre os conceitos de propriedade como apropriação material e como regime jurídico. Toda produção supõe a apropriação de materiais naturais por quem produz. Na medida que o conteúdo técnico da produção se desenvolve, a apropriação de materiais naturais vale-se de materiais previamente extraídos da natureza pelo produtor, [que se tornaram] os meios de produção produzidos, como ferramentas, matérias-primas elaboradas etc. No início histórico

³⁷ GERMER, Claus Magno. **A relação abstrato/concreto no método da economia política**. Página 11. Disponível em <http://paginapessoal.utfpr.edu.br/sidemar/economia-politica/claus-germer-a-relacao-abstrato-concreto-no-metodo-da-economia-politica.pdf/view>. Acesso em 18 mar de 2017.

³⁸ GERMER, Claus Magno. **A relação abstrato/concreto no método da economia política**. Página 11. Disponível em <http://paginapessoal.utfpr.edu.br/sidemar/economia-politica/claus-germer-a-relacao-abstrato-concreto-no-metodo-da-economia-politica.pdf/view>. Acesso em 18 mar de 2017. Mas isso não significa que as relações se deem num encadeamento linear. A compreensão do método dialético permite entender que essa sucessão de acontecimentos, tal como relatada no parágrafo, refere-se ao encadeamento lógico, ou à primazia lógica, da atividade prática no processo de elaboração das categorias do pensamento sem que isso signifique desconsiderar a influência das categorias do pensamento sobre aquela mesma atividade prática.

da atividade produtiva, quando a divisão do trabalho era limitada e os grupos humanos eram pequenos, a produção e a apropriação apresentavam um caráter coletivo elementar; não havia distinção entre a apropriação individual e a coletiva, sendo a terra o meio de produção fundamental. [A este] período histórico Marx denominou comunismo primitivo. Todavia, à medida que a divisão do trabalho especializou famílias e/ou grupos de famílias em ramos de produção distintos, [deu-se a separação entre] agricultura e pecuária, campo e cidade, produção e consumo etc.³⁹

Sendo assim, a apropriação dos meios de produção produzidos ganhava importância conforme se diferenciava a apropriação individual pela produção da apropriação coletiva pela distribuição do produzido, diferença que, segundo Marx⁴⁰, dá origem à distinção entre o interesse individual e o interesse coletivo bem como à própria propriedade privada como conceito jurídico.

Ou seja, a especialização da produção individualizou a apropriação dos meios de produção produzidos – ferramentas, matérias-primas já elaboradas etc. –, provocando, como reflexo, a gradual consolidação do conceito jurídico de propriedade privada. Iniciou-se com isso a época histórica das sociedades cuja base – no sentido de ser a chave (ou uma das chaves) de compreensão – é a propriedade privada dos meios de produção.

Essa delimitação da propriedade, isto é, a privação dos meios de produção nas mãos de uma parte da sociedade, determinou sua divisão em duas grandes classes: a dos proprietários e a dos não-proprietários dos meios de produção. Como consequência, consolidou-se a instituição da exploração, pela primeira, da força de trabalho da segunda, e, com isso, a ruptura da sociedade em uma parte dominante e outra dominada, consideradas as relações de determinado modo de produção, em determinado local e período histórico.

Com a evolução da técnica produtiva e o decorrente aprofundamento dessa divisão, o trabalho do produtor direto passou a reproduzir não só a própria vida como também a vida da classe proprietária, de modo que esta, no todo ou em parte, se vê liberta da necessidade de trabalhar diretamente na produção, o que influi decisivamente no processo de elaboração das ideias.⁴¹

³⁹ GERMER, Claus Magno. **A relação abstrato/concreto no método da economia política**. Página 11. Disponível em <http://paginapessoal.utfpr.edu.br/sidemar/economia-politica/claus-germer-a-relacao-abstrato-concreto-no-metodo-da-economia-politica.pdf/view>. Acesso em 18 mar 2017.

⁴⁰ MARX, Karl. **A ideologia alemã**: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas (1845-1846). Supervisão editorial: Leandro Konder. Tradução: Rubens Enderle, Nélio Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 37-38.

⁴¹ GERMER, Claus Magno. **A relação abstrato/concreto no método da economia política**. Página 12. Disponível em <http://paginapessoal.utfpr.edu.br/sidemar/economia-politica/claus-germer-a-relacao-abstrato-concreto-no-metodo-da-economia-politica.pdf/view>. Acesso em 18 mar 2017.

Esse estado de coisas permitiu que a divisão do trabalho se estendesse às duas partes em que se divide a atividade prática, isto é, a prática material e a prática intelectual, que se tornaram, cada uma, função de indivíduos diferentes. De acordo com Germer,

Mais precisamente, o trabalho intelectual torna-se função de uma parte da classe proprietária. O fato de que a elaboração teórica tenha se tornado função exclusiva de uma das partes em que a sociedade está dividida tem consequências decisivas sobre [o estabelecimento da] forma dos conceitos que expressam as relações sociais vigentes. Assim, a privação da propriedade de uma parte da sociedade, a exploração do trabalho alheio, que representam relações sociais objetivas condicionadas pelo desenvolvimento das forças produtivas, expressam-se como ideias que conformam a consciência social, [ainda que] produzidas por integrantes de uma classe específica, a classe dominante. Assim, “as ideias da classe dominante são, em cada época, as ideias dominantes, isto é, a classe que constitui o poder *material* dominante da sociedade, constitui ao mesmo tempo o seu poder *intelectual* dominante”, pois a classe que domina a produção e a distribuição dos meios materiais domina também a produção e a distribuição das ideias.⁴²

Considerando a mútua influência entre o aspecto material e o aspecto intelectual da elaboração do conhecimento, exposto acima, as ideias ou teorias dominantes refletiriam, então, as relações materiais dominantes.

Por primeiro, portanto, as leis e as teorias que refletem a dominação são geradas a partir da existência objetiva da dominação, decorrente da concentração da propriedade dos meios de produção nas mãos da classe dominante – justamente porque proprietária destes meios. Consequentemente, não é o surgimento de ideias ou intenções de dominação que geram a dominação – elas podem legitimá-la –, mas o contrário.

Por segundo, são pessoas que integram a classe dominante que exercem a função de elaborar o sistema de ideias dominantes, o que é condicionado pelo estágio real de desenvolvimento das forças produtivas. Nesta medida, conclui Germer, “*as ideias que expressam a dominação são elaboradas como justificção da dominação*”.⁴³

⁴² GERMER, Claus Magno. **A relação abstrato/concreto no método da economia política**. Página 12. Disponível em <http://paginapessoal.utfpr.edu.br/sidemar/economia-politica/claus-germer-a-relacao-abstrato-concreto-no-metodo-da-economia-politica.pdf/view>. Acesso em 18 mar 2017.

⁴³ E prossegue: “Da elaboração, na forma de auto-justificação da dominação, das ideias que expressam relações objetivas de dominação, decorrem duas implicações: por um lado, pode-se supor que as ideias dominantes de uma época sejam independentes do caráter objetivo do domínio de classe vigente, e elaboram-se teorias asseverando que as estruturas econômica, social, institucional de cada época são um produto das ideias dominantes nesta época, e não o contrário. As ideias ou teorias [dominante] amplamente aceitas são concebidas, assim, como a fonte da qual brota a realidade, e responsabilizadas pelo que a realidade apresenta de bom ou mau. Isenta-se assim a realidade e especialmente a classe [nela] dominante. Disto deduz-se que a transformação das estruturas sociais requer a prévia transformação das ideias vigentes. Por outro lado, a classe dominante desenvolve a pretensão de que é um determinado sistema de concepções que determina o seu domínio como imposição de uma predestinação transcendental. Assim, é compreensível que os pensamentos dominantes, embora representem relações objetivas – e historicamente passageiras –, que fazem de uma classe a classe dominante, sejam formulados, ao contrário, como expressão da essência humana *natural* (...)” (GERMER, Claus Magno. **A relação abstrato/concreto no método da economia política**. Página 12. Disponível em

No capitalismo, as concepções teóricas sobre a natureza humana praticam essa inversão dos fatores, o que a fetichiza. Ao se atribuir ao ser humano, como sua essência natural, características específicas do indivíduo capitalista, a forma capitalista da propriedade passa a ser considerada como a forma geral e natural da propriedade.⁴⁴

Sendo assim, o Direito torna-se, no capitalismo, uma das formas mais poderosas de legitimação da dominação – e, por isso, da permanência da dominação. É nesse sentido que deve ser entendida a insistência de Pachukanis ao afirmar que o desenvolvimento da forma jurídica atingiu seu apogeu na sociedade burguesa capitalista.

Feita essa reconstrução histórica dos conceitos jurídicos atuais, é possível conhecer, hoje, quais condições materiais foram necessárias para que a qualidade *ideal* adquirisse uma importância *real* e decisiva na prática. Deste modo, é possível conhecer o substrato histórico real das abstrações conceituais do vocabulário jurídico, e, num segundo momento, verificar em que medida o sentido dessas abstrações coincide com o movimento histórico, por serem determinadas por este movimento.

Em resumo, a evolução dos conceitos respeita a dialética do processo histórico.

E o Direito, submetido a essa análise histórico-dialética, também deixa entrever as transformações de suas formas até chegar ao produto final, pelo qual se apresenta na atualidade. Ao contrário do que se quer fazer crer, o Direito não nasceu como um sistema de pensamento acabado, mas como um sistema particular de relações a que os sujeitos se submetem sob a pressão das relações de produção, de modo mais ou menos consciente desta pressão e da natureza destas relações. Por isso Pachukanis afirma que

o pensamento que não transgride o quadro das condições de existência burguesa não pode conceber esta necessidade [a necessidade do Direito] de outra forma que não seja a de uma necessidade natural; por essa razão a doutrina do direito natural é, consciente ou inconscientemente, o fundamento de todas as teorias burguesas do direito.⁴⁵

Entretanto, logo que o furor revolucionário da burguesia se dissipou, na segunda metade do século XIX, já estabelecidos os princípios predominantes da classe burguesa – liberdade, igualdade e fraternidade, erigida a propriedade a direito natural, nos termos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, comentada acima –, a

<http://paginapessoal.utfpr.edu.br/sidemar/economia-politica/clus-germer-a-relacao-abstrato-concreto-no-metodo-da-economia-politica.pdf/view>. Acesso em 18 mar 2017).

⁴⁴ GERMER, Claus Magno. **A relação abstrato/concreto no método da economia política**. Página 13. Disponível em <http://paginapessoal.utfpr.edu.br/sidemar/economia-politica/clus-germer-a-relacao-abstrato-concreto-no-metodo-da-economia-politica.pdf/view>. Acesso em 18 mar 2017.

⁴⁵ PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 32-33.

estabilidade e o incremento de seu poder passaram a ser o objeto maior de sua preocupação. Eis por que a questão do fundamento da força coativa se tornou o principal problema a ser solucionado pelos juristas burgueses.

1.2. A CIÊNCIA JURÍDICA SOB A CRÍTICA SOCIOLÓGICA DE PIERRE BOURDIEU

Para auxiliar a compreensão dessa nova etapa do pensamento jurídico, fruto do rearranjo do poder econômico e político operado pela burguesia após sua consolidação como classe dominante, servirão de fundamento as análises de Pierre Bourdieu, dispostas na obra *A força do direito – elementos para uma sociologia do campo jurídico*.

De acordo com Bourdieu, “a tentativa de Kelsen para criar uma “teoria pura do direito” não passa do limite ultra-consequente do esforço de todo o corpo de juristas para construir um corpo de doutrinas e regras completamente independentes dos constrangimentos e das pressões sociais, tendo nele mesmo o seu próprio fundamento.”⁴⁶

A intenção que anima esse esforço se deixaria entrever quando, ao seguir a direção oposta dessa espécie de “ideologia profissional do corpo dos doutores, constituída em corpo de doutrina”, poderíamos ver no direito e na jurisprudência um *reflexo direto* das relações de força existentes, em que se exprimem as determinações econômicas e, em particular, os interesses das classes dominantes.

Quem quiser compreender essa ideologia da independência do direito e do corpo judicial – tanto para reforçá-la quanto para romper com ela – deve considerar, segundo Bourdieu, a existência de um espaço social relativamente independente das pressões externas, no interior do qual se cria e se exerce a autoridade jurídica.

O campo [qualquer campo, na acepção que Bourdieu dá ao termo; portanto também o campo jurídico] é caracterizado pelas relações de força resultantes das lutas internas, mas também pelas pressões externas. Os campos interpenetram-se, inter-relacionam-se. A autonomia do campo, dada pelo volume e pela estrutura do capital dominante [econômico, político, cultural etc.], faz essas inter-relações sofrerem uma espécie de refração ao ingressarem em cada campo específico. O que se passa no campo não é o reflexo das pressões externas, mas uma expressão simbólica, uma tradução, refratada por sua própria lógica interna. A história própria do campo, tudo que compõe seu *habitus*, as estruturas subjacentes, funcionam como um prisma para os acontecimentos exteriores. (...) as influências externas são sempre mediadas pela

⁴⁶ BOURDIEU, Pierre. 1930-2002. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz (para português de Portugal). 16ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 209.

estrutura particular do campo, que se interpõe entre a posição social do agente e sua conduta (*prise de position*). É nesse sentido que o campo é ‘relativamente autônomo’.⁴⁷

Do ponto de vista da sociologia do Direito esboçada por Bourdieu, é possível identificar no campo jurídico dois aspectos inseparáveis: o Direito como discurso, isto é, como referência de significação e prática enunciativa; e o Direito como conjunto de aparatos especializados em que se produz e se negocia aquele discurso⁴⁸. Como num jogo de xadrez, dão-se as peças e o tabuleiro.

Quanto ao primeiro aspecto, os integrantes desse espaço social relativamente independente concorrem, no seu interior, pelo monopólio do direito de dizer o direito, isto é, pelo monopólio do discurso⁴⁹, o que se dá pelo constante aperfeiçoamento da capacidade de interpretar um *corpus* de textos legais, jurisprudenciais e/ou doutrinários, que consagram a visão legítima do mundo social.

Dessa concorrência pelo acesso às posições jurídicas mais influentes teria se originado a divisão social “entre os profanos e os profissionais”, o que favoreceu um trabalho contínuo de racionalização para aumentar cada vez mais a distância entre “as intuições ingênuas da equidade” e “os vereditos armados do direito”.⁵⁰

Uma das maneiras pela qual essa distância se impôs decisivamente é pelo efeito de *apriorização* resultante da linguagem jurídica, que retraduz elementos e sentidos retirados da língua comum a fim de construir uma “retórica da impessoalidade e da neutralidade”:

Esta retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade, que pode ser o princípio de uma autonomia real dos pensamentos e das práticas, está longe de ser uma simples máscara ideológica. Ela é a própria expressão de todo o funcionamento do campo jurídico e, em especial, do trabalho de racionalização, no duplo sentido de Freud e de Weber, a que o sistema das normas jurídicas está continuamente sujeito,

⁴⁷ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A força do direito e a violência das formas jurídicas. **Revista de Sociologia e Política**, [S.1.], v. 19, n. 40, out. 2011, p. 30. ISSN 1678-9873. Disponível em <http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31704>. Acesso em: 09 ago 2017.

⁴⁸ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A força do direito e a violência das formas jurídicas. **Revista de Sociologia e Política**, [S.1.], v. 19, n. 40, out. 2011, p. 32. ISSN 1678-9873. Disponível em <http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31704>. Acesso em: 09 ago 2017.

⁴⁹ Essa é a mesma conclusão a que chega Michel Foucault (ainda que mediante uma abordagem diversa): “Por mais que o discurso seja aparentemente bem pouca coisa, as interdições que o atingem revelam logo, rapidamente, sua ligação com o desejo e com o poder. Nisto não há nada de espantoso, visto que o discurso – como a psicanálise nos mostrou – não é simplesmente aquilo que manifesta (ou oculta) o desejo; é, também, aquilo que é o objeto do desejo; e visto que – isto a história não cessa de nos ensinar – o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar.” (FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. 22ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012, p. 9-10).

⁵⁰ BOURDIEU, Pierre. 1930-2002. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz (para português de Portugal). 16ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 212.

e isto desde há séculos. Com efeito, aquilo a que se chama “espírito jurídico” ou “sentido jurídico” e que constitui o verdadeiro direito de entrada no campo (...) consiste precisamente nesta *postura universalizante*.⁵¹

Comentando essa construção de Bourdieu, Rodrigo Ghiringhelli Azevedo afirma que o Direito e a prática jurídica vinculam-se às estratégias de universalização que estão no princípio de todas as normas e de todas as formas oficiais, com todo o potencial mitificador que possa advir daí, e que repousam na existência de benefícios decorrentes dessa estratégia.

A universalização normativa seria a fórmula mais bem acabada das estratégias de legitimação que permitem exercer uma dominação particular⁵², justamente pela obrigatoriedade do recurso à lei, que funda o moderno Estado de Direito.

Somando-se à Bourdieu, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo entende que este mecanismo marcante do campo jurídico permite que o interesse em disputa apareça como desinteresse ou, antes, como um interesse geral ou comum. Assim, desconectado da intenção originária, a norma e o recurso à norma seriam “o fruto do poder agregado daqueles setores [e dos sujeitos que os ocupam] suficientemente influentes para definir problemas, constituí-los como tais e impor suas próprias soluções.”⁵³

Quanto ao segundo aspecto, a seleção de termos de uso corrente da *linguagem vulgar* e sua posterior tradução – ou *transmutação*, conforme a designa Bourdieu – para a *linguagem jurídica* pelos atores do campo jurídico, representa a adoção de uma postura que é a forma incorporada do sistema de princípios de visão e de divisão constitutivo de um campo caracterizado pela *independência na dependência e pela dependência*. “O princípio do desvio entre os dois significados [o vulgar e o jurídico], que é geralmente procurado num efeito de contexto, não é mais do que a dualidade dos espaços mentais, solidários de espaços sociais diferentes, que os sustentam.”⁵⁴

⁵¹ BOURDIEU, Pierre. 1930-2002. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz (para português de Portugal). 16ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 216.

⁵² Sua particularidade reside numa espécie de astúcia de seu modo de funcionamento: “(...) é necessário saber descobri-lo [o poder] onde ele se deixa ver menos, onde ele é mais completamente ignorado e, portanto, reconhecido: o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível que só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem.” (BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz (português de Portugal). 16ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 7).

⁵³ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A força do direito e a violência das formas jurídicas. **Revista de Sociologia e Política**, [S.l.], v. 19, n. 40, out. 2011, p. 32. ISSN 1678-9873. Disponível em <http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31704>. Acesso em: 09 ago 2017.

⁵⁴ BOURDIEU, Pierre. 1930-2002. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz (para português de Portugal). 16ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 226-227.

Nesse sentido, o campo judicial – talvez o *subcampo* mais representativo do campo jurídico⁵⁵ – representa a instituição de “um monopólio de profissionais que dominam a produção e a comercialização dos serviços jurídicos em virtude da competência jurídica (...) para constituir o objeto jurídico-judicial, ou seja, para transformar uma realidade social (uma queixa, um conflito ou uma disputa) em realidade jurídico-judicial.”^{56 57}

Diante desse quadro, é possível compreender que o trabalho dos cientistas jurídicos tem por finalidade a racionalização e a formalização de um corpo de regras cuja coerência e permanência no tempo são garantidas mediante uma prática que Bourdieu denomina de *função de assimilação*.

Historicamente, esse trabalho tem servido simultaneamente à manutenção dos privilégios das classes dominantes e das restrições a que são submetidas as classes dominadas – logo, à manutenção das distinções sociais, no sentido que Bourdieu concede ao termo, remetendo à noção de distanciamento social; a mesma a que faz referência Claus Germer ao abordar a origem e as consequências da divisão do trabalho, conforme exposto no tópico anterior.

Por isso, o ofício jurídico não se limitaria à descrição, num corpo de normas legais ou jurisprudenciais, ou num corpo de doutrina, das relações práticas que se dão na sociedade ou sobre como estes corpos de normas e de doutrina devem ser aplicados, mas também, e principalmente, do *pôr-em-forma* jurídica os princípios e as regras destas relações práticas – mais especificamente, as relações práticas hegemônicas –, concedendo-lhes assim um corpo discursivo interdito aos *profanos*, mas que aparece como o resultado da elaboração racional de uma universalidade legitimadora.

Essa pretensão racional à universalidade contribui – seguindo aquele movimento de mútua influência entre teoria e prática, abordado no tópico anterior – para a universalidade prática das disposições legais, jurisprudenciais e doutrinárias, de modo que os efeitos da prática jurídica são sentidos para além do campo jurídico. Inclusive por aqueles que, segundo Bourdieu, não passaram pelo processo de conversão exigido para a atuação no campo (prestação de vestibular para o curso de Direito, aprovação no exame da Ordem dos Advogados, aprovação em concurso público, obtenção de títulos acadêmicos etc.) – de novo,

⁵⁵ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A força do direito e a violência das formas jurídicas. **Revista de Sociologia e Política**, [S.l.], v. 19, n. 40, out. 2011, p. 35. ISSN 1678-9873. Disponível em <http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31704>. Acesso em: 09 ago 2017.

⁵⁶ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A força do direito e a violência das formas jurídicas. **Revista de Sociologia e Política**, [S.l.], v. 19, n. 40, out. 2011, p. 33. ISSN 1678-9873. Disponível em <http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31704>. Acesso em: 09 ago 2017.

⁵⁷ Daí a noção de processo como contrato, conforme discutiremos no item 2.2., sobre o processo de criminalização secundária.

os *profanos*, que constituem a clientela dos serviços jurídicos e que também são os modernos sujeitos de direitos.

Isso porque dizer o Direito não depende tanto de saber qual é o correto modo de agir nas mais diversas relações jurídicas que se possam estabelecer, reguladas pelos mais diversos ramos do Direito, mas saber quais sanções seguirão a inobservância desses modos corretos de agir. A apreensão desse modo de funcionamento do Direito é indispensável para a compreensão da natureza de seu poder simbólico.

De acordo com Bourdieu, a investigação sobre as condições sociais da eficácia dos atos jurídicos não deve levar à ignorância ou à negação daquilo que permite a eficácia própria da regra jurídica, garantida desde dentro da estrutura jurídica. Em outras palavras, a justa reação contra a autonomia solipsista do campo jurídico – e, logo, contra o incremento desta autonomia pelo trabalho dos juristas –, que permite enxergar, em seus devidos lugares, as disposições constitutivas do *habitus* jurídico – isto é, que deixa entrever as disposições que animam os detentores do direito de dizer o direito –, não deve implicar, de forma alguma, em subestimar o efeito da norma enunciada, sobretudo quando, como é o caso da norma jurídica, ela está associada a sanções que respondem, pelo menos na aparência, a necessidades e interesses da “sociedade”.⁵⁸

Para Bourdieu, portanto, pode-se negar à regra a eficácia que lhe concede o juridicismo, mas sem ignorar que existe um interesse em “estar em regra” que pode residir na origem de estratégias destinadas a “pôr-se em regra”, ou seja, a apresentar os interesses particulares sob a aparência de que representam valores reconhecidos pelo grupo, mais ainda quando o fato de “estar em regra”, de conformar-se ou referir-se a ela, produz um proveito ou um benefício particular, material ou simbólico, derivado dos efeitos e da força própria da regra. Podemos tomar como uma lei antropológica (...) que existe um proveito (simbólico ou material) em submeter-se ao universal, em dar-se ao menos a aparência da virtude, em ligar-se exteriormente à regra oficial.⁵⁹

Dáí o reconhecimento da normalização como efeito dessa prática universalizante, no sentido de uniformização social:

(...) o efeito de universalização, a que se poderia também chamar *efeito de normalização*, vem aumentar o efeito da autoridade social que a cultura legítima e os seus detentores já exercem para dar toda a sua eficácia prática à coerção jurídica pela promoção ontológica que ela opera ao transformar a regularidade (aquilo que se faz regularmente) em regra (aquilo que se deve fazer por regra), a normalidade de

⁵⁸ BOURDIEU, Pierre. 1930-2002. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz (para português de Portugal). 16ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 239-240.

⁵⁹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A força do direito e a violência das formas jurídicas. **Revista de Sociologia e Política**, [S.l.], v. 19, n. 40, out. 2011, p. 31. ISSN 1678-9873. Disponível em <http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31704>. Acesso em: 09 ago 2017.

fato em normalidade de direito, (...) a instituição jurídica contribui *universalmente* para impor uma representação da normalidade em relação à qual todas as práticas *diferentes* tendem a aparecer como *desviantes*, anômicas, e até mesmo anormais, patológicas.⁶⁰

Talvez seja esse o ponto que melhor receba a crítica sociológica de Loïc Wacquant – quem, aliás, tem em Pierre Bourdieu seu grande tutor, recolhendo da análise bourdiesiana categorias de compreensão que o auxiliam até hoje a criar suas próprias categorias de interpretação daquilo que chama de “triângulo fatal”, imagem sólida resultante da imbricação entre classe, raça e Estado⁶¹.

No artigo intitulado *Marginalidade, etnicidade e penalidade na cidade neoliberal: uma cartografia analítica*⁶² Wacquant utiliza algumas das famosas categorias de Bourdieu, como *poder simbólico* e *habitus*, para explorar a atuação do Estado-centauro – “liberal no topo e punitivo na base” – sobre a marginalidade avançada – assim designada pois não pode ser entendida como um resíduo, mas sim como componente orgânico do atual estágio da economia política contemporânea, sobretudo do movimento de financeirização do capital.⁶³

Wacquant promove uma releitura – leal aos fundamentos, contudo – de alguns importantes conceitos de Pierre Bourdieu.

Por *poder simbólico* – “poder de constituir o dado pela sua enunciação, de fazer as pessoas verem e acreditarem, de confirmar ou transformar a visão de mundo, e por conseguinte a ação sobre o mundo e, portanto, o próprio mundo”⁶⁴ – Wacquant identifica o poder do Estado, em especial, de arquitetar políticas públicas que contribuem para produzir uma marginalidade urbana – mais marginal quanto mais negra – por meio de suas atividades de classificação e categorização oficiais. E é essa oficialidade, decorrente da concentração da

⁶⁰ BOURDIEU, Pierre. 1930-2002. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz (para português de Portugal). 16ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 246-247.

⁶¹ É o próprio Wacquant quem explica isso: “A fim de desmontar as conexões triangulares entre reestruturação de classe, divisão étnico-racial e organização do Estado na era do neoliberalismo triunfante, adaptei diversos conceitos desenvolvidos por Pierre Bourdieu para trabalhar em novas frentes – marginalidade, etnicidade, penalidade –, desde o nível micro das aspirações individuais e das relações interpessoais na vida cotidiana até o nível macrossociológico das formas do Estado, passando pelo nível médio das estratégias sociais e constelações urbanas.” (WACQUANT, Loïc. *Marginalidade, etnicidade e penalidade na cidade neoliberal: uma cartografia analítica*. **Tempo social**. Revista de sociologia da USP. São Paulo, v. 26, n. 2, novembro de 2014).

⁶² WACQUANT, Loïc. *Marginalidade, etnicidade e penalidade na cidade neoliberal: uma cartografia analítica*. **Tempo social**. Revista de sociologia da USP. São Paulo, v. 26, n. 2, novembro de 2014.

⁶³ Esse é, precisamente, o objeto da análise a ser feita no terceiro capítulo desta dissertação, ainda que nossa abordagem não vença todos os complexos aspectos do triângulo classe-raça-Estado – o que, ademais, não é nossa intenção. Por ora, aproveitamos sua contribuição para reforçar a crítica sociológica à ciência jurídica e introduzir a crítica específica à ciência jurídico-penal.

⁶⁴ WACQUANT, Loïc. *Marginalidade, etnicidade e penalidade na cidade neoliberal: uma cartografia analítica*. **Tempo social**. Revista de sociologia da USP. São Paulo, v. 26, n. 2, novembro de 2014, p. 151.

força física e do monopólio do poder judicial pelo Estado, que concede às atividades estatais marcas de regularidade e legitimidade, dissimuladoras de todo traço de arbitrariedade.

E por *habitus*, Wacquant identifica um esquema de disposições para a ação e a expressão que funciona, ao mesmo tempo, como referência para a experiência social e como lugar em trânsito ou adaptação diante do movimento social. De qualquer modo, esse esquema nos guiaria no mundo social e nos impeliria a introduzir na análise sociológica a “experiência carnal dos agentes – e a marginalidade, a racialização e o encarceramento não são nada mais do que uma *construção corpórea*”⁶⁵. Mais especificamente, ele [o *habitus*] “convida-nos a traçar de forma empírica, mais do que simplesmente postular, como as estruturas sociais são retraduzidas em realidades vividas, enquanto se tornam sedimentadas em organismos socializados na forma de disposições para a ação e a expressão.”⁶⁶

Enfim, mesmo sem colocar sob exame a questão da forma do Direito, Wacquant também reconhece que esse Estado-centauro “zomba dos ideais democráticos tanto por sua própria anatomia quanto por seu *modus operandi*”⁶⁷. Isto seria reforçado pelo “fechamento” do perímetro dos estudos acerca da justiça criminal – noção que remete à *distinção* no sentido que Bourdieu concede ao termo. Segundo Wacquant:

(...) há um grupo, cuidadosamente isolado (...), muito bem representado entre nós hoje em dia: os criminólogos e os diversos especialistas em questões de *justiça criminal*. Eles cavam, com zelo, o perímetro fechado do binômio “crime e castigo”, que é historicamente constitutivo de sua disciplina e continuamente reforçado pela demanda política e burocrática. Por essa razão, não prestam muita atenção (...) aos movimentos da estrutura e da formação de classe, ao aprofundamento de desigualdades e à ampla remodelagem da pobreza urbana, de um lado, e ao impacto dinâmico e historicamente variável das divisões étnicas, do outro.⁶⁸

Assim disposta a crítica sociológica ao Direito, é possível compreender que, numa sociedade capitalista, a prática universalizante própria do trabalho jurídico é um dos mecanismos mais poderosos mediante o qual se exerce a dominação simbólica, isto é, a legitimação de uma determinada ordem social – concretamente, a ordem social própria das relações de dominação orgânicas que se dão no modo de produção capitalista.

⁶⁵ WACQUANT, Loïc. Marginalidade, etnicidade e penalidade na cidade neoliberal: uma cartografia analítica. **Tempo social**. Revista de sociologia da USP. São Paulo, v. 26, n. 2, novembro de 2014, p. 152-153.

⁶⁶ WACQUANT, Loïc. Marginalidade, etnicidade e penalidade na cidade neoliberal: uma cartografia analítica. **Tempo social**. Revista de sociologia da USP. São Paulo, v. 26, n. 2, novembro de 2014, p. 153.

⁶⁷ WACQUANT, Loïc. Marginalidade, etnicidade e penalidade na cidade neoliberal: uma cartografia analítica. **Tempo social**. Revista de sociologia da USP. São Paulo, v. 26, n. 2, novembro de 2014, p. 142.

⁶⁸ WACQUANT, Loïc. Marginalidade, etnicidade e penalidade na cidade neoliberal: uma cartografia analítica. **Tempo social**. Revista de sociologia da USP. São Paulo, v. 26, n. 2, novembro de 2014, p. 141.

Ao dispor coerentemente as relações de exploração próprias do capitalismo, do racismo, do patriarcalismo etc. num conjunto de regras oficiais, de acordo com o método formal de universalização, o jurista tende a *in-formar* as práticas cotidianas dos mais diversos membros da sociedade para além – ou aquém – de suas diferenças materiais, o que contribui para a alienação do conhecimento acerca da existência e significação destas diferenças.⁶⁹

O Direito torna-se, então, a forma excelente – no sentido de ser a forma mais bem desenvolvida – do poder simbólico de dominação real de uma classe sobre a outra, e por isso mesmo condição de permanência desse poder.

Devido à *força da forma* do Direito, em constante aprimoramento por aqueles que estão encarregados de produzi-lo, é possível reconhecer uma afinidade destes agentes com os detentores do *poder temporal* político e econômico. “A proximidade dos interesses e, sobretudo, a afinidade dos *habitus* ligada a formações familiares e escolares semelhantes, favorecem o parentesco das visões do mundo.”.

Logo, conclui-se que as escolhas que o corpo de juristas deve fazer, em cada momento, entre interesses, valores e visões do mundo que são diferentes ou antagonistas entre si tem pouca probabilidade de desfavorecer os dominantes. “Deste modo, o *etos* dos agentes jurídicos está na sua origem [na origem do favorecimento dos dominantes] e a lógica imanente dos textos jurídicos que são invocados tanto para os justificar como para os inspirar estão adequados aos interesses, valores e à visão do mundo dos dominantes.”.⁷⁰

Portanto, atentos a essa circularidade própria do devir histórico – isto é, ao movimento dialético da história, que Bourdieu denomina *reflexivo* –, apesar do Direito moderno ter sido gestado a partir das relações que se dão no modo de produção capitalista, ele torna-se, no instante seguinte, condição do fluxo constante e desimpedido destas relações.

Esse Direito que tem por fundamento a relação jurídica entre sujeitos livres e iguais perante a lei, passa, no mesmo ato, da posição de produto da relação econômica entre proprietários de mercadorias que, como sujeitos livres e iguais perante outros proprietários de mercadorias, fazem a mediação da troca de mercadorias no mercado, para a posição de meio de produção destas relações:

⁶⁹ “Como integrantes de um campo, inscritos no seu *habitus*, não se pode ver com clareza as suas determinações. A *illusio* é o encantamento do microcosmo vivido como evidente, o produto da adesão à doxa do campo, de suas disposições primárias e secundárias, do *habitus* específico do campo, da cristalização dos seus valores, do ajustamento das expectativas às possibilidades limitadas que o campo oferece.” (Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, p. 29).

⁷⁰ BOURDIEU, Pierre. 1930-2002. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz (para português de Portugal). 16ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 241.

O direito (...) confere a estas realidades surgidas das suas operações de classificação toda a permanência (...) que uma instituição histórica é capaz de conferir a instituições históricas.

O direito é a forma por excelência do discurso atuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. (...) De fato, os esquemas de percepção e de apreciação que estão na origem da nossa construção do mundo social são produzidos por um trabalho histórico coletivo, mas a partir das próprias estruturas deste mundo: estruturas estruturadas, historicamente construídas, as nossas categorias de pensamento *contribuem* para produzir o mundo, mas dentro dos limites da sua correspondência com estruturas preexistentes. É na medida e só na medida em que os atos simbólicos de nomeação propõem princípios de visão e de divisão objetivamente ajustados às divisões preexistentes de que são produto, que tais atos tem toda a sua eficácia de enunciação criadora que, ao consagrar aquilo que enuncia, o coloca num grau de existência superior, plenamente realizado, que é o da instituição instituída. Por outras palavras, o efeito próprio, quer dizer, propriamente simbólico, das representações geradas segundo esquemas adequados às estruturas do mundo de que são produto, é o de consagrar a ordem estabelecida: a representação justa sanciona e santifica a visão dóxica das divisões, manifestando-a na objetividade de uma ortodoxia por um verdadeiro ato de criação que, proclamando-a à vista de todos e em nome de todos, lhe confere a universalidade prática do oficial.⁷¹

Ou seja, por ser ao mesmo tempo uma *estrutura estruturada* e uma *estrutura estruturante*, o Direito se torna a forma ideal do poder simbólico, isto é, a forma pela qual se dá a naturalização da dominação, uma vez que o natural é o que prescindir da questão de sua legitimidade^{72, 73}.

E fazendo o caminho inverso ao do trabalho dos juristas, isto é, ao trabalho de codificar, de *pôr-em-forma* jurídica, encontramos como o reverso da eficácia simbólica daí decorrente o reconhecimento social do Direito mediante um acordo, ainda que tácito e parcial, originado a partir de necessidades e interesses reais.

Admitidas essas categorias e esse roteiro da crítica sociológica ao Direito, podemos então reconhecer e identificar a *lógica da conservação* que o estrutura. Ao fixar um modo de agir exemplar, disposto de modo a servir de modelo a condutas futuras, o trabalho jurídico autoriza e favorece, ao mesmo tempo, a *lógica do precedente*. Segundo Bourdieu:

(...) ele [o trabalho jurídico] liga continuamente o presente ao passado e dá a garantia de que, salvo revolução capaz de pôr em causa os próprios fundamentos da ordem jurídica, o porvir se dará à imagem do passado e de que as transformações e as adaptações inevitáveis serão pensadas e ditas na linguagem da conformidade com o passado. O trabalho jurídico, assim inscrito na lógica da conservação, constitui um

⁷¹ BOURDIEU, Pierre. 1930-2002. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz (para português de Portugal). 16ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 237 e 238.

⁷² BOURDIEU, Pierre. 1930-2002. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz (para português de Portugal). 16ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 239.

⁷³ Daí a propriedade, a liberdade e a igualdades serem direitos *naturais*, nos termos do preâmbulo e do artigo 17 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, transcritos acima.

dos fundamentos maiores da manutenção da ordem simbólica⁷⁴ (...). É certo que, como indica Jacques Ellul, “as leis, inicialmente alheias e aplicadas do exterior, podem, pouco a pouco, ser reconhecidas como úteis pelo uso e, a longo prazo, acabam por fazer parte do patrimônio da coletividade: esta foi progressivamente informada pelo direito e aquelas só se tornaram verdadeiramente “direito” quando a sociedade consentiu em deixar-se informar (...). Mesmo um conjunto de regras aplicadas por coerção um certo tempo nunca deixa o corpo social intacto, pois que criou um certo número de hábitos jurídicos ou morais.”⁷⁵

Sendo assim, Bourdieu entende que a sociologia que toma a ciência jurídica e o jurista como objetos de análise, adotando categorias da crítica marxista, se deve a uma lógica que “só pode encontrar no exterior, nos campos científico e político, os princípios de uma argumentação crítica que tem em vista fazer do direito uma “ciência” dotada de sua metodologia própria e firmada na realidade histórica.”⁷⁶

Assim, os partidários da mudança deveriam situar-se ao lado da ciência, da história, da atenção aos novos problemas e às novas formas jurídicas que esses problemas suscitam.

Ao mesmo tempo em que o regresso à realidade favorece o aumento das diferenças reais entre os diversos atores jurídicos e, logo, a intensificação interna da luta pelo monopólio do direito de dizer o direito, há um reforço das demandas jurídicas dos atores jurídicos dominados no interior do campo e, como consequência, dos sujeitos dominados e de suas demandas reprimidas no seio do campo social.

Tal como propõe Andrés García Inda, citado por Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo:

el derecho constituye, em cuanto mediación específica de las relaciones sociales, *um terreno de confrontación de clases*. Siguiendo a Bourdieu podemos decir además que em esse tabajo de producción formal que es una labor de reproducción social ya existe um *coste simbólico* que permite o puede permitir uma indefinición, uma transformación, por pequeña que sea, que contribuya al cambio social: ‘Hay que gastar fuerza para procurrir Derecho’ – disse el sociólogo francés – ‘y ocurre que una gran parte de la fuerza se consume em ello’.⁷⁷

⁷⁴ BOURDIEU, Pierre. 1930-2002. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz (para português de Portugal). 16ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 245. Acompanha este trecho a nota de rodapé nº 40, na mesma página, a qual possui a seguinte redação: “Alain Bancaud e Yvez Dezaly mostram bem que mesmo os mais heréticos dos juristas críticos, que invocam a caução da sociologia e do marxismo para fazerem avançar os direitos dos detentores de formas dominadas da competência jurídica, como o direito social, continuam a reivindicar o monopólio da “ciência jurídica”.”

⁷⁵ BOURDIEU, Pierre. 1930-2002. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz (para português de Portugal). 16ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 245.

⁷⁶ BOURDIEU, Pierre. 1930-2002. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz (para português de Portugal). 16ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 253.

⁷⁷ GARCÍA INDA, Andrés. **La violencia de las formas jurídicas**. Barcelona: CEDECS, 1997, p. 222 *apud* AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A força do direito e a violência das formas jurídicas. **Revista de Sociologia e Política**, [S.l.], v. 19, n. 40, out. 2011, p. 37. ISSN 1678-9873. Disponível em <http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31704>. Acesso em: 09 ago 2017.

Em resumo, ao traduzir demandas sociais em demandas judiciais, existe a possibilidade de que a necessidade de justificação legal reduza o espaço de pura e simples discricionariedade.⁷⁸

Contudo, e paradoxalmente, a função de manutenção da ordem estabelecida à qual está fadado o trabalho jurídico feito sob as determinações do modo de produção capitalista, permite que os juristas acolham as práticas jurídicas subversivas e as insiram na estrutura de seu corpo de normas, o que contribui, afinal, para determinar a *adaptação* do direito e do campo jurídico à nova situação das relações sociais e para possibilitar, no momento posterior, sua *retradução* para as formas já legitimadas destas relações.

1.3. A CIÊNCIA JURÍDICO-PENAL SOB A CRÍTICA GENEALÓGICA DE MICHEL FOUCAULT E AS CONTRIBUIÇÕES DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Antes de apresentar a crítica da criminologia à dogmática jurídico-penal, vale desfazer a confusão terminológica proveniente dos diversos significados contidos no termo *Direito Penal*.

Segundo Nilo Batista, em sua *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*⁷⁹, o *Direito Penal* pode ser representado por pelo menos três acepções, quais sejam, objetiva, subjetiva e intelectual. Apesar da generalidade desta explicação – condizente com o formato da obra –, o esquema tem serventia por, pelo menos, dois motivos: para fazer o estudante ciente da existência dessas categorias no campo da ciência penal; e para fazê-lo ciente de que o poder punitivo é o produto de um conjunto de relações entre diversos atores, públicos e privados, detentores e não detentores do *poder de*, que ocupam funções diversas e incorporam ao seu trabalho o saber que pôde ser instituído a partir dessas experiências relacionais (a já conhecida relação *poder-saber*, objeto de análise de grande parte das obras de Michel Foucault).

Na acepção objetiva, *Direito Penal* significa o conjunto de leis estatais que distinguem algumas condutas como criminosas, determinando, *a priori*, sanções que irão ser impostas aos

⁷⁸ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A força do direito e a violência das formas jurídicas. **Revista de Sociologia e Política**, [S.l.], v. 19, n. 40, out. 2011, p. 40. ISSN 1678-9873. Disponível em <http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31704>. Acesso em: 09 ago 2017.

⁷⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, p. 4.

seus autores e que influem, de maneira mais ou menos gravosa, sobre a liberdade; determinam a extinção destas condutas; determinam condições para sua imputação ou justificação⁸⁰; preveem como se dará a execução das penas ou, inversamente, quais os casos em que o Estado perde essa pretensão de punir o autor de uma conduta criminosa.

Da lei penal que prevê a perda da pretensão do Estado de punir alguém, alguns autores identificam uma acepção subjetiva do *Direito Penal*. Nesse sentido, o termo designaria o *direito* (com minúscula) que o Estado detém, sob o regime de monopólio, de punir alguém que comete uma conduta prevista como criminosa.

E, na acepção intelectual, o termo *Direito Penal* representa o estudo – cujo lugar marcado é a universidade – das duas últimas acepções, isto é, a sistematização das normas estatais, a partir de um método próprio da ciência jurídica – a dogmática jurídica –, que tem por objeto crimes e penas e do direito que o Estado detém de prescrever esses crimes e executar as penas que decorrem deles.⁸¹

Essa última acepção conforma a ciência jurídico-penal, objeto central de nossa crítica. Iremos analisar, especialmente, o processo histórico que culminou na consolidação do *Direito Penal* como um ramo científico – como teoria, mais especificamente –, o que se deu após sua existência objetiva; e qual a medida da importância que exerceu e exerce para o controle do poder punitivo e, no avesso, para a manutenção do controle social – o que implica, inevitavelmente, na crítica ao seu método estruturante, a dogmática jurídica.

Essa tarefa se fará a partir da contribuição teórica de autores que pensaram o funcionamento do poder punitivo no decorrer da história, isto é, como se deu o processo de criminalização de indivíduos e condutas e a execução dos crimes e dos criminosos; as finalidades que se declaram e as finalidades que se dissimulam deste processo de criminalização e execução; a influência que o corpo social exerce para provocar este processo; e, uma vez em curso, a influência de sua reação para mantê-lo em movimento.

1.3.1. Breve análise histórica do desenvolvimento do Direito Penal objetivo e subjetivo

⁸⁰ Justificação em sentido amplo, e não no sentido específico do termo, dado pela dogmática jurídico-penal como consequência do reconhecimento da legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito ou estrito cumprimento do dever legal – o que é sinal do exercício de *retradução*, constitutivo do campo jurídico e do mercado jurídico (e, logo, da distinção entre *juristas* e *profanos*), identificado por Bourdieu em sua análise sociológica do Direito, tal como relatado no item anterior.

⁸¹ “Já foi muito observado que, especialmente para o iniciante, o fato de a ciência e o seu objeto terem o mesmo nome (“direito penal é a ciência que estuda o direito penal”) pode gerar alguma perplexidade e confusão.” (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, p. 4).

1.3.1.1. Introdução histórica: da vingança privada ao suplício público

Da Lei do Talião ao moderno movimento de codificação, os documentos normativos conhecidos ao longo da história sempre previram diversas violações a direitos e todo tipo de infrações às quais se seguiam sanções. Em qualquer caso, sempre se entendeu que a sanção se dava pela violação de uma norma de conduta que deveria ter sido observada e que não se observou, expressamente prevista em um documento público ou não.

Sendo assim, a necessidade de determinar de maneira precisa o conteúdo e a extensão de direitos e deveres sempre esteve ligada à violação da pacífica coexistência entre homens e mulheres. Dito de outro modo, e para retornar à Pachukanis e sua Teoria geral do Direito, “a necessidade de determinar e de fixar de maneira precisa a extensão e o conteúdo dos direitos e dos deveres recíprocos não surge a não ser quando a existência calma e pacífica é atormentada. Sob esse ponto de vista Bentham tem razão em dizer que a lei gera o direito ao gerar o delito.”⁸²

Enquanto as formas jurídicas próprias do Direito Civil refletiram historicamente, da maneira mais direta possível, as relações sociais travadas em conformidade às leis ou aos costumes de determinada época e lugar – e, principalmente e especificamente, em conformidade ao modo de se produzir riqueza e de trabalho adequado a esta produção, em determinada época e lugar –, os preceitos de Direito Penal representaram o grau mais alto de tensão atingido por estas relações.

As críticas apresentadas nos itens 1.1. e 1.2. já deixaram entrever que a forma jurídica foi-se consolidando de uma maneira bastante própria, em que a lei e a pena que pune sua transgressão estão sempre intrinsecamente ligadas. E isto é próprio da forma jurídica, e ainda mais das formas jurídico-penais, de modo que se pode reconhecer no Direito Penal um representante ideal do Direito, “uma parte que se substitui ao todo”.^{83 84}

⁸² PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 117-118.

⁸³ PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 118.

⁸⁴ Esse aspecto merece uma atenção especial, devido às consequências de seus desdobramentos para a crítica do poder punitivo pelo movimento do abolicionismo penal. Conforme explicado acima (no item 1.2. – nota de rodapé nº 31), Pierre Bourdieu reconhece nesta forma – a sanção que persegue a transgressão da regra – o verdadeiro princípio da força do Direito, de seu poder simbólico – isto é, do reconhecimento de sua legitimidade e validade mediante um processo de formalização das regras que encobre todo vestígio de arbitrariedade de sua origem. Ou seja, à negação do Direito segue-se fatalmente a confirmação de sua vigência e, assim, a confirmação

Segundo Pachukanis, a vingança de sangue, ancestral de todas as demais formas de pena⁸⁵, também foi capturada, em determinado momento, pela *ideia de equivalente*, jurídica por excelência, e que teve origem, por sua vez, nas formas econômicas de equivalência. Portanto, no momento em que a vingança passou a ser uma reparação regulada de acordo com a regra do talião – olho por olho, dente por dente:

O delito [se tornou] uma modalidade particular de circulação, na qual a relação de troca, ou seja, a relação contratual, é estabelecida imediatamente, ou, melhor dizendo, através da ação arbitrária de uma das partes. Assim, a proporção entre o delito e a reparação reduz-se igualmente a uma proporção de troca. (...) Por mais ingênuas que estas construções possam parecer à primeira vista, elas denotam, no entanto, uma intuição muito aprimorada da forma jurídica, mais do que as teorias ecléticas dos juristas modernos. Podemos observar muito claramente, nos exemplos da vingança e da pena, por quais imperceptíveis transições o orgânico e o biológico se unem ao jurídico. Esta conexão acentua-se ainda pelo fato de o homem não ser capaz de abrir mão da interpretação habitual, isto é, jurídica ou ética, dos fenômenos da vida animal. Sem querer, ele atribui às ações dos animais uma significação que, verdadeiramente, não lhes é atribuída a não ser por uma evolução posterior, ou seja, pelo desenvolvimento histórico da humanidade.^{86 87}

Portanto, esta *ideia de equivalência* não pôde se tornar o fundamento objetivo das relações sociais, e nem ser expressa nitidamente por qualquer outra forma, a não ser num determinado estágio do desenvolvimento econômico em que a forma da equivalência se tornou critério costumeiro da troca – somente na sociedade humana, portanto, e nunca no mundo animal. Por isso é que a vingança pôde – e ainda pode – conviver com a noção de reparação: contanto que o sangue do ofensor, que se quer derramar, seja equivalente ao sangue já derramado da vítima, a ideia de equivalência restará respeitada.

Logo, de fenômeno puramente biológico, a vingança passa a ser instituição jurídica a partir do momento em que se une à forma da troca equivalente. Porém – é importante fazer esta breve digressão –, isto não significa que esta troca seja *justa*.

de sua força. Este movimento não passou despercebido pela dogmática jurídico-penal, tendo sido enunciado, na teoria da pena, como uma de suas funções, a *prevenção geral positiva*.

⁸⁵ “A origem do Direito Penal está historicamente ligada ao costume da vingança sangrenta. (...) também aqui, são unicamente os estágios posteriores do desenvolvimento (como se pode observar frequentemente na história da humanidade) que possibilitam a compreensão das formas anteriores. Se abordarmos o mesmo fenômeno pela extremidade oposta, nada veremos aí além da luta pela existência, ou seja, apenas uma motivação puramente biológica.” (PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 119).

⁸⁶ PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 119-120.

⁸⁷ Ainda, segundo Pachukanis, a noção de que o delito é um contrato concluído arbitrariamente por uma das partes já havia sido enunciada por Aristóteles: “ao falar do nivelamento na troca como de uma modalidade de justiça, distinguia aí dois tipos: o nivelamento nas ações voluntárias e o nivelamento nas ações involuntárias, situando as relações econômicas de compra e venda, de empréstimo etc. nas ações voluntárias e [os] delitos (...) nas ações involuntárias. Pertence também a ele a definição do delito como contrato concluído contra a vontade. A sanção surge, então, como um equivalente que compensa os prejuízos sofridos pela vítima.” (PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 119).

Na *Crítica ao Programa de Gotha*, Karl Marx explica como a ideia de equivalência do Direito – fundamentada na ideia de equivalência da troca de mercadorias, isto é, o mesmo montante de trabalho incorporado num produto é trocado pelo mesmo montante de trabalho incorporado em outro produto: ‘x’ panelas de ferro por ‘y’ cadeiras de madeira (e após a consolidação da forma dinheiro como equivalente universal, ‘x’ computadores por ‘y’ dinheiro) – é, justamente por sua objetividade e formalidade, fundamentalmente injusta. No Estado de Direito moderno, a equivalência ideal é dada *a priori*, por força de lei e perante a lei.

De acordo com Marx, mesmo respeitada a equivalência, esse *direito igual a* – que pode implicar numa conduta ativa, isto é, na prerrogativa de fazer alguma coisa; ou numa conduta omissiva, na prerrogativa de não fazer alguma coisa – ainda carrega as limitações burguesas que conduzem à alienação:

O direito dos produtores é *proporcional* ao seu fornecimento de trabalho; a igualdade consiste em que ele é medido por uma *escala igual*: o trabalho. Mas um [indivíduo] é física ou espiritualmente superior a outro; fornece, portanto, mais trabalho no mesmo tempo ou pode trabalhar durante mais tempo; e o trabalho, para servir de medida, tem que ser determinado segundo a extensão ou a intensidade, senão cessaria de ser escala [de medida]. **Este igual direito é direito desigual para trabalho desigual.** Não reconhece nenhuma diferença de classes, porque cada um é apenas tão trabalhador como o outro; mas, reconhece tacitamente o desigual dom individual — e, portanto, [a desigual] capacidade de rendimento dos trabalhadores — como privilégios naturais. É, portanto, um direito da desigualdade, pelo seu conteúdo, como todo o direito. **O direito, pela sua natureza, só pode consistir na aplicação de uma escala igual;** mas, os indivíduos desiguais (e não seriam indivíduos diversos se não fossem desiguais) só são medíveis por uma escala igual, desde que sejam colocados sob um ponto de vista igual, desde que sejam apreendidos apenas por um lado *determinado*, por exemplo, no caso presente, desde que sejam considerados *como trabalhadores apenas* e que se não veja neles nada mais, desde que se abstraia de todo o resto (um trabalhador é casado, o outro não; um tem mais filhos do que o outro, etc, etc.). Com um rendimento de trabalho igual — e, portanto, com uma participação igual no fundo social de consumo — um recebe, pois, de facto, mais do que o outro, um é mais rico do que o outro, etc. **Para evitar todos estes inconvenientes, o direito, em vez de igual, teria antes de ser desigual.**⁸⁸

Entretanto, Marx explica na sequência que esses inconvenientes são, no capitalismo, e mesmo na primeira fase da sociedade comunista – “tal como precisamente saiu da sociedade capitalista, após longas dores de parto” – inevitáveis, pois o Direito nunca pode ser superior à

⁸⁸ MARX, Karl. *Crítica do Programa de Gotha* in Obras escolhidas em três tomos. Tradução de José Barata-Moura do texto original publicado na revista *Die Neue Zeit*, bd. 1, n.º 18, 1890-1891. Lisboa: Editorial Avante. Transcrito e disponibilizado *online* por Fernando A. S. Araújo, em março de 2009. Disponível em <https://www.marxists.org/portugues/marx/1875/gotha/>.

configuração econômica da sociedade e ao conseqüente desenvolvimento cultural⁸⁹. A superação desse estado de coisas também é discutida por Marx, mas isto será abordado no item 3.2, do 3º capítulo.

Contudo, para o Direito Penal da antiguidade era absolutamente normal o fato de um devedor insolvente pagar *equitativamente* suas dívidas com as partes do seu corpo – *in partes secare* – e um agressor com seus bens por uma ofensa física feita a uma pessoa⁹⁰. Nesse momento, a relação entre composição – no sentido de apaziguar – e equivalência se dá sem as complicações ou mascaramentos⁹¹ do momento posterior, de modo que o processo penal também assume, de forma bastante honesta, o caráter de um contrato comercial.

Entretanto, esta relação perde seu caráter de imediatismo quando as primeiras noções de Estado são instituídas. A partir desse momento, a pena passa a ser um problema de Direito público – isto é, deixa de ser um problema ocorrido e resolvido diretamente entre vítima e agressor – e o Estado passa a ser representante da vítima ou a própria vítima, o que retira da pena sua identidade eminentemente objetiva de reparação equivalente para dar-lhe outra, cumulativa e abstrata, de expiação da culpa pela violação da norma de conduta e, em caráter geral, da ordem social. Isto se deu em definitivo, segundo Pachukanis⁹², quando a Igreja passa a influir decisivamente sobre os assuntos do Estado.

(...) na Roma antiga a maior parte dos delitos graves eram, simultaneamente, delitos contra os deuses. Deste modo, por exemplo, uma das principais violações do direito do proprietário de terras, o deslocamento mal-intencionado dos marcos dos terrenos, era considerado, por toda a antiguidade, como um delito religioso, oferecida, por esse motivo, a cabeça do culpado aos deuses. A casta dos sacerdotes, que aparecia como a guardiã da ordem, não perseguia, contudo, somente um interesse ideológico, mas também um interesse material bastante sólido, já que, em tais casos, os bens do culpado eram confiscados em seu benefício. (...).

A influência da organização clerical (...) sobre o Direito Penal manifesta-se em que, muito embora a pena continue a conservar o caráter de um equivalente ou de uma *reparação*, está já não está mais ligada imediatamente ao dano sofrido pela vítima e já não está mais fundamentada nas pretensões desta última, mas adquire um significado superior, abstrato, enquanto castigo divino.⁹³

Pachukanis enxerga aí o nascimento de uma nova função da pena: a manutenção da disciplina como defesa da autoridade do poder clerical, que não se dissociava, nesse momento, do poder estatal. Deste modo, ao momento da reparação equivalente, objetivo e

⁸⁹ O que antecipou em muito tempo – e, por isso mesmo, serviu de fundamento – as conclusões de Pachukanis, Rusche e Kirchheimer, Foucault, Bourdieu, Loïc Wacquant etc.

⁹⁰ PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 121.

⁹¹ Seria anacrônico falar de *funções declaradas* e *funções latentes* naquela época, o que me conduz a sugerir a hipótese de que a hipocrisia é um fenômeno moderno. Paro por aqui na divagação.

⁹² PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 122.

⁹³ PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 122.

material, o clero associou o momento da expiação, ideológico e abstrato, fazendo do Direito Penal, ainda edificado sobre a vingança, um instrumento de manutenção da disciplina pública, ou seja, do domínio de classe.

Nilo Batista também aborda esta mesma questão, mediante a crítica à instituição do direito penal (em suas acepções objetiva e subjetiva) como ramo do direito público – mais especificamente, mediante a “crítica da distinção a-histórica entre direito público e direito privado” e a “crítica do estado como abstração a-histórica”.⁹⁴

Por primeiro, Nilo Batista explica que a distinção entre direito privado e direito público era completamente desconhecida das práticas penais primitivas. Segundo o autor, foi no Direito Romano que esta distinção apareceu pela primeira vez, nos termos da famosa passagem de Ulpiano, disposta no § 2º do título I do livro 1º do *Digesto*: “É direito público aquele que se refere ao estado da coisa Romana (*ad statum rei Romanae spectat*); privado aquele que se refere à utilidade de cada indivíduo (*quod ad singulorum utilitatem*); pois umas coisas são úteis pública e outras privadamente.”

Após a passagem do *jus civile romanorum*, que regulava as relações entre cidadãos romanos com base em vínculos de sangue, para o *jus gentium*, que alargou o conceito da cidadania romana de modo a incluir qualquer homem livre – o que se deve à incorporação de novos territórios e, conseqüentemente, de novos povos, resultado das políticas expansionistas romanas⁹⁵ –, é possível identificar como os interesses privados do patriciado foram se convertendo, pela mediação do Estado (cujo governo estava em suas mãos), em interesses

⁹⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, p. 53.

⁹⁵ Sobre esse tema, Tobias Barreto fez importantes considerações em sua obra *Estudos de Direito*, com o fim de criticar a concepção naturalista de Direito que ainda vigorava com força nas universidades brasileiras da época: “O velho direito romano, o orgulhoso *jus civile romanorum*, era uma espécie de muralha inacessível ao estrangeiro. Mudaram-se, porém, os tempos, as condições de existência do grande povo, e fez-se então preciso dar entrada a novos elementos de vida. A ideia do *jus gentium* foi o primeiro passo para a *desnacionalização* do direito. A exigência fundamental do *jus civile* fazia depender da *civitas romana* [da cidadania romana] a participação em suas disposições. Era uma base muito estreita, que só podia aguentar o edifício político de um povo guerreiro e conquistador. Mas essa base se alargou, e em vez da *civitas*, o senso prático de Roma lançou mão do princípio da *libertas* como fundamento da sua nova vida jurídica. Já não era preciso ser cidadão romano – bastava ser *homem livre*, para gozar das franquias e proventos do direito. (...) Na falta de outro fundamento, a *natura* [da filosofia helênica] era o último refúgio de qualquer explicação filosófica. (...). Tudo isto, porém, foi resultado do espírito particular de uma época. A *desnacionalização* do direito, começada com a ideia do *jus gentium* e concluída com a do *jus naturale*, foi apenas aparente. A *grande naturalização de Caracalla*, isto é, a concessão da *civitas* a todos os habitantes do império, fez com que os domínios deste coincidissem com os do mundo culto de então⁹⁵. (...) O direito romano era direito humano. Os princípios do *jus naturale*, como um direito, tiveram um valor prático. A grande e a unidade do império suscitaram a ideia de uma *societas humana*, a qual se aplicassem os mesmos princípios. (...) [com isso] não queremos que se nos tenha em conta de inovadores. A negação de um direito natural é coeva da tese que primeiro o afirmou. Seria um fenômeno histórico bem singular que, havendo em todos os tempos cabeças desabusadas protestado contra as aberrações da especulação filosófica, somente a oca teoria do direito natural nunca tivesse encontrado barreira. Esse fenômeno não se deu.” (BARRETO, Tobias. **Estudos de direito** – publicação póstuma dirigida por Sylvio Roméro. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editores, 1892, p. 40-42.).

públicos. Sendo assim, “nada foi mais útil para a sobrevivência do patriciado do que o surgimento histórico do estado e, neste sentido, nada nasceu mais privado do que o público”⁹⁶.

A essa crítica à pretensa neutralidade da distinção entre esses dois ramos do Direito, divisão que permanece ativa e funcional até hoje, soma-se a crítica à pretensa neutralidade do funcionamento do Estado. Neste ponto, Nilo Batista sustenta seus argumentos na lição de Engels, de que o Estado foi um produto de sociedades que, em certo grau de desenvolvimento, se enredaram em contradições nascidas de antagonismos inconciliáveis entre os grupos de pessoas que as formavam. Então, para que as classes com interesses econômicos opostos não se entredevorassem, estabeleceu-se, dentro do espaço político no qual estas contradições podiam se resolver concretamente, um poder que aparecia aparentemente acima da sociedade, o Estado.

Em outras palavras, apesar de o Estado ter sido configurado como um “ente autônomo”, atento ao “interesse geral” (ou, ao menos, alheio aos interesses particulares), numa sociedade dividida em classes isso não passa de uma ilusão, pois não há possibilidade de existir uma harmonia social fundada na “comunidade de interesses” ou em “interesses comuns” quando são pessoas concretas, provenientes de determinada classe social (histórica e concretamente, da classe social economicamente dominante), que ocupam os centros decisórios de poder dos Estados, seja desde dentro dos quadros estatais, nos jogos institucionais que tem lugar no Legislativo, Executivo e Judiciário, ou desde fora, via convênios ou parcerias entre o poder público e a iniciativa privada – em resumo, trata-se de uma ilusão justamente porque o Estado é produto da desarmonia social.⁹⁷

Não podemos compreender o verdadeiro sentido da prática penal do Estado de classe senão quando partimos da sua natureza antagônica. As teorias do Direito Penal, das quais se deduzem os princípios da política penal dos interesses da sociedade no seu conjunto, constituem deformações, conscientes ou não, da realidade. “A sociedade no seu conjunto” existe apenas na imaginação dos juristas; de fato, existem somente classes que têm interesses opostos, contraditórios. Todo determinado sistema histórico de política penal traz as marcas dos interesses da classe que o realizou. (...).

O interesse de classes imprime, assim, a cada sistema penal, a marca da concretização histórica.⁹⁸

⁹⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, p. 54.

⁹⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, p. 56.

⁹⁸ PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 124.

Portanto, com o desenvolvimento histórico, isto é, dividida a sociedade em classes mediante a constante apropriação e concentração da propriedade da terra e a consecutiva exploração dos camponeses, e mediante o desenvolvimento das cidades e do comércio e a consecutiva exploração dos trabalhadores urbanos, a jurisdição penal passou a ocupar uma posição destacada diante das demais tarefas estatais⁹⁹. A manutenção da ordem das coisas – da divisão social em classes e da manutenção dos privilégios da classe dominante pela exploração da classe dominada – tornou-se tarefa cotidiana, à qual o Direito Penal foi convocado a garantir.

Entretanto, ainda que se possa, a partir de determinado momento histórico, reconhecer um direito de punir do Estado – o *jus puniendi* de que falam os doutrinadores, correspondente à acepção subjetiva do esquema apresentado por Nilo Batista – o Direito Penal ainda não pode prescindir da figura da vítima, pessoa física, que garante seu suporte material.

O modo de funcionamento do Direito Penal moderno não encontra sua lógica no prejuízo sofrido pela vítima, mas sim na violação da norma estatal. E uma vez que a parte lesada fica em segundo plano, a ideia de equivalente torna-se opaca. Mesmo assim é somente porque existe uma vítima, mesmo que em segundo plano, que a ação penal pode reivindicar um mínimo de racionalidade – ainda que esta racionalidade seja aquela própria do contrato, fundante da sociedade capitalista.

O interesse público tornado abstrato pela representação da vítima por um agente público – o promotor da acusação; no Brasil, o Promotor de Justiça¹⁰⁰ – apoia-se na figura real da vítima para dar um significado vivo à ação penal. Não fosse assim, todo o processo penal apareceria como a dramatização da formalidade absurda do Direito Penal, transformada em procedimento legal: um diálogo entre advogado/defensor público, Promotor de Justiça e juiz, nos termos da lei e pela lei¹⁰¹ – o que é a sua essência, de fato, para além de sua aparência democrática.

Pachukanis observou que essa questão constitui uma grande dificuldade com a qual se depara o estudioso do fenômeno jurídico-penal:

⁹⁹ “O surgimento de uma hierarquia eclesiástica ao lado de uma hierarquia laica faz com que a proteção de seus privilégios e da luta contra as classes inferiores e oprimidas da população passe a ser uma tarefa prioritária.” (PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 123).

¹⁰⁰ Até mesmo sua função é dissimulada, senão por todos os jogos de cena que se dão durante a instrução criminal, antes disso com o desencontro entre o significante e o significado do nome que se atribuiu à função: Promotor de Justiça (no lugar de Promotor da Acusação, que é do que se trata de fato).

¹⁰¹ *O Processo*, de Franz Kafka, ou *O Estrangeiro*, de Albert Camus, retratam esta questão com muita perspicácia.

Este desdobramento, pelo qual o próprio poder do Estado aparece tanto no papel de parte judiciária (procurador) como no papel de juiz, mostra que o processo penal, como forma jurídica, é inseparável da figura da vítima que exige “reparação” e, por conseguinte, da forma mais geral do contrato. O procurador público reclama, como convém a uma “parte”, um preço “elevado”, ou seja, uma pena severa. O acusado solicita indulgência, um preço menor. E o tribunal se pronuncia “em toda a equidade”. E se rejeitarmos por completo esta forma de contrato, privamos o processo penal de toda a sua “alma jurídica”. Imaginemos por instantes que o tribunal ocupa-se, de fato, somente da maneira pela qual poderiam ser modificadas as condições de vida do acusado, visando corrigi-lo ou proteger a sociedade, e todo o significado do próprio termo “pena” desapareceria imediatamente. Isto não quer dizer que todo o processo penal, e o processo de execução, estejam totalmente carentes dos elementos simples e compreensíveis acima mencionados; queremos simplesmente mostrar que este processo contém particularidades que não se deixam esgotar através de considerações claras e simples sobre a finalidade social, mas que representam um momento irracional, mistificador e absurdo. Também queremos mostrar que é justamente este momento que constitui o momento especificamente jurídico.¹⁰²

Enfim, chegada essa época, a justiça penal torna-se um meio de repressão impiedosa e brutal sobre aqueles que fugissem à exploração econômica ou negassem a autoridade real, clerical ou militar, sobretudo vagabundos, mendigos e mulheres curandeiras ou prostitutas ou que, de modo geral, recusavam os dogmas da Igreja Católica. As penas tornam-se meios de extermínio dos desajustados e anormais – porque avessos à normalidade, isto é, às normas da ordem dominante. É a época da tortura, do suplício corporal, das bárbaras execuções públicas.

Sobre esse momento do poder punitivo, a obra mais famosa e de maior fôlego sobre o assunto é *Vigiar e Punir* de Michel Foucault. Nela, o autor se propôs a “estudar a metamorfose dos métodos punitivos a partir de uma tecnologia política do corpo, onde se poderia ler uma história comum das relações de poder e das relações de objeto.”. Mais especificamente, “de que maneira, pela análise da suavidade penal como técnica de poder, poderíamos compreender ao mesmo tempo como o homem, a alma, o indivíduo normal ou anormal, vieram fazer a dublagem do crime, como objetos da intervenção penal; e de que maneira um modo específico de sujeição pôde dar origem ao homem como objeto de saber para um discurso com *status* ‘científico’.”.¹⁰³

¹⁰² PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 127. Ainda, “o momento jurídico se destaca, aqui, (...) o mais claramente das práticas consuetudinárias e torna-se completamente independente. No processo judiciário, a transformação das ações de um homem concreto em atos de uma parte jurídica, isto é, de um sujeito jurídico, aparecem de forma bastante nítida. Para diferenciar as vontades e ações cotidianas das manifestações jurídicas de vontade, o direito antigo servia-se de fórmulas e cerimônias solenes particulares. O caráter dramático do processo judiciário gerou, de maneira sensível, uma singular existência jurídica, ao lado do mundo real.” (PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 118).

¹⁰³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhe. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 27-28.

Logo no início, Foucault presta o devido reconhecimento a Georg Rusche e Otto Kirchheimer¹⁰⁴ ao declarar que a sua *genealogia* da prisão deve muito à obra *Punição e Estrutura Social*, escrita por estes dois.

O modo como o poder punitivo foi submetido, nessa última obra, à análise histórica própria da Escola de Frankfurt¹⁰⁵ – em que qualquer aparência de *neutralidade* é submetida à análise crítica da correlação de forças sociais –, permitiu aos autores traçar um paralelo entre os sucessivos modelos político-econômicos que imperaram entre os séculos XV e XVIII – das monarquias absolutistas e do feudalismo à separação dos poderes em Estados republicanos e ao capitalismo – e as reformas penais promovidas neste mesmo momento histórico.

Tanto Rusche e Kirchheimer quanto Foucault relatam, a partir de suas pesquisas históricas, que, no momento imediatamente anterior ao movimento de *humanização* das penas, imperavam as violentas execuções públicas, a barbaridade dos suplícios corporais. Ao menos até a metade do século XVIII, execuções públicas como a de Robert-François Damiens, relatada na abertura de *Vigiar e Punir*¹⁰⁶, eram a regra da execução penal.

Apesar de o suplício consistir numa pena corporal que submete o condenado a níveis atrozes de dor, Foucault nos mostra que ainda assim se respeitava a *ideia de equivalente*:

O suplício é uma técnica e não deve ser equiparado aos extremos de uma raiva sem lei. Uma pena, para ser um suplício, deve obedecer a três critérios principais: em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar (...). O suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento. Mas não é só: esta produção é regulada. O suplício faz correlacionar o tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade, o

¹⁰⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, 28.

¹⁰⁵ Na nota preliminar à edição de 1939 lê-se: “Muitos penalistas liberais de hoje proclamam que o propósito da pena é a proteção da sociedade. (...) Qualquer grupo social, qualquer sociedade política organizada impõe penas sobre aqueles que violam suas leis. Estas leis têm sido desenvolvidas porque a sociedade em questão criou ou adotou valores sociais através dos quais estabelece alguns parâmetros pelos quais quer defender-se contra a agressão. Tais valores vieram a ser vistos como propriedades necessárias para a sobrevivência social ou estabilidade e qualquer ataque ou violação às regras que os guardam são encarados como uma injúria a ser prevenida através da pena, cuja execução representa não apenas o restabelecimento do dever de obediência mas constitui uma reação de defesa da parte do grupo contra os violadores. Em outras palavras, a proteção da sociedade é o objetivo de toda pena ou tratamento penal, não importa a forma como venha a ser feita. (...) Fundamentalmente, o objetivo de cada pena é a defesa daqueles valores que o grupo social dominante de um Estado vê como bons para a “sociedade”.” (KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, Coleção Pensamento Criminológico, 2004).

¹⁰⁶ “Damiens fora condenado, em 2 de março de 1757, a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris, aonde devia ser levado e acompanhado numa carroça, de camisola, carregando uma tocha acesa de cera de duas libras; em seguida, na carroça, na Praça da Greve, e sobre um patíbulo que aí seria erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente; a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 9).

tempo do sofrimento com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso, o nível social de suas vítimas. Há um código jurídico da dor: a pena, quando é supliciante, não se abate sobre o corpo ao acaso (...): ela é calculada de acordo com regras detalhadas (...). Além disso, o suplício faz parte de um ritual. É um elemento na liturgia punitiva, e que obedece a duas exigências. Em relação à vítima, ele deve ser marcante: destina, ou pela cicatriz que deixa no corpo, ou pela ostentação de que se acompanha, a tornar infame aquele que o suporta; o suplício, mesmo se tem como função “purgar” o crime, não reconcilia; traça em torno, ou melhor, sobre o próprio corpo do condenado sinais que não devem se apagar; a memória dos homens, em todo caso, guardará a lembrança da exposição, da roda, da tortura ou do sofrimento devidamente constatados. E pelo lado da justiça que o impõe, o suplício deve ser ostentoso, deve ser constatado por todos, um pouco como o seu triunfo. O próprio excesso das violências cometidas é uma das peças de sua glória: o fato de o culpado gemer ou gritar com os golpes não constitui algo de acessório e vergonhoso, mas é o próprio cerimonial da justiça que se manifesta em sua força. Por isso sem dúvida é que os suplícios se prologam ainda depois da morte: cadáveres queimados, cinzas jogadas ao vento, corpos arrastados na grade, exposto à beira das estradas. A justiça persegue o corpo além de qualquer sofrimento possível.¹⁰⁷

A delimitação desses critérios, tal como feita por Foucault, é essencial para se compreender a regulação e a regularidade dos suplícios. Nessa época, a economia do poder punitivo se manifestava controladamente nos “excessos” dos suplícios. A execução da pena – o suplício judiciário – era um ritual político, uma das cerimônias pelas quais se manifestava o poder.

Por isso Foucault também conclui, assim como Pachukanis, que, para o direito da era clássica, o delito não viola apenas a pessoa que foi sua vítima, como também não se reduz à infração de determinada regra de conduta, mas viola principalmente o Estado ou o soberano, que se confundiam – em geral, aquele que cria a lei e vela por sua vigência. “O crime, além de sua vítima imediata, ataca o soberano; ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como a vontade do soberano; ataca-o fisicamente, pois a força da lei é a força do príncipe.”¹⁰⁸

É esse o ponto-chave para a compreensão do que parece *excesso* mas é, ainda, essencialmente *equivalente*. O castigo da pena não pode ser identificado e nem medido apenas como reparação do dano causado à vítima imediata, pois que sempre há a parte que se deve à lesão do soberano, e que Foucault identifica como a parte principal à qual o suplício é imposto como resposta:

(...) ela implica, por um lado, na reparação do prejuízo que foi trazido ao reúno (a desordem instaurada, o mau exemplo dado, são prejuízos consideráveis que não têm comparação com o que é sofrido por um particular); mas implica também que o rei procure a vingança de uma afronta feita à sua pessoa.

¹⁰⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 36-37.

¹⁰⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 49. Este é um dos fundamentos da crítica à natureza *pública* da ação penal, que será apresentada no item 2.2.

O direito de punir será então como um aspecto do direito que tem o soberano de guerrear seus inimigos (...).

O castigo é também uma maneira de buscar uma vingança pessoal e pública, pois na lei a força físico-política do soberano está de certo modo presente: vemos pela própria definição da lei que ela tende não só a defender, mas também a vingar o desprezo de sua autoridade com a punição daqueles que vierem a violar suas defesas.

Na execução da pena mais regular, no respeito mais exato das formas jurídicas, reinam as forças da vindita.¹⁰⁹

Portanto, a atrocidade das penas não é algo acidental, atribuível ao sadismo dos juízes inquisidores ou dos carrascos, mas é um dos atributos que melhor designam a política econômica do poder punitivo na era pré-moderna. Foucault afirma que Rusche e Kirchheimer tinham razão em ver aí o efeito de um regime de produção em que a força de trabalho – o corpo humano – ainda não tinha o importante valor de troca e nem o grande valor de uso que terá na sociedade capitalista de tipo industrial¹¹⁰.

Não obstante, Foucault adiciona à análise dos autores de *Punição e Estrutura Social* alguns elementos conjunturais¹¹¹ que entende serem essenciais para a compreensão da questão, a que chama de *questão de fundo*, a fim de “fazer aparecer a função precisa” desse “longo período de legalidade dos suplícios”.

Para tanto, Foucault recorda que a ordenação de 1670, que regulou a justiça criminal francesa até às vésperas da Revolução, agravou em determinados pontos o rigor das antigas leis devido à recorrência cada vez maior em intervalos mais curtos de tempo de sublevações populares; à iminência de guerras civis; à vontade do rei de fazer valer seu poder em prejuízo do parlamento etc. Mas, como dissemos acima, sobre esse *fundo*, recheado de fatores

¹⁰⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 50. Mais uma vez retornamos à questão da força do Direito, tal como exposta anteriormente, na apresentação da crítica sociológica de Bourdieu. O Direito está posto de tal modo que a reação automática à sua infração reafirma sempre com mais vigor a sua força (ver item 1.2.). Não à toa, é esta justamente uma das funções tradicionalmente declaradas da pena. E sobre a pena ser necessariamente vingativa, vale a transcrição da análise promovida por Zaffaroni, sobre a crítica de Friederich Nietzsche à passagem linear do tempo: “As concepções de tempo de outras civilizações foram varridas pela ideia linear, porque o tempo da técnica é eminentemente linear. Um lampejo clarividente de Nietzsche foi perguntar a si mesmo de que devia livrar-se o ser humano, porque compreendia que se achava prisioneiro da vingança e que esta era própria do tempo linear: a vingança é contra o que *foi* e já não pode ser de outro modo e nem voltar a ser. O ser humano é cativo do tempo e de seu *foi*. A vingança é uma necessidade da concepção linear do tempo.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal** / Eugenio Raúl Zaffaroni. Tradução de Sérgio Lamarão. 1ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 253 e ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do Direito Penal. 4ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 502).

¹¹⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 56.

¹¹¹ Apesar de serem geográfica e historicamente situadas na França do início do século XVIII, tais referências conjunturais nos importam muito, visto que as raízes de nossa polícia e de nossa justiça criminal, e principalmente da ciência jurídico-penal professada no Brasil, estão nos modelos de polícia, de justiça criminal e da dogmática penal dos países da Europa continental, especialmente em Portugal, Espanha, Itália, França e Alemanha, conforme explicaremos adiante.

externos, é possível entrever a função precisa cumprida pelos suplícios, que garantia sua existência, validade e eficácia por tanto tempo.

Segundo Foucault, o suplício esteve por tanto tempo indissociavelmente relacionado à prática judicial porque era revelador da verdade e agente do poder (político e econômico – logo, também do poder punitivo). E isto se fez ver especialmente no momento limite entre a derrocada do antigo regime e o nascimento da sociedade burguesa, pela dissimetria¹¹² de poder que se fez sentir e que gerou, como reação, um movimento de comoção e de indignação popular. Ao revés, tal movimento primeiro representou um perigo político e depois, discursivamente estruturado, matéria para a crítica àquele antigo regime e suas práticas “rudimentares”:

[O suplício] faz também do corpo do condenado o local de aplicação da vindita soberana, o ponto sobre o qual se manifesta o poder, a ocasião de afirmar a dissimetria das forças. (...) O iluminismo logo há de desqualificar os suplícios reprovando-lhes a “atrocidade”, termo pelo qual os suplícios eram muitas vezes caracterizados sem intenção crítica pelos próprios juristas. (...) na medida em que a punição põe em cena, aos olhos de todos, o crime em toda a sua severidade, deve assumir essa atrocidade (...). O suplício faz parte do procedimento que estabelece a realidade do que é punido. Mas não é só: a atrocidade de um crime é também a violência do desafio lançado ao soberano: é o que vai provocar da parte dele uma réplica que tem por função ir mais longe que essa atrocidade, dominá-la, vencê-la por um excesso que a anula. A atrocidade que paira sobre o suplício desempenha portanto um duplo papel: sendo princípio da comunicação do crime com a pena, ela é por outro lado a exasperação do castigo em relação ao crime.¹¹³

Contudo, entre as diversas razões pelas quais os castigos modernos – as prisões modernas – reivindicarão para si o caráter de “humanidade”, em oposição à “atrocidade” de seus antecedentes, Foucault entende que a presença do *povo*, inerente ao suplício, é a chave para entender seu funcionamento e o princípio de sua desordem e derrocada.

Nas cerimônias do suplício, “o personagem principal é o povo”, cuja presença é condição para sua realização. Procurava-se dar o exemplo não só pela provocação de um estado de alerta, em que cada cidadão soubesse que toda e qualquer infração seria castigada, mas principalmente pela provocação de um *efeito de terror* que o espetáculo do poder punitivo exercia sobre os espectadores – o mesmo sentido que tem hoje a função de prevenção geral negativa da pena.

¹¹² Sobre a desmedida – no sentido de perda do referencial de *equivalência* – como fator de desregramento do mundo e fundamento da crítica à atual fase do capitalismo, deve-se conferir a importante obra *Desmedida do Valor: crítica da pós-grande indústria*, do economista Eleutério Prado.

¹¹³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 56-57.

Entretanto, o papel do povo tornou-se ambíguo diante dessas cenas e efeitos de terror. As pessoas não só tem que saber que a pena será executada como tem que assistir sua execução, porque é necessário, por um lado, que tenham medo, e, por outro, que testemunhem a punição. Ser testemunha do suplício é um direito que o povo detém e reivindica, pois que um suplício feito às escondidas é considerado um privilégio que suscita a desconfiança do povo sobre sua severidade.

Porém, ao final da decadência do antigo regime, essa forma de participação no suplício “já não é mais que uma tolerância que se procura limitar, por causa das barbaridades que provoca e da usurpação que faz do poder de punir”¹¹⁴. Ao chamar o povo para participar, o soberano aturava manifestações de violência popular que lhe parecessem sinais de fidelidade diante da lesão à sua autoridade, cometida por aquele cujo corpo havia se tornado algo passível de toda e qualquer agressão. Entretanto, a esta tolerância se impunha imediatamente os limites de seus próprios privilégios, pois, de acordo com Foucault, é precisamente nesse momento que o povo, depois de atraído a um espetáculo feito para aterrorizá-lo, pode se opor ao poder punitivo:

Se a multidão se comprime em torno do cadafalso, não é simplesmente para assistir o sofrimento do condenado ou excitar a raiva do carrasco, é também *para ouvir* aquele que não tem mais nada a perder ao maldizer os juízes, as leis, o poder, a religião. O suplício permite ao condenado essas saturnais [deboches] de um instante, em que nada mais é proibido nem punível.¹¹⁵

Portanto, para o povo que testemunha, mesmo diante da mais atroz vingança soberana existiria o pretexto para uma revanche, o que se torna ainda mais verdadeiro se a condenação é considerada injusta. Após relatar diversos casos em que isto se deu na segunda metade do século XVIII, Foucault explica que esses movimentos “de baixo” começaram a se propagar e a chamar a atenção “de gente mais bem-colocada”, que lhes deram outra dimensão, o que cercou a justiça criminal de uma “inquietação permanente”¹¹⁶.

Foi então que esses inconvenientes se tornaram um perigo político, especialmente quando o povo se reconhecia naqueles que sofriam os suplícios. A violência desproporcional, desmedida, passou a ameaçar não só o povo como o próprio soberano. A solidariedade de toda uma camada da população com os “pequenos delinquentes” – vagabundos, mendigos,

¹¹⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 59.

¹¹⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 61.

¹¹⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 63.

prostitutas, batedores de carteira etc. – tornou-se muito frequente. Conseqüentemente, a ruptura dessa solidariedade passou a ser mais e mais a finalidade da repressão policial e da justiça criminal.

Sobre essa situação, Rusche e Kirchheimer ainda vão um pouco além. Diante da indignação popular pelo reconhecimento da desmedida da punição e do próprio reconhecimento de classe entre o povo e aqueles que eram supliciados, aquela “gente mais bem-colocada” – grupo no qual se incluem Beccaria, Montesquieu e Voltaire, para dar alguns exemplos da magnitude alcançada pelo movimento pró reforma penal – não fez mais do que aproveitar-se do discurso que vinha “de baixo” em benefício da consolidação dos interesses da classe burguesa, especialmente da defesa da propriedade:

Este é um argumento [contra a tirana das penas e a discricionariedade de sua aplicação entre ricos e pobres] contra o uso tradicional da pena de morte, baseado num medo aberto de que ela não serviria para os propósitos de defesa das relações de propriedade, mas, ao contrário, encorajava um ataque direto às classes proprietárias. A atenuação da punição, portanto, tornou-se uma medida pragmática de defesa contra a revolução social, do mesmo modo que uma defesa contra atos individuais.¹¹⁷

Todo esse cenário culminou no levante popular que tomou a Bastilha, em 14 de julho de 1789 – a despeito do reduzido número de presos na Bastilha, seu poder simbólico como lugar de representação do ilimitado poder punitivo do soberano fez com que o evento fosse noticiado em todas as partes do mundo –, momento decisivo da revolução burguesa.

1.3.1.2. Uma nova etapa na economia da pena: do suplício à pena de prisão

Mas para compreender melhor como se deu a mudança do modo de punição, deve-se retornar um pouco no tempo.

Durante a passagem entre os momentos históricos que se convencionou chamar de Idade Média e Idade Moderna, mais especificamente durante o estabelecimento do mercantilismo e o surgimento de grandes e prósperos setores urbanos, tanto a demanda como a oferta de novos bens de consumo cresceram num ritmo exponencial, para o qual os novos setores produtivos não estavam preparados. A estabilidade da demanda e o crescimento do

¹¹⁷ KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, Coleção Pensamento Criminológico, 2004, p. 96.

sistema financeiro levaram a uma constante extensão dos mercados; em contrapartida, a possibilidade de o empresário oferecer seus produtos numa proporção adequada a essa extensão foi-se tornando desprezível.

Esse quadro se agravou com as políticas de colonização, pois “a conquista de colônias não apenas levou a uma grande importação de metais preciosos, com todas as suas consequências econômicas [tanto às metrópoles como às colônias], mas também a uma extensão dos mercados, no sentido do consumo em massa de mercadorias.”.^{118 119}

Entretanto, o crescimento demográfico das metrópoles não acompanhou a exponencial demanda de mão-de-obra que esse novo ritmo de produção requeria. Nesse período, segundo Rusche e Kirchheimer¹²⁰, o crescimento demográfico na Inglaterra e na França foi severamente abalado pelas guerras religiosas e outros distúrbios internos, permanecendo muito pequeno; e na Alemanha a situação foi ainda pior: como resultado da Guerra dos Trinta Anos, a população caiu, em meados do século XVII, a uma taxa comparável apenas à época da peste negra.

Portanto, a inconsistente oferta de mão de obra e a conseqüente baixa produtividade da produção de mercadorias significaram uma grande mudança na posição das classes proprietárias dos meios de produção. Ao mesmo tempo em que a extensão dos mercados e o crescimento da demanda por novas tecnologias exigiam mais investimento de capital, o trabalho tornava-se um bem escasso. Assim, o declínio a níveis muito baixos da reserva de mão-de-obra representou um duro golpe para os proprietários dos meios de produção, que só conseguiam obtê-la através do pagamento de altos salários e da garantia de condições de trabalho favoráveis.

Logo, segundo Rusche e Kirchheimer, “os capitalistas foram obrigados a apelar ao Estado para garantir a redução dos salários e a produtividade do capital”¹²¹, já que “o florescimento da indústria também era do interesse das forças do absolutismo”¹²².

¹¹⁸ KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, Coleção Pensamento Criminológico, 2004, p. 43 e 44.

¹¹⁹ Adam Smith também relata esse movimento econômico em sua obra mais famosa, *A riqueza das nações*. Segundo Smith, o descobrimento e a colonização da América ajudaram a fazer crescer a indústria de países como Espanha, Portugal, França e Inglaterra, que estabeleceram relações diretas de comércio com as novas terras; isto também se verificou, ainda que via transações comerciais indiretas, em países como a Áustria e partes da Alemanha (buscar a referência no original).

¹²⁰ KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, Coleção Pensamento Criminológico, 2004, p. 44.

¹²¹ KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, Coleção Pensamento Criminológico, 2004, p. 45.

¹²² “A indústria de grande escala na França, por exemplo, era quase toda exclusivamente artificial, e sobreviveu tão-somente com a ajuda e o paternalismo da Coroa. Mesmo na Inglaterra, a despeito de sua longa história de prósperas empresas capitalistas, e apesar da oposição dos puritanos aos monopólios reais e instituições

Diversas medidas foram adotadas para superar essa situação. Uma delas foi o incentivo ao crescimento das taxas de natalidade¹²³; eficaz, entretanto, apenas a longo prazo. Como solução imediata do problema, era necessário criar uma grande reserva de força de trabalho que fosse operada com custos baixos¹²⁴ e mediante uma regulamentação racional, que garantisse a constância e o alto desempenho da produtividade fabril.

Quanto à primeira medida, com o gradual crescimento do setor urbano e industrial e o consequente – e massivo – movimento migratório de trabalhadores do campo para a cidade, a mendicância tornou-se um (outro) dos grandes males sociais. A nova população de pobres urbanos foi sendo formada e robustamente encorpada por aqueles que buscavam trabalhar nas novas indústrias. Entretanto, o setor industrial ainda não havia crescido a ponto de absorver toda essa nova oferta de mão-de-obra.

Quanto à segunda medida, a regulamentação do trabalho tornou-se um problema diante da escassez da oferta de mão-de-obra qualificada. Foi então que se criaram as primeiras leis para regulamentar especificamente as atividades do trabalhador, “desde suas preces matinais às do fim do dia”¹²⁵ – aqui fica bastante evidente a influência da obra de Rusche e Kirchheimer sobre Foucault. Sobre esse ponto, vale mais uma digressão histórica.

A burguesia, diferente dos nobres medievais, tornou-se próspera através de sua indústria. Embora, no início da consolidação da hegemonia burguesa, seu trabalho não diferisse muito daquele feito pelas classes subalternas, seu mérito individual mediante uma política de poupança econômica e discriminação social passou a ser glorificado. Outra diferença em relação aos nobres medievais consistia em que fazer o bem não significava fazer caridade,

similarmente “artificiais”, encontramos um apoio governamental ativo para muitas indústrias sob o reinado dos Tudors e no começo dos Stuarts.” (KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, Coleção Pensamento Criminológico, 2004, p. 53).

¹²³ Rusche e Kirchheimer juntam uma série de documentos históricos que comprovam a adoção desta medida na Inglaterra, na França, na Alemanha e na Prússia – inclusive os interessantes decretos prussianos de 1747 e 1756 que, respectivamente, extinguiu o costume de declarar-se o ano de luto das viúvas e que proibiu considerar-se as mães solteiras como mulheres sem reputação e imorais (KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, Coleção Pensamento Criminológico, 2004, p. 50).

¹²⁴ “O Estado tabelou salários máximos para conter a alta dos preços da mão-de-obra, resultante da livre competição no mercado de trabalho. A política salarial era orientada pelo princípio de que um país não poderia tornar-se rico se não dispusesse de uma grande quantidade de habitantes empobrecidos forçados a trabalhar para sair da pobreza. Esse ponto de vista foi reforçado pela teoria econômica da época e todas as propostas de reforma eram baseadas na ideia de que a população só pode ser obrigada a trabalhar quando os salários estão baixos.” (KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, Coleção Pensamento Criminológico, 2004, p. 55).

¹²⁵ KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, Coleção Pensamento Criminológico, 2004, p. 55. E dessa forma, “a situação do mercado de trabalho produzia efeitos na educação. O ponto alto de qualquer educação era treinar as crianças para a indústria. Havia todo tipo de escolas industriais (...).” (KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, Coleção Pensamento Criminológico, 2004, p. 57).

mas ter uma boa conduta cotidiana enquanto trabalhador, de modo que o sucesso era buscado nesse mundo, na vida terrena, e não após a morte¹²⁶:

As ideias religiosas da burguesia adotaram o elã ascético na mesma proporção em que as condições econômicas forçaram-na a lidar com um estilo de vida ascético [dever-se-ia sacrificar tudo para aumentar a produção e a exportação; e a importação e o consumo deveriam ser reduzidos para trazer a maior quantidade possível de metais preciosos para o país e preservar uma balança comercial favorável à acumulação de capital]. A ética comercial tipicamente calvinista fortaleceu-se, encorajando, a um só tempo, a realização de grandes negócios e a renúncia pessoal. O ascetismo protestante atuou poderosamente contra o desfrute espontâneo da propriedade, porém, ao mesmo tempo, libertou a aquisição da propriedade das inibições da ética tradicional [católica]. Não apenas legalizou o impulso de aquisição como o atribuiu diretamente à vontade de Deus. Essa atitude religiosa ajudou a preparar o terreno para uma das condições necessárias ao surgimento do capitalismo moderno: a acumulação de capital. (...) [Isto] permitia ao empregador colocar-se no lugar de juiz moral para impor hábitos de trabalho como regra geral de conduta.¹²⁷

Dispostas as coisas desse modo, a prática católica de caridade parecia estúpida à sobriedade protestante. Foi assim que, a partir do século XVI, deu-se um novo tratamento à mendicância, que passou a ser criminalizada. Hoje podemos concluir, junto com Rusche e Kirchheimer, que o tratamento dos mendigos como criminosos é uma das indicações da impotência das autoridades em sustentar essa parte da população que até então era considerada economicamente inútil e supérflua.¹²⁸

As leis de repressão aos pobres, editadas à época, consideraram seriamente esse problema. Então, entre o final do século XVI e o início do século XVII as novas políticas penais viam no encarceramento dos pobres oportunidades econômicas para solucionar, de uma só vez, o gasto social com a mendicância e a escassez de mão-de-obra. Como resultado, foram criadas as casas de correção e trabalho (*workhouses*), lugares que retiravam pessoas indesejadas e disfuncionais de circulação ao mesmo tempo em que as preparavam para a produção fabril e industrial.

Diante desse cenário, Rusche e Kirchheimer concluem que:

a adoção, no final do século XVII, de um método mais humano de repressão à vadiagem, a instituição da casa de correção, [representava] uma nova mudança nas condições econômicas gerais. A nova legislação para a mendicância expressava uma nova política econômica. Com a ajuda da máquina legislativa e administrativa, o

¹²⁶ KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, Coleção Pensamento Criminológico, 2004, p. 61.

¹²⁷ KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, Coleção Pensamento Criminológico, 2004, p. 63.

¹²⁸ KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, Coleção Pensamento Criminológico, 2004, p. 65.

Estado usou com novos propósitos o contingente de trabalhadores que estava a seu dispor.¹²⁹

E foi nessa mesma época que ao coro popular que bradava contra as injustas condenações de membros das camadas mais baixas da população se somaram as primeiras contribuições teóricas que culminaram na reforma da lei penal e na instituição da prisão como seu local ideal. Entretanto, as motivações deste movimento foram menos éticas que materiais – consentâneas, portanto, com um período em que os valores de troca e de uso da mão-de-obra, transformada também em mercadoria, tornaram-se maiores que nos períodos anteriores.

Logo, a possibilidade de lucro foi um fator decisivo para a instituição das casas de correção. Os primeiros defensores desta iniciativa argumentavam que a pena de morte – pelo suplício, pelo cadafalso, pela guilhotina etc. – podia ser mais barata à curto prazo, mas que, à longo prazo, era improdutiva e mais cara que o encarceramento, pois que a nova forma de punição poderia e deveria ser usada para forçar os internos a trabalhar em prol do crescimento do Estado.

A partir da análise da maneira como se deu esse processo histórico, Rusche e Kirchheimer elaboraram outra conclusão: a reforma de qualquer instituição humana depende do valor atribuído ao indivíduo numa dada sociedade¹³⁰.

O movimento reformista desse período – que deu origem à Escola Clássica do Direito Penal, representada pela obra *Dos Delitos e Das Penas*, de Cesare Beccaria –, apesar de sustentar-se em autores e discursos auto-declarados *humanitários*, via no poder punitivo um instrumento para fazer frente à demanda de força de trabalho qualificada mas à baixo custo e à necessidade de fazer circular as novas mercadorias, pois o trabalhador remunerado tornou-se uma parte importante da engrenagem dessa circulação.

A prisão, portanto, marca duplamente um momento importante na história do poder punitivo: primeiro sua “humanidade”; depois, a colonização da instituição judiciária pela nova classe dominante, a burguesia. Principalmente durante a passagem do século XVIII ao XIX, uma nova legislação define o poder de punir como uma função da sociedade em geral, a ser exercida igual e fatalmente por e sobre todos aqueles que violem a lei.

Por isso Beccaria declarava que é a certeza da punição, mais do que a severidade, a melhor medida para a imposição da ordem¹³¹. Portanto, era do interesse dos reformadores dotar o funcionamento do poder punitivo de racionalidade.

¹²⁹ KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, Coleção Pensamento Criminológico, 2004, p. 67.

¹³⁰ KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, Coleção Pensamento Criminológico, 2004, p. 79.

Foi assim que, seguindo a reforma da lei substantiva, as leis processuais também foram atualizadas. Prerrogativas como julgamentos públicos, em que o respeito às regras do jogo pudesse ser fiscalizado pelo povo; a possibilidade de livre escolha de um advogado; a proteção contra prisões ilegais e desnecessárias etc. também foram instituídos em nome da “humanidade”, visando o benefício de todas as pessoas.

Porém, tal como observam Rusche e Kirchheimer,

a experiência mostrou que os efeitos dos novos procedimentos diferiram bastante entre as várias classes, a despeito de uma certa tendência para o fortalecimento de garantias gerais. (...) As classes subalternas raramente podiam desfrutar da máquina judicial complicada criada pela lei tanto para elas quanto para os ricos, por não disporem do saber ou dos recursos econômicos necessários.¹³²

Sobre essa tensão entre a forma e a matéria da justiça, Pachukanis também nos deixou uma importante contribuição:

(...) a justiça burguesa vela cuidadosamente a fim de que o contrato com o delinquente seja cumprido de acordo com todas as regras da arte, ou seja, que cada um possa se convencer e cuidar para que o pagamento seja determinado equitativamente (publicidade do processo judiciário), para que o delinquente possa negociar livremente a sua liberdade (processo sob a forma de debates) e possa também utilizar os serviços de um procurador judiciário habilitado (admissão de advogados de defesa) etc. Resumindo, as relações entre o Estado e o delinquente encontram-se inteiramente inseridas no quadro de um leal negócio comercial. É justamente nisso que consistem as garantias do processo penal.¹³³

Logo, a política institucional das casas de correção não foi o resultado de campanhas de fraternidade ou de dívidas sociais do Estado perante os pobres. Foi, materialmente, mais uma etapa do desenvolvimento do capitalismo, de acordo com Rusche e Kirchheimer.

Entretanto, nem a prisão como lugar de espera da pena de execução ou como o lugar da própria pena devem conduzir à conclusão de que a atrocidade da primeira ou o cinismo da segunda sejam resultado de uma crueldade planejada dos governantes, legisladores, juízes,

¹³¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores. Fonte digital: www.jahr.org, p. 113.

¹³² KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, Coleção Pensamento Criminológico, 2004, p. 117.

¹³³ Sobre esta tensão entre a forma e a matéria da justiça, Pachukanis também nos deixou uma importante contribuição: “(...) a justiça burguesa vela cuidadosamente a fim de que o contrato com o delinquente seja cumprido de acordo com todas as regras da arte, ou seja, que cada um possa se convencer e cuidar para que o pagamento seja determinado equitativamente (publicidade do processo judiciário), para que o delinquente possa negociar livremente a sua liberdade (processo sob a forma de debates) e possa também utilizar os serviços de um procurador judiciário habilitado (admissão de advogados de defesa) etc. Resumindo, as relações entre o Estado e o delinquente encontram-se inteiramente inseridas no quadro de um leal negócio comercial. É justamente nisso que consistem as garantias do processo penal.” (PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 132). Esse tema será abordado com mais profundidade no item 2.2.

juristas etc., senão apenas a consequência administrativa da operacionalização do poder punitivo sobre as diferentes bases econômicas de cada período histórico.¹³⁴

Portanto, o sistema carcerário moderno, enquanto local de treinamento das novas reservas de força de trabalho – no período mercantilista –, ou enquanto local de exploração e de regulação do trabalho e do exército industrial de reserva – no período capitalista –, foi materialmente a consequência necessária das casas de correção – sem considerar, aqui, suas feições racistas e fascistas, características do século XX.

1.3.2. Breve análise histórica do desenvolvimento do Direito Penal em sua acepção intelectual

Nas cerimônias de execução em que se davam os suplícios, Foucault conta que a desproporção entre a justiça armada e a cólera do povo ameaçado chocava um lado e outro. Os reformadores do século XVIII denunciaram o *excesso* gerado pelo embate: a tirania se opunha com mais violência à medida que crescia a revolta popular – e vice-versa. Elas se reclamavam reciprocamente. Duplo perigo a que filósofos e juristas foram convocados pelo próprio movimento histórico para resolver: é preciso que se faça entender que a justiça apenas pune em vez de se vingar.

¹³⁴ O capítulo IV d’*O Poder Simbólico* (intitulado “*Le mort saisit le vif – As relações entre a história reificada e a história incorporada*”), de Pierre Bourdieu, analisa a noção de “aparelho” como instituições ou entidades coletivas que se constituiriam como sujeitos históricos capazes de originar e realizar seus próprios fins (como o Estado, a Igreja, a Família, a Justiça, a Burguesia, o Proletariado etc). À propensão do estudioso em buscar – e, principalmente, em encontrar –, em sua análise histórica, boas ou más intenções que teriam motivado as escolhas políticas, econômicas etc dos atores históricos, Bourdieu responde: “(...) as tomadas de posição sobre o passado radicam frequentemente (sendo o exemplo da Revolução Francesa o mais evidente) em tomadas de posição latentes sobre o presente ou, mais exatamente, contra os adversários intelectuais do presente (segundo a lógica do “duplo resultado” que se inscreve na autonomia relativa dos espaços de produção cultural. (...) De fato, a propensão para a visão teleológico-política que permite censurar ou louvar, condenar ou reabilitar, imputando a vontades benéficas ou malignas as propriedades aprovadas ou reprovadas do passado, depende do grau em que o passado das instituições em causa é considerado como algo que está em jogo e como instrumento de luta, através dessas próprias instituições, no espaço social em que se situa o historiador, isto é, no campo das lutas sociais e no campo de produção cultural, ele próprio mais ou menos autônomo em relação a essas lutas. A tendência para pensar a pesquisa histórica na lógica do *processo*, quer dizer, como uma pesquisa das origens e das *responsabilidades*, e até mesmo dos responsáveis, está na origem da ilusão teleológica e, mais precisamente, dessa forma da ilusão retrospectiva que permite atribuir aos agentes individuais ou aos coletivos personalizados intenções e premeditações. É fácil, de fato, quando se conhece a palavra final, transformar o *fim* da história em *fim* da ação histórica, a intenção objetiva só revelada no seu termo, após a batalha, em intenção subjetiva dos agentes, em estratégia consciente e calculada, deliberadamente orientada pela procura daquilo que acabará por advir, constituindo assim o juízo da história – quer dizer, do historiador – em juízo final.” (BOURDIEU, Pierre. 1930-2002. **O poder simbólico** / Pierre Bourdieu. Tradução: Fernando Tomaz (para português de Portugal). 16ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 78 a 80).

Isso não deve desautorizar a honestidade de algumas propostas¹³⁵. Tal como Foucault reconhece, “a necessidade de um castigo sem suplício é formulada primeiro como um grito do coração ou da natureza indignada; no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua ‘humanidade’.”¹³⁶

Ao mesmo tempo, esse “homem” descoberto no criminoso se tornará precisamente o alvo da intervenção penal, o objeto de uma série de ciências e de práticas até então desconhecidas – criminológicas, psicológicas, antropológicas etc. Mas, nessa primeira etapa da revolução burguesa – e do Iluminismo, portanto –, não é ainda como objeto de um saber positivo que a humanidade é posta como objeção à barbárie dos suplícios, mas como limite de direito, como “fronteira legítima do poder de punir”.¹³⁷

Portanto, diante da funcionalidade múltipla desse novo “homem”, é preciso compreender o processo pelo qual a pretensa suavidade do novo modo de punir resultou da reforma penal burguesa, possibilitando, por um novo tipo de sujeição do indivíduo, a constituição de novos saberes.

1.3.2.1. A reforma penal como tradução teórica da nova economia política do poder punitivo e a constituição da ciência jurídico-penal

Com o desenvolvimento da produção de riquezas houve uma valorização moral e jurídica das relações de propriedade, o que demandou métodos de vigilância mais rigorosos, um policiamento mais atento da população e técnicas mais refinadas de captura de informações, de modo que, ao reverso, também é possível afirmar que o deslocamento das

¹³⁵ “No que concerne em particular aos métodos próprios da política penal é importante destacar os grandes progressos alcançados pela sociedade burguesa, desde a época de Beccaria e de Howard, quando esta adotou penas mais humanas; abolindo a tortura, as penas corporais, as penas infamantes, as bárbaras execuções capitais etc. Tudo isso representa indubitavelmente um grande progresso.” (PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 124).

¹³⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 74.

¹³⁷ “O “homem” que os reformadores puseram em destaque contra o despotismo do cadafalso é também um homem-medida: não das coisas, mas do poder.” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 74).

práticas ilegais – dos crimes de sangue para os crimes de fraude¹³⁸ – é correlato da adoção de novas práticas punitivas.¹³⁹

Mais uma vez, segundo Foucault, a crítica feita pelos reformadores não é tanto sobre a falha ou a crueldade do antigo modo de punir, mas principalmente sobre a má economia do poder:

Trata-se de uma transformação geral de atitude, uma “mudança que pertence ao campo do espírito e da subconsciência”? Talvez. Com maior certeza e mais imediatamente, porém, significa um esforço para ajustar os mecanismos de poder que enquadram a existência dos indivíduos (...); significa uma outra política a respeito dessa multiplicidade de corpos e forças que uma população representa. O que se vai definindo não é tanto um respeito novo pela humanidade dos condenados – os suplícios ainda são frequente – quanto uma tendência para uma justiça mais desembaraçada e mais inteligente para uma vigilância penal mais atenta do corpo social.¹⁴⁰

São objetivos dessa reforma: a) deslocar o objetivo da punição e mudar sua escala; b) definir novas táticas para atingir um alvo que agora é mais tênue e mais difuso no corpo social; c) encontrar novas técnicas às quais ajustar as punições e adaptar seus efeitos; d) instituir novos princípios – e princípios jurídicos – para regularizar, refinar e universalizar a arte de castigar; e) homogeneizar seu exercício; f) diminuir seu custo econômico e político e, ao mesmo tempo, aumentar sua eficácia. “Em resumo, constituir uma nova economia e uma nova tecnologia do poder de punir: tais são sem dúvida as razões de ser essenciais da reforma penal no século XVIII.”¹⁴¹

¹³⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 78.

¹³⁹ Daí outra perspicaz conclusão de Foucault: “(...) a economia das ilegalidades se reestruturou com o desenvolvimento da sociedade capitalista. A ilegalidade dos bens foi separada da ilegalidade dos direitos. Divisão que corresponde a uma oposição de classes, pois, de um lado, a ilegalidade mais acessível às classes populares será a dos bens – transferência violenta das propriedades; de outro a burguesia, então, se reservará a ilegalidade dos direitos – a possibilidade de desviar seus próprios regulamentos e suas próprias leis; de fazer funcionar todo um imenso setor da circulação econômica por um jogo que se desenrola nas margens da legislação – margens previstas por seus silêncios ou liberadas por uma tolerância de fato. E essa grande redistribuição das ilegalidades se traduzirá até por uma especialização dos circuitos judiciários. Para as ilegalidades de bens – para o roubo e o furto – os tribunais ordinários e os castigos; para as ilegalidades de direitos – fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares [mesmo que indiretamente tenham incidência econômica] – jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas etc. A burguesia se reservou o campo fecundo da ilegalidade dos direitos. E, ao mesmo tempo em que essa separação se realiza, afirma-se a necessidade de uma vigilância constante que se faça essencialmente sobre essa ilegalidade dos bens. (...) Afirma-se a necessidade de definir uma estratégia e técnicas de punição em que uma economia da continuidade e da permanência substituirá a da despesa e do excesso.” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 87).

¹⁴⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 78.

¹⁴¹ Tanto os objetivos citados quanto o trecho entre aspas está em FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 88.

Se os fundamentos do sistema carcerário encontram-se primeiro no mercantilismo e depois no capitalismo, sua elaboração e promoção foram tarefas de filósofos e juristas filiados ao movimento Iluminista, tal como foi sendo forjado neste novo ambiente político-econômico¹⁴². A estratégia de implantação do novo programa penal foi traçada a partir da teoria geral do contrato social, produto emblemático desse movimento, cuja formulação mais notável foi feita por Jean Jacques Rousseau em seu *O contrato social*¹⁴³ – e cujas ideias estruturam até hoje nossa compreensão do fenômeno jurídico, em especial do fenômeno jurídico penal. “Supõe-se que o cidadão tenha aceito de uma vez por todas, com as leis da sociedade, também aquela que poderá puni-lo. O criminoso aparece então como um ser juridicamente paradoxal. Ele rompeu o pacto, é portanto inimigo da sociedade inteira, [assim como] participa da punição que se exerce sobre ele.”¹⁴⁴

Contra a “estupidez e a crueldade” dos suplícios, a incerteza da punição e a arbitrariedade dos tribunais, os reformadores, desde Montesquieu até Marat, reclamavam a abolição dessas condições, consideradas ultrapassadas. A formulação mais famosa desta reivindicação é a obra *Dos delitos e das penas* de Cesare Beccaria.

Para entender melhor esse movimento histórico, é importante recordar que a burguesia era a classe revolucionária à época. Portanto, uma definição mais precisa dos delitos e dos procedimentos processuais penais passou a ser questão central na luta pelo poder, já que a burguesia ainda não havia ganho essa batalha e, por isso, tentava se organizar nas mais diversas frentes para obter garantias legais para a sua própria segurança.¹⁴⁵

Desse estado de coisas decorreu que, onde quer que a oposição política ao soberano condenasse a atrocidade e arbitrariedade de sua justiça penal, a proposição e o uso do encarceramento não sofreu objeções.

A partir daí se definiram duas linhas de objetivação do crime e do criminoso. De um lado o criminoso reconhecido como inimigo de todos, que tem sua cidadania desqualificada e que surge trazendo em si como que um fragmento selvagem do estado de natureza – o a-

¹⁴² KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, Coleção Pensamento Criminológico, 2004, p. 109.

¹⁴³ Fazer referência a uma versão brasileira da obra. Rousseau e sua obra são considerados exemplares do movimento iluminista, ainda que haja quem denomine sua posição iluminista como *relutante* (ver DA SILVA, Hélio Alexandre. O iluminismo relutante de Jean Jacques Rousseau. **Philosophos - Revista de Filosofia**, [S.l.], v. 19, n. 1, p. 35-62, set. 2014. ISSN 1982-2928. Disponível em: <<https://revistas.ufg.br/philosophos/article/view/28174/16984>>. Acesso em: 02 maio 2017. doi: <https://doi.org/10.5216/phi.v19i1.28174>).

¹⁴⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 88.

¹⁴⁵ KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, Coleção Pensamento Criminológico, 2004, p. 110.

normal¹⁴⁶, designação sob a qual ele será colocado, num momento posterior da história, como um objeto científico, ao qual corresponderá um “tratamento” científico. De outro, a necessidade de atestar a eficácia do poder punitivo faz prescrever táticas de intervenção sobre todos os criminosos, atuais ou eventuais, e constituir campos em que algumas verdades e certezas sobre a natureza do crime são dadas *a priori* – dá-se a constituição de uma “estética razoável da pena”¹⁴⁷.

Nos dois casos, vemos que a relação de poder que fundamenta o exercício da punição começa a ser acompanhada por uma relação de objeto na qual se encontram incluídos não só o crime como fato a estabelecer segundo normas comuns, mas o criminoso como indivíduo a conhecer segundo critérios específicos. Vemos também que essa relação de objeto não vem se sobrepor, de fora, à prática punitiva, como faria uma proibição imposta à fúria dos suplícios pelos limites da sensibilidade, ou como faria uma interrogação, racional ou “científica”, sobre o que é o homem que se pune. Os processos de objetivação nascem nas próprias táticas de poder e na distribuição de seu exercício.¹⁴⁸

Diante de todo esse cenário, Foucault reconhece aí um efeito de *obviedade* da prisão. Ele diz que a aparelhagem criada para tornar os indivíduos úteis e dóceis ao modo de produção capitalista que estava se estabelecendo deu causa à prisão antes mesmo que a lei a definisse como a pena por excelência:

Pode-se compreender o caráter de obviedade que a prisão-castigo muito cedo assumiu. Desde os primeiros anos do século XIX, ter-se-á ainda consciência de sua novidade; e entretanto ela surgiu tão ligada, e em profundidade, com o próprio funcionamento da sociedade, que relegou ao esquecimento todas as outras punições que os reformadores do século XVIII haviam imaginado. Pareceu sem alternativa, [porque] levada pelo próprio movimento da história: “não foi o acaso, não foi o capricho do legislador que fizeram do encarceramento a base e o edifício quase inteiro de nosso escala penal atual: foi o progresso das ideias e a educação dos costumes”.¹⁴⁹

E então conclui (na sequência do trecho transcrito): “se, em pouco mais de um século, o clima de obviedade se transformou, ele não desapareceu. Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E entretanto não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.”.

¹⁴⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 100.

¹⁴⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 104.

¹⁴⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 100.

¹⁴⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 224.

Ainda de acordo com Foucault, essa *obviedade* da prisão se fundamenta em primeiro lugar na “forma simples de privação da liberdade”¹⁵⁰. Numa sociedade que tem por direito *natural e universal* a liberdade, um bem que pertence a todos da mesma maneira, sua imposição legal ou judicial parece ser, *obviamente*, justa, porque igualitária.

Apesar de não marcar a questão de classe, Foucault também analisa a obviedade da prisão por um viés funcionalista e estruturalista ao lançar a pergunta: “Como não seria a prisão imediatamente aceita pois se só o que ela faz, ao encarcerar, ao retrainar, ao tornar dócil, é reproduzir, podendo sempre acentuá-los um pouco, todos os mecanismos que encontramos no corpo social?”. E continua: “A prisão: um quartel um pouco estrito, uma escola sem indulgência, uma oficina sombria, mas, levada à funda, nada de qualitativamente diferente.”¹⁵¹

Esse fundamento duplo – econômico-jurídico e técnico-disciplinar – fez a prisão aparecer como a forma ideal das penas. Este novo modo de punir foi desde o início colocado como um local de modificação dos indivíduos que o Estado permite e promove mediante sua previsão na legislação penal.¹⁵²

No entanto, se a diferença não é tanto de ordem qualitativa, a diferença quantitativa é bastante expressiva. A prisão que se consolidou com a reforma penal é um aparelho disciplinar “exaustivo”. Chama para si o encargo de supervisionar todos os aspectos do indivíduo: seu corpo físico, e, assim, sua aptidão para o trabalho; bem como seus pensamentos e, assim, sua atitude moral. Portanto, a prisão, muito mais que o exército, a escola ou a oficina, é “onidisciplinar”¹⁵³.

Além disso, de acordo com sua proposta original, a prisão não deixa espaço a ser preenchido, justamente porque ocupa todo o tempo, o tempo todo, e de acordo com mecanismos que asseguram a relação de dominação: “não se interrompe, a não ser depois de terminada sua tarefa; sua ação sobre o indivíduo deve ser ininterrupta: disciplina incessante. Enfim, ela dá um poder quase total sobre os detentos [com] seus mecanismos internos de repressão e castigo: disciplina despótica.”¹⁵⁴

¹⁵⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 224.

¹⁵¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 225.

¹⁵² A partir dessa constatação, podemos nos perguntar, para já ir dando o tom dos próximos capítulos: se a prisão é reprodução dos mecanismos de controle do/no corpo social, o que a prisão brasileira nos revela?

¹⁵³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 228.

¹⁵⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 228.

Por isso, Foucault reconhece como produto final¹⁵⁵ da reforma penal uma recodificação da existência. Recodificação qualitativa: nasce o delinquente.

Assim, para a duração do castigo, ela [a prisão] permite quantificar exatamente as penas, graduá-las segundo as circunstâncias, e dar ao castigo legal a forma mais ou menos explícita de um salário; mas corre o risco de não ter valor corretivo, se for fixada em caráter definitivo, no nível do julgamento. A extensão da pena não deve medir o “valor de troca” da infração; ela deve se ajustar à transformação “útil” do detento no decorrer de sua condenação. Não um tempo-medida mas um tempo para uma meta prefixada [para além da] forma do salário (...).¹⁵⁶

Com isso, o Estado quer e a sociedade – ambiente de origem e destino do pacto – exige que a prisão seja útil. Desde o início, a privação de liberdade teve que exercer essa técnica positiva, transformadora do indivíduo. Daí a conclusão de Foucault: esse suplemento disciplinar que passa a adjetivar a prisão após o movimento reformista é o que recebe a denominação “penitenciário”¹⁵⁷.

Portanto, a prisão não se limita a reconhecer e executar a decisão judicial com base nas regras da lei penal, mas ela mesma exerce um tipo de dominação que fará da pena uma operação de modificação do detento, a fim de converter sua existência disfuncional – diante do modo de produção capitalista, enquanto mão de obra excedente, com vista à formação de um exército industrial de reserva para regular o preço da mão-de-obra, ou enquanto consumidor falho¹⁵⁸ – em existência útil para a sociedade.

E essa conversão se dá pela conjugação – numa relação de influência mútua – entre saber e poder. É a partir do sobre-poder carcerário que vai se consolidando um saber que permite e incentiva a utilidade – sobretudo econômica – da pena e, logo, do indivíduo-delinquente. “A prática penal, tecnologia sábia, rentabiliza o capital investido no sistema penal e na construção das pesadas prisões.”¹⁵⁹

¹⁵⁵ O próprio Foucault, depois de apresentar a crítica à “grande força da inércia” da prisão – o “isomorfismo reformista” diante do atestado congênito de seu fracasso –, considera a delinquência não só como produto mas como condição da prisão. Isto será explorado com mais profundidade no item 3.1.

¹⁵⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 237. E aqui lança-se uma outra pergunta para fazer gancho com o próximo capítulo: e nas prisões brasileiras? Qual o tempo ótimo para marcar a exclusão social (antes limitada geograficamente e institucionalmente) para sempre? Para inscrever no corpo e na alma do indivíduo, agora delinquente, seu pertencimento periférico definitivo?

¹⁵⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 241.

¹⁵⁸ Referimo-nos a estas duas circunstâncias, em especial, considerando o perfil da população carcerária brasileira, que será analisado no item 2.3.1. – o que, ademais, é uma característica do fenômeno penitenciário em qualquer sociedade capitalista.

¹⁵⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 245.

isso implica que o aparelho penitenciário, com todo o programa tecnológico de que é acompanhado, efetue uma curiosa substituição: das mãos da justiça ele recebe um condenado. (...) esse outro personagem que o aparelho penitenciário coloca no lugar do infrator condenado é o delinquente.

O delinquente se distingue do infrator pelo fato de não ser tanto o seu ato, quanto a sua vida, o que mais o caracteriza. A operação penitenciária, para ser uma verdadeira reeducação, deve totalizar a existência do delinquente, tornar a prisão uma espécie de teatro artificial [qual a medida desta artificialidade?] e coercitivo onde é preciso refazê-la totalmente. O castigo legal se refere a um ato; a técnica punitiva a uma vida. Cabe-lhe, por conseguinte, reconstituir (...) na forma do saber; cabe-lhe modificar seus efeitos ou preencher suas lacunas, através de uma prática coercitiva.

(...)

Onde desapareceu o corpo marcado, recortado, queimado, aniquilado so supliciado, apareceu o corpo do prisioneiro, acompanhado pela individualidade do “delinquente”, pela (...) alma do criminoso, que o próprio aparelho do castigo fabricou como ponto de aplicação do poder de punir e como objeto do que ainda hoje se chama a ciência penitenciária.¹⁶⁰

Assim, diante da *obviedade* da prisão, se estabelece progressivamente um conhecimento científico do ato como delito e, principalmente, do indivíduo como delinquente, o que possibilita o nascimento da ciência jurídico penal – como dogmática e como criminologia. A técnica penitenciária e o homem delinquente são “irmãos gêmeos”.

Entretanto, Foucault reconhece aí a possibilidade de revanche, tal como ocorreu com o par suplício real-indignação popular no Antigo Regime: essa identidade delinquente, que se forma no subterrâneo do sistema penal, causa ao mesmo tempo vergonha e medo. Agora, essa anomalia marcada nos corpos encarcerados, transformada definitivamente em desvio e inadequação, faz da delinquência a vingança contra a justiça penal. “Revanche tão temível que pode fazer calar o juiz. É então que os criminologistas [doutrinadores penais e criminólogos] se impõem.”¹⁶¹

Desse modo, a justiça penal definida no século XVIII pelos reformadores permitiu, a partir da constituição do delinquente como produto final deste novo modo de punir, a constituição reflexa de campos de estudos científicos que puderam, por isso, definir algumas “verdades” sobre o crime e o criminoso.

Como dito acima, as bases jurídicas da nova sociedade burguesa, reflexo da filosofia iluminista que tinha a lógica formal por força-motriz – traduzida, no campo jurídico, pela

¹⁶⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 245-248.

¹⁶¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 249.

lógica silogista¹⁶² –, foram dadas na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 26 de agosto de 1789.

Em seus artigos 7º, 8º e 9º já se podem constatar a *racionalidade* e a *humanidade* que darão o tom da nova justiça criminal. Foram previstos, respectivamente, os princípios da legalidade ou *anterioridade legal* – a lei penal deve ser anterior ao crime cometido; do *devido processo legal* – a condenação deve respeitar o procedimento legal; da *proporcionalidade* – as penas devem ser estrita e evidentemente necessárias; e da *presunção de inocência* – todo acusado deverá ser considerado inocente até que se prove o contrário e somente será preso antes da sentença condenatória caso isto seja indispensável e, mesmo assim, todo o rigor desnecessário à sua guarda será severamente punido. Todos eles constituem a base, até hoje, da ciência jurídico-penal, da mais positivista à mais pós-moderna.

Todos esses princípios receberam a atenção de autores que consideramos, hoje, os pais da moderna filosofia jurídica: Thomas Hobbes em seu *Leviatã*; Jean Jacque Rosseau em seu *O contrato social*; Charles-Louis de Secondat, o barão de Montesquieu, em seu *O espírito das leis*; e, especificamente na área penal, Cesare Beccaria e seu *Os delitos e as penas*.

Contudo, apesar da racionalidade desse argumento – ou precisamente devido a sua racionalidade –, a igualdade que se declarou como fundamento da nova ordem punitiva e que lhe servia de guia mostrou-se uma “falácia parcial”¹⁶³, pois a pena de prisão era ainda apenas uma espécie de pena, dentre tantas outras, a que o juiz escolhia recorrer diante do caso concreto; e, além disso, sua aplicação não se dava mecanicamente, mas sim de acordo com uma dupla influência: as posições sociais ocupadas pela vítima e pelo acusado e a posição social ocupada pelo próprio julgador.

Portanto, não obstante sua relevância teórica para a filosofia jurídica burguesa, a igualdade formal (igualdade perante a lei), ou, melhor, o efeito de dissimulação da igualdade formal, desde cedo falhou em seu objetivo, pois a realidade dos efeitos do funcionamento do

¹⁶² “O silogismo é o processo lógico de aplicação da lei penal, constituído de duas premissas (uma maior e outra menor) e de uma *conclusão*, assim relacionadas: se as *premissas* são verdadeiras, e se a *conclusão* está implícita nas premissas, então a *conclusão* é verdadeira. Segundo KELSEN (*Allgemeine Theorie der Normen*, 1900, p. 181-182), o silogismo é uma sequência de declarações pela qual a verdade do conteúdo da conclusão é extraída da verdade do conteúdo das premissas. O silogismo clássico é assim formulado: a) *todos os homens são mortais* (premissa maior); b) *Sócrates é um homem* (premissa menor); c) *Sócrates é mortal* (conclusão). O silogismo jurídico tem a mesma estrutura: a) *homicídios são punidos com pena de reclusão de 6 a 20 anos* (premissa maior); b) *Y praticou homicídio contra X* (premissa menor); c) *a pena de reclusão de 6 a 20 anos é aplicável contra Y* (conclusão).” (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 65).

¹⁶³ KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, Coleção Pensamento Criminológico, 2004, p. 112.

poder punitivo de uma sociedade dividida em classes – isto é, a realidade da seletividade de seu funcionamento – como é a sociedade capitalista, nunca pôde ser totalmente ofuscada.

A professora Vera Regina Pereira de Andrade identifica o iluminismo liberal e o tecnicismo jurídico como matrizes da dogmática penal¹⁶⁴. Segundo ela, o iluminismo liberal demarcou o projeto penal moderno como uma promessa de racionalização do poder punitivo do Estado diante da garantia dos direitos individuais do acusado. Isto é, como uma promessa de segurança jurídica que teve por base a dicotomia poder *versus* indivíduo.

Sendo assim, “a produção de uma ideologia legitimadora do poder punitivo, baseada no garantismo, acompanha desde o começo a história do Direito penal moderno”, e a dogmática é seu contra-ponto científico, “o paradigma que emerge na modernidade, centralizando esta promessa garantidora da qual é a última e pretensamente científica versão”¹⁶⁵.

Já o tecnicismo jurídico opera numa “quase obsessão” de construção da ciência penal como ciência jurídica autônoma, “na esteira do paradigma dogmático já consolidado no campo do Direito Privado”¹⁶⁶.

1.3.2.2. A consolidação da dogmática jurídico-penal como esquema de defesa da ordem liberal

Desde uma interseção entre a psicanálise e a filosofia da linguagem¹⁶⁷ até a interseção entre sociologia e direito, o hermetismo que caracteriza a dogmática jurídica é duramente criticado por estudiosos que tem na *questão criminal* seu principal objeto de estudo.

¹⁶⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão / Vera Pereira Regina de Andrade. Rio de Janeiro: Revan, Coleção Pensamento Criminológico, nº 19, 2012, p. 186.

¹⁶⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão / Vera Pereira Regina de Andrade. Rio de Janeiro: Revan, Coleção Pensamento Criminológico, nº 19, 2012, p. 187.

¹⁶⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão / Vera Pereira Regina de Andrade. Rio de Janeiro: Revan, Coleção Pensamento Criminológico, nº 19, 2012, p. 187.

¹⁶⁷ Sobre a crítica à dogmática tradicional desde uma análise conjunta da psicanálise e da filosofia da linguagem, deve-se conferir o artigo *A dogmática jurídica a partir de uma nova visão da filosofia do direito* do Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A dogmática jurídica a partir de uma nova visão da filosofia do direito*. **Empório do Direito**. Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/a-dogmatica-juridica-a-partir-de-uma-nova-visao-da-filosofia-do-direito-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>. Acesso em 9 mar. 2017.

Esse termo, aliás, não é nosso. É tanto o título quanto o tema de uma das obras mais atuais do penalista e criminólogo argentino Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁶⁸ que, ao iniciá-la, dá logo o tom da crítica à suposta pureza científica buscada pelo Direito Penal como ato intelectual:

Em qualquer lugar da superfície deste planeta fala-se da questão criminal. (...) Fala-se, diz-se, com esse “se” impessoal do palavrório. E o mais curioso é que quase todos acreditam ter a solução ou, pelo menos, opiniões. (...) É indispensável escutar o que se fala para não se ficar falando sozinho, como costuma acontecer no mundo acadêmico.

(...) se tudo fica no mundo acadêmico, parece que não temos capacidade de comunicá-lo ou, melhor dizendo, parece que a comunicação é contaminante, que a pureza científica deve ser mantida à margem da comunicação, que perdemos nível acadêmico quando pretendemos explicar algo a isso que hoje chamam o público, sem que nos apercebamos de que o público somos nós quando nos dói o fígado ou quando saímos para comprar pães.

É claro que o pensamento acadêmico, universitário, é importante, mas creio que chegou a hora de comunicá-lo. (...) Não estamos diante de fenômenos apenas locais, nacionais, estaduais nem municipais, mas sim diante de problemas que podemos resolver apenas em parte nesses níveis, e que integram uma trama mundial. Insisto. Se não compreendemos essa trama, moveremos sempre mal as peças, perderemos partida após partida. Devemos fazer o maior esforço para impedir que isso aconteça, porque, no fundo, estamos diante de uma encruzilhada civilizatória, uma opção de sobrevivência, de tolerância, de coexistência humana.¹⁶⁹

Feita essa digressão, Zaffaroni conclui que, ultrapassadas as revoluções mercantil do século XIV e industrial do século XVIII, vivemos agora a revolução tecnológica, que é fundamentalmente comunicacional. Com isso, entendemos que Zaffaroni quis dizer: uma vez que a tecnologia – isto é, o conjunto abalizado de conhecimentos e procedimentos de uma arte ou ciência – está atrelada à noção de utilidade, a tecnologia que não se conhece e, logo, não se usa, é tecnologia inútil. Por isso, os especialistas deveriam ceder espaço ao público e fazer uma autocrítica desse olhar desde cima sobre a questão criminal, que resulta numa discussão centrada na academia e feita num dialeto próprio, incompreensível para os leigos – aqueles mesmos *profanos* de que falava Bourdieu.

Entretanto, Bourdieu mesmo já explicou que é exatamente esse aprimoramento da técnica e pela técnica o que concede ao Direito seu *status* próprio e seu caráter de distinção. É a forma do Direito – entendida como corpo de normas ao mesmo tempo alheias e imunes aos conflitos sociais, o que lhe garante uma aparência de neutralidade e universalidade; e como

¹⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal** / Eugenio Raúl Zaffaroni. Tradução de Sérgio Lamarão. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. Este livro é o resultado da tradução de uma série de artigos publicados pelo autor, semanalmente, no diário argentino *Página 12*, a partir de 23 de agosto de 2011. Acompanham-no as ilustrações de Miguel Repiso, que se assina Rep, cartunista argentino.

¹⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal** / Eugenio Raúl Zaffaroni. Tradução de Sérgio Lamarão. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 5-7.

espaço de distinção entre juristas e leigos, o que lhe garante uma aparência de autoridade e legitimidade – a fonte de sua força, isto é, de seu êxito na manutenção de relações de poder.

Há, portanto, dentro do campo jurídico, um embate entre aqueles que, representando classes ou frações de classe dominantes, reforçam a forma do Direito e, logo, a própria dominação, mediante um constante refinamento da técnica legislativa, jurisprudencial e dogmática; e aqueles que, em reação ao movimento dos primeiros, enxergam na forma do Direito esta forma da dominação e, portanto, defendem que o Direito não seja identificado só com o que está posto de antemão, em forma de regras normativas ou de princípios – e, em âmbito legislativo e judicial, posto exclusivamente pelo Estado –, mas também com decisões resultantes de processos de consenso entre as partes diretamente envolvidas no conflito (se individual), entre grupos e comunidades (se regional), e inclusive entre sujeito e/ou comunidade e o Estado. Esse embate, aliás, está como pano de fundo da controvérsia *monismo jurídico versus pluralismo jurídico*.

Enfim, a dogmática jurídica é filha de seu tempo. Foi do princípio da racionalidade e da lógica formal, marcas do movimento iluminista – e, por isso, da revolução burguesa e da reforma penal que resultou daí –, que foi se consolidando esse método de criação, interpretação e aplicação do Direito.

Não é nosso objetivo dissecar minuciosamente a história, a estrutura e o modo de funcionamento do método dogmático, o que seria tema mais que suficiente para outro trabalho de dissertação. Iremos nos limitar, portanto, a mencionar sua origem histórica e a estrutura e o modo de funcionamento próprios da dogmática jurídico-penal, que é apenas um recorte do método dogmático.

No campo de estudo da ciência jurídico penal, o termo “dogmática” pode até ser confundido com a acepção intelectual de Direito Penal, tamanha é a sua importância na construção desta disciplina jurídica. Entretanto, sobre esta sobreposição terminológica, Nilo Batista faz o seguinte alerta: a dogmática é o mais prestigiado e eficaz método à disposição da ciência do direito; porém, não é, sozinha, “a guardiã das chaves epistemológicas do reino”¹⁷⁰.

De acordo com Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, todo método jurídico – ao menos nos países que seguem o sistema da *civil law*¹⁷¹ –,

¹⁷⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro** / Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, p. 117.

¹⁷¹ Numa explicação muito rápida, podemos dizer que *civil law* é o sistema em que o Direito é compreendido através da lei, ou seja, é Direito aquilo que esteja legislado, codificado, de acordo com o paradigma estabelecido na Europa continental, a partir da Idade Moderna. E existe também o sistema *common law* que se apoia nos usos sociais que se praticam tradicionalmente e que são tornados prescritivos na forma de precedentes judiciais. Esta breve explicação é encontrada em ESCRIVÃO FILHO, Antonio; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Para um**

para ser considerado jurídico, deve ter como ponto de partida a interpretação da lei¹⁷². Sendo o método um caminho, é, portanto, um caminho para algum lugar.

Esse destino, compreendido o método jurídico como método de interpretação da lei, seria eminentemente prático: orientar as decisões judiciais¹⁷³. Deriva daí que o método sempre esteja condicionado pelo modelo de estado e, de maneira ainda mais elementar, pelo modo de produção econômico, ao qual o saber jurídico serve, ou seja, sua escolha é precedida por uma decisão política fundamental¹⁷⁴.

Dessa forma, o método que pretenda dar conta do fenômeno jurídico deve propor, em primeiro lugar, uma análise sobretudo exegética da lei – ou seja, uma análise gramatical que considere a *intenção* do legislador mediante uma análise histórica do contexto em que foi publicada – e, depois, uma construção explicativa em forma de sistema – ou seja, de um conjunto organizado dos elementos legais. Ao menos desde o século XIX a *metalinguagem*¹⁷⁵ criada para dar conta da interpretação da lei em forma de sistema foi a *dogmática jurídica*, batizada assim por Rudolf von Jhering em sua obra *O espírito do direito romano: nas diversas fases de seu desenvolvimento*.

A dogmática tem por objetivo oficialmente declarado dotar a aplicação da lei penal de segurança jurídica, de modo que casos semelhantes encontrem soluções semelhantes, em busca de uma atuação judicial que se possa afirmar justa e equitativa. Para tanto, o jurista não é livre para interpelar a norma como bem entender e, no extremo, negá-la. Ao jurista cabe apenas acatá-la como objeto de interpretação e conhecimento, tal qual um *dogma*¹⁷⁶.

Pois bem. A compreensão da noção de sistema, referida logo acima, é fundamental para o correto entendimento da dogmática, conforme explica Nilo Batista:

Essa é uma palavra chave no surgimento histórico da dogmática, bem como na angústia de seu futuro. A ideia de sistema, como assinala Luhmann, chegou à

debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 16.

¹⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro:** primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. 2ª reimpressão, abril de 2015.

¹⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro:** primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. 2ª reimpressão, abril de 2015, p. 151.

¹⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro:** primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. 2ª reimpressão, abril de 2015, p. 151.

¹⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro:** primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. 2ª reimpressão, abril de 2015, p. 152.

¹⁷⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro** / Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, p. 118.

ciência do direito no início do século XVII, vinda da astronomia e da teoria musical. (...) De modo análogo, “até meados do século XVII” – como lembra Foucault – “o historiador tinha por tarefa estabelecer a grande compilação dos documentos e dos signos”; a partir de então, sob a regência da “classificação” como instrumento metodológico central, estavam franqueadas as rotas gnosiológicas que conduziriam à “história natural” e sua aparente aptidão para apreender num só “quadro” as mais distintas e contraditórias “classes”. Não por acaso, Ihering, reputado fundador do método dogmático, caracterizava a construção jurídica como “a aplicação do método da história natural à matéria jurídica”. Para Ihering, a sistematização configura o nível superior da jurisprudência, enquanto a história e a interpretação configuram seu nível inferior.¹⁷⁷

E para construir esse sistema em que os elementos da lei fiquem dispostos de forma a racionalizar sua aplicação, devem ser respeitadas as seguintes etapas: a) demarcação do espaço jurídico mediante a catalogação das leis vigentes; b) análise e ordenação: primeiro as leis vigentes são apreciadas individualmente e, depois, a partir de semelhanças e disparidades, submetidas a exercícios de agrupamento que permitirão estabelecer uma provisória ordem lógica; c) simplificação e categorização: o material resultante das etapas anteriores é simplificado, quantitativa e qualitativamente, originando princípios classificatórios que funcionarão para determinar categorias que sirvam como eixos de interpretação da lei; d) reconstrução dogmática: pela classificação e reorganização da matéria legal, a dogmática produz ao final um sistema que revelará e demarcará o conteúdo e a inter-relação lógica das leis analisadas, devolvidas sob a condição de serem conhecidas através da mediação desse sistema¹⁷⁸.

Ainda, para trilhar estas etapas, o jurista deve obedecer às seguintes leis ou princípios regentes do método dogmático: a) *lei de proibição da negação*: como dissemos acima, o texto legal deve ser recebido e aceito como um *dogma*, a fim de que a teoria resultante da análise dogmática não induza a erros sobre o conteúdo do direito e, em caso de dúvida interpretativa, permita sempre o retorno à letra da lei; b) *lei de proibição da contradição* (chamada por Ihering de “unidade sistemática”): não é possível que uma mesma análise dogmática do texto legal dê origem a proposições contraditórias entre si ou perante o próprio texto legal¹⁷⁹.

Respeitadas essas etapas e postulados procedimentais, diz-se da dogmática jurídica o melhor meio para aplicar o Direito de modo seguro e previsível, evitando a irracionalidade, a arbitrariedade e a improvisação que pairam como uma ameaça sobre a atuação judicial.

¹⁷⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro** / Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, p. 118-119.

¹⁷⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro** / Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, p. 119.

¹⁷⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro** / Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, p. 119-120.

Especificamente no âmbito do Direito Penal, diz-se que a dogmática programa o exercício do poder punitivo como se fosse um “dique de contenção”¹⁸⁰ da violência estatal.

Sendo um instrumento essencialmente prático, que deve buscar ser útil à aplicação da lei,

Podemos, então, identificar no discurso dogmático uma função declarada e oficialmente perseguida pelo paradigma que denomino de “função instrumental racionalizadora/garantidora (...). E o sistema a que o discurso dogmático se refere e no qual enraíza a promessa de segurança é precisamente o sistema da teoria do crime, cuja construção centraliza sua atividade metódica a ponto de se poder afirmar que o paradigma dogmático transplantado para o Direito Penal serviu sobretudo para construí-lo.”¹⁸¹

Sendo assim, a professora Vera Regina Pereira de Andrade identifica a dogmática penal como uma *instância comunicacional* entre as leis penais (provenientes do exercício de criminalização primária) e as decisões judiciais que as aplicam (resultantes do exercício de criminalização secundária), cientificamente respaldada pela noção de sistema¹⁸². Logo, a teoria penal resultante da dogmática penal deve oferecer conceitos instrumentalizados para converter as decisões programáticas do legislador em decisões programadas do juiz¹⁸³.

Diante do cenário histórico, animado pela revolução burguesa e sua racionalidade iluminista, foi se consolidando a proposta de que a lei penal – a acepção objetiva do Direito Penal – depende da ciência jurídico penal – a acepção intelectual do Direito Penal – para que seu conteúdo, o alcance deste conteúdo e sua finalidade sejam decodificados, o que deve ser feito mediante o método dogmático. Por isso, Vera Regina Pereira de Andrade também reconhece na dogmática penal o estatuto de uma *metalinguagem*, no sentido de uma *metaprogramação* para uma prática punitiva racional e segura¹⁸⁴.

¹⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. 2ª reimpressão, abril de 2015, p. 156.

¹⁸¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, Coleção Pensamento Criminológico, nº 19, 2012, p. 202.

¹⁸² O significado e a distinção entre criminalização primária e criminalização secundária serão apresentados no capítulo seguinte, nos itens 2.1. e 2.2.

¹⁸³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, Coleção Pensamento Criminológico, nº 19, 2012, p. 202.

¹⁸⁴ “Por “metalinguagem” designa-se a linguagem (L2) em que se fala de outra, que configura seu objeto linguístico, a “linguagem-objeto” (L1). (...) Considerando que o Direito positivo, objeto da dogmática jurídica, exterioriza-se mediante uma linguagem (objeto), ela assume, em relação a ele, a condição de metalinguagem, estando num nível linguístico de segundo grau. E, considerando que o Direito positivo “prescreve” uma programação legal a cumprir, a dogmática jurídica assume, em relação a ele, nos termos aqui indicados, a condição de metaprogramação ou programação de segundo grau, situando-se num plano [ainda] mais alto de abstração. A respeito, ver WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo; CITTADINO, Gisele. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1984, p. 48.” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas**

Sendo assim, devemos recobrar, nesse ponto, o alerta feito acima: sendo o método um caminho, é um caminho para chegar a algum lugar. A noção de sentido do método dogmático, sendo ele filho de seu tempo, é dada, portanto, pela ideologia burguesa liberal e iluminista. O produto acabado da dogmática jurídico penal, a teoria do delito, é uma demonstração de como se materializou a conexão entre a ciência jurídica e esta ideologia burguesa, isto é, de como se conectaram o discurso científico e o discurso liberal, num sistema muito refinado e abstrato de normas. Por isso, Vera Pereira Regina de Andrade afirma que: “embora inadmitindo e neutralizando sua relação com o político, o fio cientificista com o qual a dogmática tece a construção sistemática é o mesmo fio liberal com o qual promete enquadrar juridicamente o exercício do poder punitivo estatal.”¹⁸⁵

Dessa forma, na sua tarefa de elaboração técnico-jurídica da lei penal vigente, partindo da interpretação das normas e dos tipos penais, a dogmática desenvolve uma tecnologia que tem por referência o conceito analítico de crime – ou seja, as instâncias da conduta, da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade – e que prevê uma série de requisitos objetivos e subjetivos que devem estar presentes para que o juiz possa imputar uma pena a alguém, como resultado de um processo penal de caráter público e contraditório. Tudo isso tem como intenção “exorcizar a submissão do imputado à arbitrariedade judicial”¹⁸⁶ própria do antigo regime, de modo a qualificar a reforma penal como um avanço próprio da racionalidade burguesa.

A esse novo sistema, deu-se o nome de doutrina, que Vera Pereira Regina de Andrade denomina como “código tecnológico”, resultado daquela metaprogramação do Código Penal para pautar as decisões judiciais.

Entretanto, aceitando a lei penal como *dogma*, a ciência jurídico penal naturaliza o poder punitivo estatal. E esta naturalidade se dá a partir de uma dupla intenção de neutralidade: a primeira contida no princípio de igualdade de todas as pessoas perante a lei, e em especial a lei penal, o qual só pode encontrar algum sentido no âmbito da lógica formal – uma vez que, materialmente, a seletividade é constitutiva do poder punitivo de uma sociedade dividida em classes; a segunda contida na própria estrutura do método dogmático, que deve ser subserviente a esta lei formal e acatá-la em sua integralidade, de modo que não pode ser outra coisa que não um discurso de racionalização e legitimação da lei.

mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, Coleção Pensamento Criminológico, nº 19, 2012, p. 203, nota de rodapé nº 260).

¹⁸⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia:** o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, Coleção Pensamento Criminológico, nº 19, 2012, p. 203.

¹⁸⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia:** o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, Coleção Pensamento Criminológico, nº 19, 2012, p. 205.

Logo, a crescente e propositada abstração do Direito Penal, principalmente da ciência jurídico-penal, desconectada de todo dado concreto e material, fez dele, a despeito de sua declarada função de contenção da violência desmedida do poder punitivo, o principal instrumento de manutenção do controle social de uma classe ou de frações de classe sobre outras classes e frações de classe, pois que se logrou, pela racionalização, travestir a violência arbitrária em violência legítima. Conforme Nilo Batista:

A dogmática “fechada” foi duramente questionada, quer da perspectiva metodológica, quer da perspectiva política. Metodologicamente, sua dependência [da dogmática] da lógica formal e a entronização do sistema foram duramente fustigadas. (...) “a verdade, em lógica formal, se adquire ao preço de renunciar ao conhecimento do mundo” – disparam Warat e Russo; a proposta da dogmática de produzir, através do estudo da legislação vigente, um saber que realize funções jurídicas distintas das realizadas pela própria legislação seria “uma ilusão infecunda e obscurantista”. Efetivamente, o sistema é um instrumento do saber discriminatório e seletivo: as diferenças e peculiaridades que não [tenham lugar diante] dos princípios classificatórios são reputadas indiferentes (neste sentido, Foucault); nessa linha, o saber penal tende a transformar-se numa *geometria* excludente (de acordo com Novoa). (...) De outro lado, a dogmática indiretamente reafirma certos mitos, que desempenham relevantes funções ideológicas: o mito da sabedoria da lei e do legislador (supor um legislador racional e arguto, de cuja coerência, precisão, economia e previdência jamais proviriam palavras inúteis, dúbias ou contraditórias, etc.) que esconde a *reificação* da lei; o mito da neutralidade da ciência (supor que a gramática, a historiografia jurídica e a lógica formal abolem a consciência de classe), fundamental na legitimação da ordem jurídica. Por certo [e por fim], sua função ideológica mais importante é afiançar a possibilidade de uma construção harmoniosa e harmonizante das relações sociais juridicamente representadas, na qual “todos os antagonismos são conciliáveis pela ordem jurídica” (conforme José Eduardo Faria). Daí, Lola Aniyar de Castro dizer que a dogmática tradicional constitui uma “filosofia da dominação”. Efetivamente, o dogma da “completude” do direito reforça o monopólio jurídico do estado moderno e impede a consideração de direitos concorrentes.¹⁸⁷

Porém, se nos apoiamos na crítica marxista da ciência jurídica, esta aparente confusão entre objetivos declarados pela teoria penal e objetivos constatados pela observação do que resulta de seu funcionamento, traduz-se num arranjo orgânico da relação dialética entre aparência e essência, que dá origem ao fetiche da relação jurídica como relação justa e harmônica. Sem o conteúdo da dominação de classe – e, no Brasil, da dominação racial –, a análise do sistema penal fica capenga, para sempre sujeita ao formalismo da proposição de Franz von Liszt. Em resumo,

(...) a realidade social à qual me refiro e que condiciona a construção da dogmática penal é a realidade complexa das sociedades ocidentais que vivenciaram a Revolução Industrial e a consolidação da estrutura socioeconômica capitalista (o

¹⁸⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro** / Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, p. 120-121.

capitalismo industrial), na esteira de um patriarcado redefinido na forma de um capitalismo patriarcal; de sociedade que vivenciaram processos de laicização e nas quais a ciência e a técnica se consolidaram como o vetor central do controle social e da dominação e, por isso, viveram o império do cientificismo e do positivismo (...). É a realidade de sociedades que vivenciaram a consolidação da cultura, da ideologia e das instituições do monismo estatal (monopolização da violência física pelo Estado), do monismo jurídico (monopolização da produção e aplicação do Direito pelo estado) e do Estado de Direito (Estado gerado pelo Direito que, pós cria-lo, a ele deve submeter-se) e nas quais sobressaíram os processos de positivação e de codificação do Direito (...). Trata-se de sociedade, portanto, em que o poder político e o poder jurídico, particularmente o poder punitivo, serão legitimados pela legalidade e pelo cientificismo, e que trarão tanto as marcas dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade como novas formas de dominação, exploração, desigualdade e sujeição de classe, gênero e raça. Daí a ambiguidade dessa nova ordem; ambiguidade que se transferirá inteiramente para a dogmática.¹⁸⁸

Portanto, e por fim, diante desse fetiche metodológico, próprio de um poder punitivo de uma sociedade fraturada, propomos a urgente abertura da dogmática penal a saberes diversos, que se detenham, especificamente, sobre a realidade do funcionamento do sistema penal, a fim de quebrar o encantamento que naturalizou a criminalização primária e secundária e que, por isso, tornou-se um álibi para práticas punitivas genocidas, no sentido que Zaffaroni dá ao termo: “a única verdade é a realidade, e a única realidade da questão criminal são os mortos”¹⁸⁹.

¹⁸⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, Coleção Pensamento Criminológico, nº 19, 2012, p. 207.

¹⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal** / Eugenio Raúl Zaffaroni. Tradução de Sérgio Lamarão. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 11.

2. O PODER PUNITIVO

2.1. A CRÍTICA AO PODER PUNITIVO

A reflexão sobre o monopólio estatal do poder punitivo demanda que a estrutura e a forma político-econômica do Estado componham a base de uma análise que se pretenda crítica acerca do sistema penal, isto é, que considere sua estrutura, seu conteúdo, sua funcionalidade e seus objetivos – especialmente a essência por detrás da aparência do sistema penal como um aparelho neutro de controle e harmonização social.

Esse exercício do poder punitivo, em caráter de monopólio, se dá: a) via Legislativo, mediante a propositura de leis penais, tarefa de senadores e deputados federais; b) via Executivo, mediante a sanção de leis penais, tarefa do/da presidente/a em exercício, e sua execução, tarefa dos órgãos policiais e do sistema carcerário, por meio de seus/suas agentes penitenciários/as; e c) via Judiciário, mediante o processamento e, julgada procedente a acusação, a condenação de alguém acusado/a de ter cometido alguma conduta prevista na lei penal – esta acusação, na maior parte dos casos, é feita pelo Ministério Público, que também é um órgão estatal.

Esse modo de punir é uma espécie do gênero coerção social, e surgiu apenas recentemente na história¹⁹⁰. Duas espécies de coerção teriam sido praticadas em todo agrupamento humano: a) a coerção direta do agressor, que visa deter a agressão que está sendo cometida ou na iminência de ser cometida; e b) a coerção indireta, que se dá quando a lesão já ocorreu e que visa fazer o agressor reparar o dano ou, diante da impossibilidade de reparação, restituir a vítima. Tanto uma quanto a outra se apoiam sobre a *ideia de equivalente*, ideia propriamente jurídica, tal como discutido no capítulo anterior.

Para Zaffaroni, a primeira diferença do poder punitivo em relação a essas duas formas de coerção – e sua primeira característica – é que elas “resolvem os conflitos: uma, porque evita o dano; outra, porque o repara”. Porém, quando, historicamente, “quem manda” disse ter sido tão lesado quanto quem efetivamente foi vitimado pelo dano, “quando o rei, senhor,

¹⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 19.

cacique, autoridade, ou quem quer que seja, substitui a vítima, *a confisca*”, aí surge o poder punitivo¹⁹¹.

Decorre daí uma segunda característica. A autoridade, ao confiscar a vítima e colocar-se em sua posição, arrogando-se o direito de reparação que pertence a ela (vítima), torna-a duas vezes um objeto. E, como objeto, deve ser útil¹⁹².

Primeiro, sob o pretexto de protegê-la, a autoridade – que, no devir histórico, se tornará cada vez mais abstrata, assumindo a forma diluída pela qual é representada hoje: Estado-legislador, Estado-juiz, Estado-acusação, Estado-polícia etc. – retira o agressor do espaço de livre convívio social.

Segundo, o poder punitivo ensina ao agressor e a toda a sociedade, mediante a publicização desta captura – especialmente em tempos de espetacularização midiática – como não se deve proceder, a fim de que o primeiro não repita seu erro e os demais indivíduos sejam dissuadidos de sua eventual vontade delinquente.

Logo, resta à vítima a posição de mera testemunha processual, que deve comparecer em juízo, sob pena de ser conduzida coercitivamente, e dar público testemunho de sua dor, para o fim de atestar a culpa ou a inocência daquele que foi apresentado como o agressor. “A característica do poder punitivo é, pois, o confisco da vítima, ou seja, é um modelo que não resolve o conflito porque uma das partes (o lesado) está, por definição, excluída da decisão.”¹⁹³. A coerção punitiva apenas *suspende* o conflito, portanto, detendo o agressor por certo período de tempo, até que as marcas do crime e da lesão se esvançam¹⁹⁴.

¹⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 19.

¹⁹² Esta noção de utilidade está diretamente ligada àquela de *eficiência*, de que fala o Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho em seu artigo *O papel do pensamento economicista no Direito Criminal de hoje*. Num resumo rápido, segundo Coutinho, a geografia da nova ordem mundial é a de um mundo globalizado, que só faz *gozar* a poucos sob o neoliberalismo, que é a teoria que o sustenta. Os fundamentos deste mundo globalizado neoliberal foram dados principalmente por Hayek, os quais se fincam na “inimizade de morte” do Estado de bem-estar europeu com o New Deal norte-americano. “Com efeito, Hayek não se contentou em sugerir um combate ao Estado de bem-estar e seus postulados. Foi além, mexendo na base, isto é, substituindo a noção *epistemológica de causa-efeito pela de ação eficiente*, (...) projetando-se como um raio no fundamento ético da sociedade. Afinal, a *deificação do mercado*, quando vista pelo eficientismo, glorifica o consumidor (*homo oeconomicus*, que substituiu o *homo faber*), mas, naturalmente, toma o não-consumidor (*excluído*), como um empecilho. Ora, para ele resta o desamor de seu semelhante, em um mundo de *competição* (Miranda Coutinho).” (disponível em <http://emporioidireito.com.br/o-papel-do-pensamento-economicista-no-direito-criminal-de-hoje-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>, acesso em 15 mai. 2017). Contudo, como é próprio do movimento histórico dialético, “enfeixa-se a partir daqui, por outro lado, o início do pesadelo neoliberal e, quem sabe, o ponto de partida de sua derrocada, posto que, mesmo não sendo ingênuo, *subestima o homem* e sua capacidade de indignação e resistência”.

¹⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 19.

¹⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 20.

A terceira característica reside no “modo excludente” do poder punitivo: “não só não resolve o conflito como também impede ou dificulta sua combinação com outros modelos que o resolvem.”¹⁹⁵.

Para explicar este “modo excludente”, Zaffaroni dá o exemplo de um menino que quebra a vidraça de seu colégio. A direção pode chamar o pai do menino para que pague a vidraça; pode mandá-lo ao psicopedagogo para saber se a criança está passando por algum problema ou pode sentar com ele para conversar sobre alguma coisa que o esteja irritando. Todas essas soluções – chamadas, respectivamente, de reparadora, terapêutica e conciliadora – fogem da matriz punitiva e podem ser combinadas entre si. Em compensação, se a direção entende que o ato do menino afrontou sua autoridade e serve de mau exemplo às outras crianças, e, de pronto, o expulsa do colégio, nenhuma das outras soluções pode ser aplicada.

E, por fim, como decorrência dessa última, a quarta característica reside no exercício vertical de autoridade. “Isso quer dizer que o modelo punitivo não é um modelo de solução de conflitos, mas sim de decisão vertical de poder. É por isso, justamente, que ele aparece nas sociedades quando estas se verticalizam hierarquicamente, (...) quando vão ganhando a forma de classes, castas etc.”¹⁹⁶.

Enfim, o poder punitivo, nestes termos, está ajustado a uma sociedade igualmente hierarquizada e que não pressupõe a solução de seus conflitos internos. Ao contrário, considerando suas características, o poder punitivo os admite e os reforça.

A apreensão deste movimento, aliás, constitui uma perspectiva da questão criminal que se convencionou denominar como *crítica*, a qual deve pressupor a relação dialética entre relações econômicas, políticas e jurídicas e, portanto, a dupla contradição entre capital e trabalho assalariado e entre a igualdade formal do sujeito de direito e a desigualdade material do indivíduo concreto¹⁹⁷.

Nesse sentido, é importante investigar como se dão os processos de criminalização de condutas, e especialmente de pessoas, tais como são propostos por aqueles que ocupam os meios legítimos de produção e distribuição das ideias, processos pelos quais o poder punitivo é oficialmente exercido e que resultam do movimento funcional da estrutura político-econômica capitalista.

¹⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 20.

¹⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 20.

¹⁹⁷ SANTOS, Juez Cirino dos. Criminologia e luta de classes. **ICPC**. Disponível em <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2015/10/Criminologia-e-luta-de-classes.pdf>. Acesso em 15 mai 2017.

2.1.1. O processo de criminalização primária

Devido ao princípio da legalidade, que determina a primazia da lei – talvez um dos legados mais importantes da reforma jurídica oportunizada pela filosofia iluminista, de caráter liberal-burguês –, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Esta é a redação do segundo¹⁹⁸ direito fundamental previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, no inciso II do artigo 5º – artigo que elenca os direitos e garantias fundamentais de todos/as os/as brasileiros/as e estrangeiros/as residentes no país. A ideia de legalidade, hoje erigida a princípio jurídico e direito fundamental, foi tornada dogma jurídico a partir da consolidação do Direito como ciência – outro resultado histórico da influência do movimento iluminista sobre as relações jurídicas.

No âmbito do Direito Penal, o princípio da legalidade é proclamado pelos reformistas penais como seu elemento fundante. Legalmente, no Brasil, aparece previsto já no artigo 1º do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”, que tem uma redação quase igual à do inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição da República¹⁹⁹.

Todas estas disposições legais descendem do artigo 7º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento que representa a tradução jurídica da nova ordem liberal, proclamado em 26 de agosto de 1789 pela Assembleia Nacional constituinte francesa, logo na primeira fase da Revolução. Entendida como “direito natural, inalienável e sagrado do homem”, a anterioridade legal proíbe a acusação, detenção ou prisão de alguém “senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas”.

A partir de então, estando o exercício do poder punitivo condicionado à existência de lei anterior e aos limites de atuação nela previstos, ao mesmo tempo em que se pretendia (e ainda se pretende) garantir os cidadãos contra os abusos de poder do governante, que também passou a estar submetido à lei, esta nova forma de gerir o poder punitivo garantiu (e garante até hoje) a conservação de uma determinada ordem, imposta por interesses determinados, mediante a proposição e a promulgação de leis que se impõem sobre todos, “sem

¹⁹⁸ O primeiro, seguindo a lógica liberal, é a igualdade formal: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

¹⁹⁹ “XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

distinção”²⁰⁰. Entretanto, colocadas as coisas desta maneira, esta nova *forma* de segurança jurídica carece de *conteúdo* – elemento indispensável para a compreensão de sua estrutura e modo de funcionamento.

De acordo com a posição assumida neste trabalho, sendo o interesse econômico aquele que confere sentido ao interesse político e ao interesse jurídico, e não o contrário – mesmo que o sucesso na obtenção do primeiro dependa de uma boa conjugação com estes últimos –, numa sociedade capitalista é o interesse no controle e na acumulação do capital – primeiro pela concentração e depois pela centralização, como resultado da expropriação do capitalista pelo capitalista²⁰¹ –, que dita as regras do jogo.

É o modo de produção capitalista, portanto, que dita as regras do processo de criminalização primária (como também do processo de criminalização secundária, conforme se discutirá no próximo item), produzindo efeitos positivos e negativos, o que é próprio do movimento histórico dialético e contribui para a manutenção de sua funcionalidade.

Considerando os efeitos mais genéricos desse estado de coisas, pode-se reconhecer como um efeito positivo o estabelecimento de um estatuto de segurança jurídica cuja reivindicação se torna possível diante da previsão legal e supralegal – nas constituições e declarações ou tratados internacionais – de direitos e garantias penais e processuais penais que asseguram formalmente qualquer cidadão contra a arbitrariedade do poder punitivo estatal.

Como exemplo de um efeito negativo, é forçoso reconhecer a conservação da ordem liberal-burguesa por meio destas mesmas formas legais e supraleais. Materialmente, observa-se, de um lado, a livre circulação de sujeitos ocupantes de posições privilegiadas e suas mercadorias, e, de outro, o entrave à livre circulação de sujeitos ocupantes de posições desfavorecidas, os quais, como regra, detêm apenas a propriedade de sua força de trabalho, e, por isso, restam à margem e submetidos aos centros de poder ocupados pelos primeiros, isto é, pelos detentores do capital econômico, político, cultural e, por isso, do direito de dizer o direito.

De qualquer modo, para a dogmática jurídico-penal o princípio da legalidade pode ser decomposto em quatro funções: a) proibição de retroatividade da lei penal, como consequência da anterioridade legal (expressa pelo termo latino “*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*”), que surgiu como reação às práticas punitivas do Antigo Regime, em que o soberano podia decretar a natureza criminosa de determinada conduta depois da sua

²⁰⁰ A esta forma pretensamente universal e neutra da lei, já fizemos a crítica no capítulo anterior.

²⁰¹ MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. Livro primeiro. Volume II. São Paulo: Editora Bertrand Brasil, 11ª edição, 1987, p. 727.

ocorrência – na contramão, é permitido, pois, a retroação da lei penal que beneficie o/a acusado/a; b) proibição de criação de crimes e de penas pelo costume (“*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*”), pois só a lei promulgada de acordo com o processo legislativo previsto na Constituição é que pode criar crimes e penas – ainda que, na prática, a realidade seja outra e se aceite o uso do costume ao menos para integrar²⁰² a interpretação do texto legal; c) proibição do emprego de analogia para criar crime, fundamentar ou agravar penas (“*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*”), pelo qual se proíbe qualquer interpretação que expanda o âmbito de aplicação da lei penal, o que ocorreria se “um jurista atribuísse a um caso que não dispõe de expressa regulamentação legal a(s) regra(s) prevista(s) para um caso semelhante”²⁰³ – aqui também, na contramão, se admite a analogia que favorece o/a acusado/a; e d) proibição de incriminações vagas e indeterminadas (“*nullum crimen nulla poena sine lege certa*”), pois “formular tipos penais ‘genéricos ou vazios’, valendo-se de ‘cláusulas gerais’ ou ‘conceitos indeterminados’ ou ‘ambíguos’, equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso”²⁰⁴.

Portanto, assumida ou não uma postura crítica diante da questão criminal, não se pode deixar de reconhecer que o princípio da legalidade fundamenta, de fato, todo o Direito Penal, tendo sido largamente elaborado pela dogmática jurídico-penal e admitido como uma das principais garantias individuais diante do poder punitivo.

Sendo assim, seguida à risca a dogmática jurídico-penal, para que o poder punitivo estatal seja exercido, reconhecido como legítimo e produza efeitos válidos, deve, no mínimo, estar amparado numa lei penal que anteceda os fatos que deseja perseguir e punir, proposta, votada e promulgada de acordo com o processo legislativo constitucionalmente previsto, e que seja exercido dentro dos limites legais, os quais devem ser definidos com clareza e objetividade pelo legislador.

No Brasil é a União que detém a competência para criar leis que deixam por escrito os crimes e as penas que se praticam e se podem praticar no país, a qual ocupa o lugar mais alto na cadeia hierárquica das pessoas jurídicas nacionais de direito público – fora ela, há também

²⁰² “Isso não significa, por certo, que os costumes não participem da experiência jurídico-penal: Assis Toledo assinala tratar-se de “equivoco a suposição de que o direito costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal”. De fato, é indiscutível que os costumes desempenham uma função *integrativa*, que provém principalmente de sua influência no direito privado.” (BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro** / Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, p. 70).

²⁰³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro** / Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, p. 74.

²⁰⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro** / Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, p. 78. Ainda que, atualmente, no embalo de um Direito Penal do risco (no lugar de um Direito Penal do dano), formulado por teorias que ficaram conhecidas por “Direito Penal de terceira velocidade” e “Direito Penal do Inimigo”, sejam previstos tipos penais “abertos”.

os Municípios, os Estados e o Distrito Federal. Isto está previsto na Constituição da República de 1988, em seu Título III, o qual regulamenta a “Organização do Estado”. Também está escrito em seu artigo 22, inciso I, que “compete privativamente à União legislar sobre direito civil, comercial, *penal*, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”. Um pouco adiante, no inciso I do artigo 24, previu-se que os Estados e o Distrito Federal podem legislar concorrentemente com a União sobre “direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico”.

Desde a redemocratização, os ocupantes de cargos eletivos do Executivo e do Legislativo são escolhidos pelo voto dos cidadãos brasileiros em eleições diretas – isto é, vota-se diretamente em alguém, integrante de um partido, que se quer ver ocupando determinado cargo. São estes sujeitos escolhidos pelos eleitores que detém, por força da representação dos votos – daí a democracia ser *representativa* –, o poder de propor e votar as leis que regularão toda a vida em sociedade.

Não obstante, vistas as coisas como são, a lei não é o resultado ou, antes, a garantia de uma alegada harmonia social, que não encontra qualquer correspondência prática. Ao contrário, tendo sido gestado e criado no seio do embate entre classes e frações de classes, é criatura e criadora deste estado de coisas e de sua permanente renovação.

Esse ponto constitui o pressuposto da teoria geral do Direito de Pachukanis, como explicamos no capítulo anterior. Para ele, o direito e o arbítrio, estes dois conceitos aparentemente opostos, estão na realidade estreitamente ligados: “(...) quando nos apresentam a relação jurídica como uma relação organizada e bem disciplinada, identificando deste modo o direito com a ordem jurídica, esquece-se de que, na realidade, a ordem nada mais é senão uma tendência e o resultado final (ainda por cima imperfeito), e nunca o ponto de partida e a condição da relação jurídica.”²⁰⁵

Para Pachukanis, apenas quando as relações pessoais tomaram a forma de relações entre mercadorias é que o estado de paz passou a ser uma necessidade cuja garantia ficou à cargo da autoridade econômica e política do território onde estas relações pessoais transfiguradas em relações entre mercadorias ocorressem.

Com a expansão do comércio e do mercado, a autoridade política passou a exercer a posição de garantidora da paz, indispensável aos contratos de trocas. Este fenômeno, ocorrido na transição da Idade Média para a Idade Moderna na Europa, onde ainda imperava a economia feudalista, fez com que o senhor feudal ou patriarcal, que desconhecia os limites

²⁰⁵ PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 90-91.

entre o público e o privado, passasse a exercer uma função pública de garantidor das trocas privadas. Apesar desta distinção já existir no *jus civile* romano, como visto acima, foi na modernidade que se deu o salto qualitativo, estabelecendo-se definitivamente como um produto e como condição da nova sociedade capitalista – “apenas tais formas econômicas criam a oposição entre a vida pública e a vida privada que, com o tempo, reveste um caráter “eterno” e “natural” e que constitui o fundamento de toda a teoria jurídica do poder.”²⁰⁶. Aí, então, a realidade egoísta do interesse privado mitifica-se na aparência desinteressada do interesse público.

E quando o Direito é chamado para dar forma a este estado de coisas, para legitimá-lo, a autoridade “não só pode exprimir-se na linguagem do direito, mas revelar-se ela própria, também, como direito e somente como direito, ou seja, confundir-se totalmente com a norma abstrata objetiva”²⁰⁷.

Foi somente diante deste arranjo de relações que estudiosos do fenômeno jurídico puderam declarar que não são pessoas, em sua singularidade, que comandam a atividade da organização estatal, mediante leis, decretos e outras ordens, mas o Estado. Mais ainda, um Estado submetido a normas gerais e fundamentais que expressariam uma vontade de Estado. Para Hans Kelsen, trata-se da *norma fundamental*, de caráter assumidamente formal. Neste ponto, Pachukanis lança a seguinte provocação:

Uma vez, com bastante esforço, atingida a definição do Estado, o jurista que quer continuar navegando tranquilamente depara-se novamente com um novo empecilho: o conceito de “órgão”. Deste modo, por exemplo, em Jellineck, o Estado não tem vontade, mas somente os órgãos do Estado. É necessário, então, questionar como nasceram tais órgãos? Sem órgão não existe Estado. A tentativa no sentido de atenuar a dificuldade, concebendo o Estado como uma relação jurídica, somente substitui o problema geral por uma série de casos particulares em que ele se desagrega. Efetivamente qualquer relação jurídica pública concreta contém em si o mesmo elemento de mitificação que reencontramos no conceito geral do “Estado como pessoa”.²⁰⁸

Como a doutrina do direito natural²⁰⁹ tinha (e tem) por fundamento a igualdade e a liberdade de todas as pessoas – o que só pode ser admitido abstratamente, através de uma lógica que prescindia de verificação concreta para funcionar (aliás, que a rechaça) – tornou-se

²⁰⁶ PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 92.

²⁰⁷ PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 93.

²⁰⁸ PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 99, nota de rodapé nº 135.

²⁰⁹ Também produto da filosofia iluminista, de caráter liberal e burguês, reacionária à ideologia religiosa que sustentava o poder no Antigo Regime, conforme apresentado nos itens 1.3.2.1. e 1.3.2.2..

inadmissível que um proprietário ou um consumidor de mercadorias coagisse outro proprietário ou consumidor a dispor de seu patrimônio de tal ou qual maneira.

A coação, enquanto imposição fundamentada na violência, colocando um indivíduo contra o outro, contradiz as premissas fundamentais das relações entre os proprietários de mercadorias. É por isso que numa sociedade de proprietários de mercadorias e dentro dos limites do ato de troca, a função de coação (...) não pode surgir sob a forma não camuflada, como um simples ato de oportunidade. Ela deve aparecer antes como uma coação proveniente de uma pessoa coletiva abstrata e que é exercida não no interesse do indivíduo donde provém, pois numa sociedade de produção mercantil cada homem é um homem egoísta, porém, no interesse de todos os membros que participam nas relações jurídicas. O poder de um homem sobre outro expressa-se na realidade como o poder do direito, isto é, como o poder de uma norma objetiva imparcial.²¹⁰

Portanto, a essência da doutrina do direito natural – esta primeira forma assumida por um direito contemporâneo inspirado pelos ideais liberais da burguesia, que acompanhou lado a lado a consolidação da sociedade capitalista – seria a legitimação de outro tipo de dependência, agora à vontade geral e impessoal do Estado – além das diversas espécies de dependência que a relação de uma pessoa diante de outra pessoa pode assumir, abstraídas por esta doutrina.

Essa essência conformaria, inclusive, o conteúdo do *poder público*, “ou seja, de um poder que a ninguém pertence em particular e que se situa acima de *todos* e a *todos* se dirige”. Orientada por este conteúdo, “a teoria jurídica perde, inevitavelmente, o contato com a realidade”²¹¹, qual seja, a de que o Estado de Direito é uma comissão que administra os negócios da classe burguesa²¹²: “se (...) colocarmos entre parênteses o ponto de vista jurídico, conseguiremos discernir em cada decisão do parlamento não um ato do Estado [de Direito], mas uma decisão tomada por determinados grupos ou camarilhas (que agem movidos tanto por motivos individuais egoísticos ou motivos de classe como todo e qualquer grupo)”²¹³.²¹⁴

²¹⁰ PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 97-98.

²¹¹ PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 99, nota de rodapé nº 100.

²¹² ENGELS, Friederich; MARX, Karl. **Manifesto do partido comunista**. 2ª edição. Lisboa: Editorial Avante, 1997, p. 31.

²¹³ “Deste modo, por exemplo, o pequeno comerciante e o atacadista, o camponês e o latifundiário, o devedor e o seu credor, o proletário e o capitalista (...), todas estas infinitas relações de concretas dependências, fixam o fundamento real da organização estatal. Para a teoria jurídica do Estado, todavia, tudo se passa como se elas nem sequer existissem. Ademais, a vida do Estado consiste em lutas entre forças políticas diversas, isto é, entre classes, partidos e todo tipo de agrupamento; é aí que se situam as verdadeiras molas do mecanismo do Estado. (...) É inevitável que exista uma certa discordância entre a verdade jurídica e a verdade que constitui o objetivo da investigação histórica e sociológica [ou, melhor, de determinada investigação histórica e sociológica]. Isto não resulta simplesmente do fato de a dinâmica da vida social abrir mão das formas jurídicas esclerosadas e de o jurista estar por isso condenado, na sua análise, a chegar sempre atrasado; porque se o jurista em suas afirmações se mantém, por assim dizer, em dia com os fatos, o certo é que os reproduz de maneira diferente do sociólogo. Com efeito, o jurista, permanecendo como jurista, parte do conceito de Estado como de uma força autônoma

Contudo, a crítica marxista, feita nestes termos, não pode dispensar²¹⁵ a análise das formas concretas através das quais a *natureza de classe* do Estado se realiza (isto é, a análise do funcionamento real do Estado).

Nesse sentido, Codato e Perissinotto buscam demonstrar, em sua leitura das obras históricas de Marx, especialmente das obras *A burguesia e a contra-revolução* (de 1848), *As lutas de classe em França de 1848 a 1850* (1850) e *O dezoito Brumário de Luís Bonaparte* (1852), que este autor possui, ao contrário do que alegam seus detratores, uma concepção bastante delimitada de Estado e que leva em conta a sua dinâmica institucional interna sem abrir mão da perspectiva classista:

Num nível mais geral e abstrato, Marx *de fato* compreende os Estados francês e alemão sobretudo a partir de suas *funções* reprodutivas. Nesse sentido, a autonomia que essas “instituições” adquirem em determinadas situações históricas não faz delas uma força social “autônoma” ou “descolada” da sociedade. Desse ponto de vista “reprodutivo”, o Estado é a “forma política” da sociedade burguesa e o “poder de Estado” identifica-se plenamente com o poder de classe. (...).

Entretanto, num nível de análise mais “conjuntural”, em que se lêem as análises das lutas políticas de grupos, facções e frações de classe, é possível perceber o Estado como uma “instituição” dotada de “recursos organizacionais” próprios, recursos esses que lhe conferem “capacidade de iniciativa” e “capacidade de decisão”. Na luta política concreta, os grupos políticos e as classes sociais percebem o Estado como uma poderosa instituição capaz de definir a distribuição de recursos diversos (ideológicos, econômicos, políticos) no interior da sociedade. Em função disso, lutam entre si para *controlar* diretamente ou *influenciar* à distância os

oposta a todas as outras forças individuais e sociais. Do ponto de vista histórico e político, as decisões de uma organização de classe ou de um partido, influentes, são tão e por vezes quase mais importantes que quaisquer decisões do parlamento ou de qualquer outra instituição do Estado. Do ponto de vista jurídico, ao contrário, isto, por assim dizer, não se sucede. Se, em contrapartida, colocarmos entre parênteses o ponto de vista jurídico, conseguiremos discernir em cada decisão do parlamento não um ato do Estado, mas uma decisão tomada por determinados grupos ou camarilhas (que agem movidos tanto por motivos individuais egoísticos ou motivos de classe como todo e qualquer grupo).” (PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 101).

²¹⁴ É interessante perceber que Pachukanis encerra sua análise acerca do Direito e do Estado com a mesma ideia trazida por Freud em *O mal estar da civilização*. Pachukanis declara, como para sintetizar sua crítica, que “a norma da coexistência não se determina pela possibilidade da coexistência mas sim pelo domínio de uns sobre o outros”, (citando Glumpowicz, PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 103). E Freud, sintetizando também alguns aspectos de sua crítica entre antropológica e psicanalítica da modernidade, declara que o mandamento ideal de amar o próximo como a si mesmo, “verdadeiramente se justifica pelo fato de nada ser mais contrário à natureza humana original”, sendo o “passo cultural decisivo” para a constituição da comunidade humana (FREUD, Sigmund. 1856-1939. **O mal-estar na civilização**. Tradução: Paulo César de Souza. 1ª ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011, p. 58.).

²¹⁵ Segundo a crítica corrente, as razões desse esquecimento sistemático deveriam ser buscadas justamente na confusão promovida pela tradição marxista que teimaria em identificar *poder de Estado* com *poder de classe*, reduzindo o *aparelho de Estado* a um instrumento controlado pelos interesses dominantes. (...) No máximo, a atenção dos marxistas recairia sobre o sentido (de classe) da *política estatal* (isto é, os setores sociais beneficiados por uma decisão determinada, em geral econômica), mas não sobre o modo de *organização interna do aparelho de Estado* e suas repercussões sobre o processo decisório, os diferentes centros de poder, a ação característica dos “agentes estatais” (a “burocracia”, em sentido amplo) etc. (CODATO, Adriano Nervo; PERISSINOTTO, Renato Monseff. O Estado como instituição. Uma leitura das "obras históricas" de Marx. **Crítica Marxista**, São Paulo, Boitempo, v.1, n. 13, 2001, p. 12).

diferentes ramos do aparelho estatal. *Nesse nível de análise é possível admitir o Estado, de um lado, e a classe, de outro, como realidades distintas e autônomas; é possível, portanto, pensar o “poder de Estado” como distinto do “poder de classe” e em relação conflituosa com ele.*²¹⁶

Deste modo, é possível afirmar que as análises políticas de Marx consideraram a diferença decisiva entre o *aparelho* de Estado e o *poder* de Estado. “Foi precisamente a atenção dedicada ao primeiro que permitiu enfatizar duas outras diferenças correlatas: entre a classe (ou fração) economicamente *dominante* e a classe (ou fração ou grupo) politicamente *governante*; e entre o *poder estatal* e o *poder governamental*. Este último problema pode ser melhor compreendido quando se considera a oposição que o autor estabelece entre o *poder real* e o *poder nominal* das classes sociais”²¹⁷, o que é um tema caro a toda uma tradição marxista – como para Antonio Gramsci, por exemplo.

Essa distinção cumpre a função de enfatizar a importância do âmbito institucional do Estado na luta política. Logo, o predomínio político de uma determinada fração de classe, numa conjuntura histórica específica, seria devido a sua capacidade de controlar ou influenciar o ramo do aparelho de Estado que concentra o *poder real*.

Esse poder enfeixa uma quantidade de recursos institucionais (orçamento, administração, repressão) que conferem ao ramo em que estão concentrados o “poder de tomar decisões” e à classe que aí se instala as “rédeas da administração” (as expressões são literais). As análises históricas empreendidas por Marx revelam, entre outros elementos bastante sugestivos, a ocorrência de uma luta intensa entre as classes e frações dominantes pelo *controle* desses aparelhos.

Isso indicaria que o Estado – mais especificamente, o sistema institucional dos aparelhos do Estado – é um conjunto complexo com “níveis dominantes” – que Marx chama de “postos decisórios” na obra *As lutas de classe em França de 1848 a 1850*²¹⁸ –, de onde se controla efetivamente a administração, e “níveis subordinados”, sem qualquer poder executivo. Portanto, quanto a este ponto, a tarefa de uma análise política que se pretenda marxista seria, justamente, determinar quais são os aparelhos em que se concentram o

²¹⁶ CODATO, Adriano Nervo; PERISSINOTTO, Renato Monseff. O Estado como instituição. Uma leitura das “obras históricas” de Marx. **Crítica Marxista**, São Paulo, Boitempo, v.1, n. 13, 2001, p. 17.

²¹⁷ CODATO, Adriano Nervo; PERISSINOTTO, Renato Monseff. O Estado como instituição. Uma leitura das “obras históricas” de Marx. **Crítica Marxista**, São Paulo, Boitempo, v.1, n. 13, 2001, p. 18.

²¹⁸ MARX, Karl. **As lutas de classe em França de 1848 a 1850**. Tradução do alemão: Álvaro Pina e Fernando Silvestre. Lisboa: Editorial Avante, 1997. Disponível em <https://www.marxists.org/portugues/marx/1850/11/lutas_class/>. Acesso em 30 mai 2017.

“verdadeiro poder de Estado”, pois esses centros de *poder real* seriam o lugar em que se dá o exercício da hegemonia de classe.²¹⁹

Sendo assim, o aspecto funcionalista da crítica marxista não pode ser tido como insuficiente ou, ainda, exclusivo da questão sobre o modo como o domínio de classe é exercido. Isto é, a atenção à função de dominação cumprida pelo aparelho estatal não ignora ou exclui a atenção ao modo como esta dominação se exerce. Antes, se complementam.

“Reconhecer a autonomia do Estado, sua realidade institucional, sua lógica própria e os interesses específicos dos “agentes estatais” não pode, segundo Marx e os marxistas, impedir que se coloque a questão: que relações sociais as ações do “Estado autônomo” reproduzem? (...) é preciso reconhecer que a posição marxista é uma garantia contra o pecado oposto, que consistiria em ver nesses conflitos a prova irrefutável de que o Estado *não* é um Estado de classe.”²²⁰

É importante considerar que Marx e vários autores marxistas contemporâneos mostraram que o direito burguês, ao proclamar a liberdade e a igualdade perante a lei, cumpre um duplo papel: *funcional*, por seu efeito regulador das novas relações econômicas (a regulação do contrato de trabalho, por exemplo, mediante o qual o trabalhador dispõe “livremente” de sua força de trabalho perante o empregador, mediante o pagamento de um salário, ou mesmo a punição medida em tempo de privação de liberdade); e como que um papel de *integração* dessas novas relações, através dos efeitos ideológicos que o direito burguês promove (a própria noção de liberdade e igualdade, a ocultação da divisão de classe

²¹⁹ CODATO, Adriano Nervo; PERISSINOTTO, Renato Monseff. O Estado como instituição. Uma leitura das "obras históricas" de Marx. **Crítica Marxista**, São Paulo, Boitempo, v.1, n. 13, 2001, p. 21. E neste ponto, Codato e Perissinotto lançam uma indagação aos críticos de Marx: “Se o Estado fosse uma instituição sem muita importância, como Marx poderia tê-lo apresentado como o maior objeto de desejo das classes sociais em luta? O Estado, tal como pensado por Marx nas suas “obras históricas”, constitui o alvo primordial da luta política exatamente por concentrar um enorme “poder decisório” e uma significativa capacidade de alocação de recursos.” (idem, p. 23).

²²⁰ CODATO, Adriano Nervo; PERISSINOTTO, Renato Monseff. O Estado como instituição. Uma leitura das "obras históricas" de Marx. **Crítica Marxista**, São Paulo, Boitempo, v.1, n. 13, 2001, p. 24-25. Sobre as dimensões funcional e institucional do Estado, os autores afirmam que Marx entende o Estado, de um lado, “a partir de uma perspectiva essencialmente *funcional*, vendo no Estado a instituição responsável pela reprodução das relações de dominação que caracterizam uma dada sociedade”; e, de outro lado, “como uma “organização” complexa, atravessada de cima a baixo por conflitos internos entre os seus aparelhos e ramos, conflitos esses capazes de alterar a dinâmica da luta política. Mais do que isso: o Estado aparece, em Marx, como uma “organização” dotada de recursos próprios, cujos agentes, tanto no âmbito do “poder executivo” como no “âmbito do “poder legislativo”, desenvolvem “interesses próprios” a partir dos quais orientam suas ações (vale lembrar aqui a famosa distinção que Marx estabelece entre a “burguesia extraparlamentar” e a “burguesia parlamentar”, entendendo esta última como os “representantes políticos da burguesia”).” É por isso que os autores admitem a possibilidade, a ser verificada a todo momento da pesquisa histórica materialmente orientada – e que, por isso, não pode ser antecipada –, de que a execução do *poder real*, mediante a ocupação dos centros decisórios, possa se dar a contragosto dos interesses imediatos ou de longo prazo da classe economicamente dominante.

dos agentes sociais, a capacidade jurídica do Estado de ser o representante do “interesse geral” etc.).

Ainda, é preciso reconhecer que a proclamação da igualdade formal das pessoas abriu um enorme campo para a atividade política de contestação das classes dominadas, atividade cujo resultado não pode ser previsto antecipadamente e que é apta para promover a integração de suas reivindicações ao sistema.²²¹

Com estas noções acerca do Estado e seu funcionamento político, é possível compreender melhor o que significa o monopólio estatal do poder punitivo²²². Conforme observou Pachukanis, sendo a igualdade formal a ideia reitora do moderno direito liberal, é necessário que a submissão de uma pessoa perante a outra seja mediada por uma terceira imparcial, localizada além (para fora e para cima) dos sujeitos diretamente em disputa – direito liberal que, como já dissemos, é próprio do modo de produção capitalista, pois esta intermediação da submissão, que agora aparece fetichizada, não se verificava nos sistemas econômicos em que vigoravam a escravatura ou a servidão.²²³

²²¹ CODATO, Adriano Nervo; PERISSINOTTO, Renato Monseff. O Estado como instituição. Uma leitura das "obras históricas" de Marx. **Crítica Marxista**, São Paulo, Boitempo, v.1, n. 13, 2001, p. 27. Por isso Pachukanis afirma que “desde que a burguesia firmou-se como uma classe dominante, o passado revolucionário do direito natural desperta nela apreensões (...). Contudo, o mais singular é que a teoria jurídica do Estado, que substituiu a teoria do direito natural e que repeliu a teoria dos direitos inatos e inalienáveis do homem e do cidadão, ao denominar-se teoria “positiva”, deforma tanto quanto a realidade efetiva. Ela é impelida a deformar a realidade porque qualquer teoria *jurídica* do Estado necessariamente se vê na obrigação de equacionar o Estado como um poder autônomo destacado da sociedade. É justamente nisto que consiste o aspecto *jurídico* desta doutrina. (...) Quanto mais o domínio da burguesia foi sacudido, mais estes adendos se tornaram comprometedores, e com maior rapidez o “Estado jurídico” se transformou numa sombra imaterial, até que, por fim, o agravamento extraordinário da luta de classes obrigou a burguesia a desmascarar completamente o Estado de direito e a desvendar a essência do poder de Estado como a violência organizada de uma classe da sociedade sobre as outras.” (PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 99 e 103). Eis aqui um grande paradoxo da luta de classes.

²²² “Como se sabe, coube pioneiramente a Max Weber a teorização, em caráter sistemático e com a utilização desta expressão, do chamado monopólio do uso legítimo da força física enquanto atributo característico do Estado Moderno. Em suas palavras: “Hoje, o Estado é aquela comunidade humana que, dentro de determinado território - este, o "território", faz parte da qualidade característica -, reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima, pois o específico da atualidade é que a todas as demais associações ou pessoas individuais somente se atribui o direito de exercer coação física na medida em que o Estado o permita. Este é considerado a única fonte do "direito" de exercer coação. (...) O Estado, do mesmo modo que as associações políticas historicamente precedentes, é uma relação de dominação de homens sobre homens, apoiada no meio da coação legítima (quer dizer, considerada legítima). Para que ele subsista, as pessoas dominadas têm que se submeter à autoridade invocada pelas que dominam no momento dado. Quando e por que fazem isto, somente podemos compreender conhecendo os fundamentos justificativos internos e os meios externos nos quais se apoia a dominação.”” (SILVA, André Vaz Porto. **Legitimação do uso privado da força e o caso do complexo penitenciário de Ribeirão das Neves: capitalismo, Estado e sociedade civil**. Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Orientadora: Ana Lucia Sabadell, 2016, p. 69).

²²³ Esse monopólio, contudo, não é absoluto. “Com isso, queremos dizer que houve – e, portanto, não parece um óbice intransponível que ainda haja – situações de coerção de classe que permanecem à margem do poder estatal. Em termos históricos, a distribuição do uso da força variou significativamente, sem que com isso houvesse abalo ao posicionamento estrutural do Estado enquanto detentor exclusivo da violência legítima, devidamente separado – em termos relativos – da sociedade e de seus conflitos. Já visualizamos que, nas primícias do capitalismo, a

Enfim, todo esse complexo conjunto de fatores, que criam as condições para o exercício legítimo de uma primeira etapa do poder punitivo, foi denominado por parte dos doutrinadores penais como *criminalização primária*, em atenção ao processo de constituição do crime e do criminoso pela lei. Sobre este efeito de constituição ou de criação do direito penal, Nilo Batista diz ser “fascinante” este modelo no qual o Estado primeiro *inventa* para depois *combater* o crime²²⁴.

Aliás, esse é – num esquema muito geral – o objeto de estudo de um importante setor da sociologia, hoje designado como sociologia do desvio, que se ocupa do processo de transformação de um ato-substantivo a um ato-adjetivo ou adjetivado.

Segundo os pesquisadores que se filiam a essa escola, todo ato seria, ao menos em princípio, essencialmente neutro, isto é, moral e/ou legalmente autorizado porque ainda não proibido e sancionado pelos costumes tradicionais ou por regras legais – pois, como vimos, a norma (no sentido de normalizar) nasceu devido à perturbação da ordem, como se, na origem, a regra fosse a antítese da transgressão, e não o contrário –, e só se tornaria moral e/ou legalmente proibido por infringir ou por ter o potencial de infringir um costume tradicional ou uma regra legal, e por isso sujeito a sanção. Esta reação se dá mediante a intervenção de determinados sujeitos, normalmente ocupantes de posições sociais dominantes, que fazem uso de prerrogativas que sua superioridade hierárquica lhes concede para definir (adjetivar) atos como desviantes, prevendo e impondo castigos para quem os praticar.

exploração do trabalho nas casas de correção era confiada a particulares – e mesmo em contextos bem posteriores, isso aconteceu em penitenciárias dos Estados Unidos do século XX, por exemplo. (...) A afirmação, porém, de que esse monopólio nunca é total ou, como colocamos acima em outros termos, de que há situações de “coerção de classe que permanecem à margem do poder estatal”, pode ser questionada de modo não equivocado pela seguinte consideração: se essas possibilidades existem, isso se dá por conta de uma autorização estatal, ainda que tácita. Trata-se, realmente, de uma construção que marca a separação relativa do Estado perante a sociedade de uma maneira mais incisiva – e com isso oculta mais efetivamente, por um lado, seu papel de mantenedor das condições de reprodução das relações de produção capitalistas e adequa-se, por outra, à premissa de que o capitalismo não pode prescindir de sua forma política (de maneira que ela estará presente ainda que pareça não estar). Por tudo isso, não é despropositado afirmar, como faz Gerstenberger, que “a soberania não é somente a base para a regulamentação, mas também compreende o direito de não regular”. Ademais, em específico quanto à privatização da vigilância e da segurança (ou ao entrelaçamento de agências estatais e privada nesse campo), é possível mesmo que essa reconfiguração não represente uma mitigação do monopólio estatal da força, e sim um seu reforço a sua eficácia, dado que enseja um escape de tal exercício da violência ao controle público.” (VAZ, André. **Legitimação do uso privado da força e o caso do complexo penitenciário de Ribeirão das Neves**: capitalismo, estado e sociedade civil. Dissertação de mestrado apresentada ao curso de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016, p. 68-70).

²²⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, p. 21.

Foi Howard Becker, em *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*²²⁵, quem primeiro sistematizou um método interacionista para analisar o *desvio*, e em especial o desvio criminoso²²⁶. No prefácio, Becker explica que “não inventou o campo do que hoje se chama ‘desvio’”²²⁷, mas que essa sua obra apresenta uma abordagem que difere das anteriores em vários aspectos.

No que toca a questão criminal, talvez o aspecto mais significativo seja a inclusão, necessária a qualquer abordagem sociológica que a partir de então se pretenda interacionista, das ações de todos os envolvidos numa situação, como contribuintes do que resulta dela. Isto implicou que “as atividades das pessoas cujo trabalho era definir o crime e lidar com ele [integrassem] o “problema do crime”, [de modo que] um pesquisador não podia simplesmente aceitar o que diziam por seu significado manifesto (...).”²²⁸

(...) no início dos anos 1960, os sociólogos estudavam o crime e outras formas de transgressão perguntando o que lavava as pessoas a agirem daquele modo, violando normas comumente aceitas e não levando vidas “normais”, como diziam todas as nossas teorias, em que haviam sido socializados, inclusive para aceita-las como o modo segundo o qual se deveria viver. (...).

Essas teorias, porém, não soavam verdadeiras para sociólogos de uma nova geração, menos conformistas e mais críticos [das] instituições sociais da época, menos dispostos a acreditar que o sistema de justiça criminal jamais cometia erros, que todos os criminosos eram pessoas más que haviam feito coisas más de que eram acusados, e assim por diante.²²⁹

Isto é, uma parte dos pesquisadores de problemas criminais assumia, como regra, duas importantes premissas do senso comum: a) de que “há algo inerentemente desviante (qualitativamente distinto) em atos que infringem (ou parecem infringir) regras sociais”; e b) de que “o ato desviante ocorre porque alguma característica da pessoa que o comete torna necessário ou inevitável que ela o cometa (...) [aceitando] os valores do grupo que está

²²⁵ BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luíza X. de Borges. Revisão técnica de Karina Kuschnir. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

²²⁶ “Comecei falando sobre crime. Mas agora (...) mencionei esta área de trabalho como focalizada no “desvio”. Essa é uma mudança significativa. Ela redireciona a atenção para um problema mais geral do que a questão de quem comete crime. Em vez disso, leva-nos a olhar para todos os tipos de atividade, observando que em toda parte pessoas envolvidas em ação coletiva definem certas coisas como “erradas”, que não devem ser feitas, e geralmente tomam medidas para impedir que se faça o que foi assim definido. De forma alguma essas atividades serão todas criminosas (...). Numa outra direção, certos comportamentos serão considerados incorretos, mas nenhuma lei se aplica a eles e nem há qualquer sistema organizado para detectar os que infringem a regra informal.” (BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luíza X. de Borges. Revisão técnica de Karina Kuschnir. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 13).

²²⁷ BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luíza X. de Borges. Revisão técnica de Karina Kuschnir. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 8.

²²⁸ BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luíza X. de Borges. Revisão técnica de Karina Kuschnir. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 12.

²²⁹ BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luíza X. de Borges. Revisão técnica de Karina Kuschnir. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, 10.

formulando o julgamento.”²³⁰. Ao agirem assim, deixavam de lado (e deixam ainda, propositadamente ou não) uma variável importante, qual seja, a questão de que o objetivo da imposição de regras é “muitas vezes” político.

Facções dentro do grupo discordam e manobram para ter sua própria definição da função do grupo aceita. A função do grupo ou organização, portanto, é decidida no conflito político, não dada na natureza da organização. Se isso for verdade, é igualmente verdadeiro que as questões de quais regras devem ser impostas, que comportamentos vistos como desviantes e que pessoas rotuladas como outsiders devem também ser encarados como políticas. [Uma] concepção funcional do desvio, ao ignorar o aspecto político do fenômeno, limita nossa compreensão.²³¹

Assim, Becker pretendeu demonstrar que o desvio é criado pela sociedade, isto é, “que grupos sociais criam desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como *outsiders*. Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um “infrator”. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal.”²³²

Desse modo, o sentido *interacionista* de seu método consiste precisamente em reconhecer que não podemos saber se um ato será categorizado como desviante “até que a reação dos outros tenha ocorrido”, pois o desvio “não é uma qualidade que reside no próprio comportamento, mas na interação entre a pessoa que comete um ato e aquelas que reagem a ele”²³³, ou seja, há uma dependência originária e intrínseca entre ação e reação no campo do desvio.

Diante desse “complexo drama de acusação e definição”²³⁴, o sociólogo interacionista deve se perguntar: quem, de fato, pode obrigar outros a aceitar suas regras e quais são as causas do sucesso desta obrigação? E deve fazê-lo porque as “diferenças na capacidade de fazer regras e aplicá-las a outras pessoas são essencialmente diferenciais de poder”, isto é, “uma questão de poder político e econômico”, pois “aqueles grupos cuja posição social lhes

²³⁰ BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luíza X. de Borges. Revisão técnica de Karina Kuschnir. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 17.

²³¹ BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luíza X. de Borges. Revisão técnica de Karina Kuschnir. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 20.

²³² BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luíza X. de Borges. Revisão técnica de Karina Kuschnir. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 21-22.

²³³ BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luíza X. de Borges. Revisão técnica de Karina Kuschnir. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 27.

²³⁴ BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luíza X. de Borges. Revisão técnica de Karina Kuschnir. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 182.

dá armas e poder são mais capazes de impor suas regras”, de modo que essa rotulação constitui “objeto de conflito e divergência, parte do processo político da sociedade”²³⁵.

Portanto, Becker identifica a imposição de uma regra a um *empreendimento*. O empreendedor toma a iniciativa de punir o culpado quando vê nisto alguma vantagem, o que faz ao chamar a atenção pública sobre a ocorrência de um ato desviante ou potencialmente desviante. Refazendo um trajeto histórico de imposição da norma, o interesse pessoal do grupo a que pertence antecede a iniciativa do empreendedor de impor a regra.²³⁶

Este *empreendimento* já havia sido objeto da crítica de Marx quase 100 anos antes da primeira publicação de *Outsiders*. No artigo intitulado *População, criminalidade e pauperismo*, escrito em 23 de agosto de 1859 em Londres, Marx afirmou:

Violações da lei geralmente emergem como resultado de ações econômicas (*economical agencies*) que se encontram além do alcance dos legisladores; mas, assim como a aplicação (*the working of*) da Lei da Delinquência Juvenil demonstra, depende, em certa medida, da sociedade oficial (*official society*) carimbar (*to stamp*) certas violações como crimes ou como meras transgressões. Tal diferença de nomenclatura, longe de indiferente, decide o destino de milhares de homens, além da postura moral (*moral tone*) da sociedade. A lei mesmo não deve apenas punir crimes, mas remediá-los (...). Desta mesma forma, foi bem apontado por um eminente historiador que os clérigos católicos de tempos medievais, com suas visões obscuras da natureza humana, introduzidas por sua influência na legislação criminal, criaram mais crimes do que pecados veniais.²³⁷

De todo modo, como o exercício do poder punitivo é monopolizado pelo Estado, o qual está legalmente obrigado a investigar, processar e condenar o delito e o delinquente, esse chamamento da atenção pública obriga aqueles sujeitos responsáveis pela criminalização secundária a movimentar o aparato punitivo para perseguir o desviante.

Sendo assim, nesse processo de rotulação estão contidos “o ato e o efeito” de sancionar uma lei penal material – que confere a matéria a ser discutida nos procedimentos previstos na lei penal processual – que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Como ato, é fundamentalmente *programático*: “o *deve ser apenado* é um *programa* que *deve ser cumprido* por agências diferentes daquelas que o formulam”²³⁸. Em geral, são as agências

²³⁵ BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luíza X. de Borges. Revisão técnica de Karina Kuschnir. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 29-30.

²³⁶ BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luíza X. de Borges. Revisão técnica de Karina Kuschnir. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, 129-130.

²³⁷ MARX, Karl. População, crime e pauperismo. **Verinotio** – revista on-line de filosofia e ciências humanas, nº 20, ano X, out/2015, ISSN 1981-061X, p. 120. Disponível em <<http://www.verinotio.org/conteudo/0.15812043580983.pdf>>, acesso em 11 ago 2017.

²³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. 2ª reimpressão, abril de 2015, p. 43.

políticas (próprias dos poderes legislativo e executivo) que exercem a criminalização primária, enquanto o programa penal que é estabelecido por elas deve ser realizado pelas agências de criminalização secundária (principalmente pelo poder judiciário, em que participam a polícia, o Ministério Público, os/as agentes penitenciários/as etc.), conforme será discutido no próximo tópico.

E como efeito – ao menos como efeito que a dogmática penal entende que a criminalização primária proporciona –, deve ser fundamentalmente *funcional* para prevenir delitos pela persuasão de eventuais criminosos diante da ameaça de aplicação da pena. Trata-se da conhecida *função de prevenção geral*, proposta pelo jurista alemão Paul Johann Anselm von Feuerbach – aliás, segundo Nilo Batista, Feuerbach pensou o princípio da legalidade e cunhou sua expressão em latim justamente como parte de sua sistematização da função preventivo-geral, que entendia ter um caráter de “coação psicológica”²³⁹.

Entretanto, essa intimidação, como função mais relevante da pena – que deveria ser confirmada e, assim, reforçada pela condenação judicial, sob pena de tonar-se inócua – só poderia se realizar se houvesse uma lei anterior, cuja redação fosse de fácil compreensão a todas as pessoas e à qual fosse dada ampla publicação – corolário do princípio da legalidade, como visto acima.

Por mais que autores reconhecidamente inclinados à uma postura crítica da dogmática e da criminologia afirmem que a criminalização primária é abstrata, uma vez que “as agências políticas que elaboram as normas nunca sabem a quem caberá de fato, individualmente, a seleção que habilitam”²⁴⁰; ou que a criminalização primária se refere a condutas enquanto a criminalização secundária se refere a pessoas²⁴¹, o fato é que a forma e o conteúdo do poder de classe, exercido no jogo político pela ocupação dos postos decisórios do poder estatal, nos mostram outra realidade.

A hipótese de que o processo de criminalização primária é, em grande medida, um empreendimento econômico, é confirmada, num primeiro momento, pelo modo como a

²³⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, p. 66.

²⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. 2ª reimpressão, abril de 2015, p. 44.

²⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. 2ª reimpressão, abril de 2015, p. 43. Porém, ainda que não se admita a luta de classes como pano de fundo também dos processos de criminalização, esta parcela da dogmática e da criminologia admitem, em caráter geral, que o sistema penal opera em “forma de filtro” para selecionar pessoas que são mais ou menos *vulneráveis* (no sentido de *ferível*) ao poder punitivo, o que depende de sua maior ou menor correspondência, respectivamente, ao estereótipo do criminoso – as *pessoas feias* de que falam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (idem, p. 46).

questão criminal é tratada no âmbito do poder legislativo federal brasileiro, isto é, como são travados os embates políticos acerca de crimes, penas, políticas criminais e segurança pública pelos representantes do capital ou de frações do capital econômico dominante, desde dentro da estrutura do Estado. Para tanto, a análise da composição das frentes parlamentares do Congresso Nacional²⁴² – conhecidas popularmente por bancadas – é bastante oportuna.

Desde que a deputada federal Erika Kokay, filiada ao Partido dos Trabalhadores do Distrito Federal, usou pela primeira vez o termo “Bancada BBB, da Bíblia, do Boi e da Bala”, em uma reunião da bancada do PT, na Câmara dos Deputados, no início de 2015, uma parcela da mídia chamou a atenção para a atuação orquestrada das frentes parlamentares que se ocupam da discussão de questões agropecuárias, religiosas e relativas à segurança pública.

Ainda que os parlamentares que as integrem pertençam a partidos e coligações diferentes, inclusive ideologicamente (ao menos no nível do discurso), Erika Kokay afirmou em abril de 2015 que “há uma forte aliança dos setores conservadores na Câmara. Há tempos tenho alertado sobre a força dos fundamentalistas da ‘Bancada BBB’, da Bíblia, do Boi e da Bala. Agora eles estão ainda mais unidos e articulados.”^{243 244}

²⁴² “A atividade legislativa envolve uma série de atos que podem ser desenvolvidos de maneira individual pelo Deputado ou coletivamente com outros parlamentares. Dentro dos atos coletivos, existe possibilidade de ações que favorecem o melhor desenvolvimento do processo legislativo; dentre elas, pode-se citar a constituição de Frentes Parlamentares e Grupos Parlamentares. Conforme o Ato da Mesa nº 69, de 2005, Frentes Parlamentares são associações de membros do Legislativo Federal de vários partidos que decidem se juntar para promover o debate e a legislação sobre determinado tema de interesse da sociedade. Para que seja constituída, a Frente Parlamentar deve registrar um requerimento contendo: composição de pelo menos um terço de membros do Poder Legislativo; indicação do nome da Frente Parlamentar; e designar um representante responsável por prestar as informações. Grupos parlamentares consistem em ações que tem o intuito de fortalecer as relações interparlamentares entre o Congresso brasileiro e o parlamento de um país estrangeiro (...).” Esta apresentação das frentes e grupos parlamentares está disponível em <http://www2.camara.leg.br/deputados/frentes-e-grupos-parlamentares>. Acesso em 08 jun 2017.

²⁴³ A matéria jornalística, de autoria de Rodrigo Martins de onde foram retiradas as citações destes parágrafos está disponível em <https://www.cartacapital.com.br/revista/844/bbb-no-congresso-1092.html>. Acesso em 08 jun 2017.

²⁴⁴ Em 2015, a notícia “Cunha impõe pauta turbinado por BBB’s”, publicada no jornal *O Estado de São Paulo*, relatou que “a bancada da bala tem 275 parlamentares. A ruralista, 198, e a evangélica, 74. Vinte parlamentares atuam nas três, entre eles Cunha, que é evangélico. Nas frentes da “bala” e do “boi” há 105 deputados simultaneamente. E 22 congressistas estão nas frentes da “Bíblia” e da “bala” ao mesmo tempo. O presidente da bancada evangélica, João Campos (PSDB-GO), por exemplo, é delegado de polícia e vice-presidente da bancada da bala. Ao todo, 373 (73%) dos 513 deputados estão inscritos em pelo menos um dos três grupos. Entre os resultados já obtidos pela ação conjunta, o mais robusto foi o da aprovação pela Comissão de Constituição e Justiça da Proposta de Emenda à Constituição da redução da maioria penal, que estava parada na Câmara havia 22 anos. A comissão formada para redigir a PEC foi dominada pelos integrantes da Frente Parlamentar de Segurança Pública: 15 dos 27 membros decidirão qual será o conteúdo a ser levado ao plenário. Na semana passada, também houve apoio mútuo para a instalação da comissão que revoga o Estatuto do Desarmamento – que pode resultar na flexibilização das regras que dificultam o porte de armas. O presidente da comissão é o presidente da frente ruralista Marcos Montes (PSD-MG). Uma grande vitória dos ruralistas com apoio de evangélicos e integrantes da bancada da bala foi a criação de uma comissão especial para elaborar um texto final sobre a PEC que transfere do Executivo para o Congresso a demarcação das terras indígenas. (...) Já a bancada da bala teve apoio para aprovar o projeto que torna crime hediondo assassinato e agressão a policiais com aumento da pena para quem usar menor em crimes.” Esta notícia está disponível em

No que se refere à política criminal²⁴⁵, a Frente Parlamentar da Segurança Pública, cujo requerimento de criação foi apresentado em 25 de fevereiro de 2015 (um mês antes da declaração da deputada Erika Kokay) pelo deputado federal Alberto Fraga, do Democratas do Distrito Federal, é um coletivo bastante influente sobre a questão.

Um dia antes, foi realizada uma “reunião de instalação e eleição da mesa diretora da frente parlamentar da segurança pública”, em que foram eleitos os deputados que ocupariam os cargos da mesa diretora desta frente parlamentar cujo registro se requeria: como presidente, o deputado Alberto Fraga; como primeiro vice-presidente, o deputado João Campos; como segundo vice-presidente, o deputado Major Olímpio; como secretário-geral, o deputado Capitão Augusto; como secretário-adjunto, o deputado Lincoln Portela; e como tesoureiro, o deputado Eduardo Bolsonaro.²⁴⁶

As assinaturas dos deputados que concordavam com a instalação da Frente Parlamentar da Segurança Pública (que deveria alcançar um terço, no mínimo, de todos os deputados federais), vieram de parlamentares filiados a todos os partidos com representação na Câmara dos Deputados.

O requerimento foi aceito e a nova frente foi registrada em 4 de março de 2015 pelo deputado Eduardo Cunha, então presidente da Câmara dos Deputados.

Entretanto, ainda que as assinaturas colhidas para sua instituição representem uma pluralidade de interesses sobre a questão criminal e de segurança pública, uma pesquisa feita por Daniel Mariani e Rodolfo Almeida para o jornal Nexo, publicada em 15 de maio deste ano²⁴⁷, revelou que, desde a criação da Frente Parlamentar da Segurança Pública, os parlamentares que mostraram maior afinidade e participaram mais ativamente das discussões da frente são filiados ao Partido da República – PR, Partido Republicano da Ordem Social – PROS, Democratas – DEM, Partido Social Cristão – PSC, Partido Republicano Brasileiro – PRB, Partido Democrático Trabalhista – PDT, Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, Partido Social Democrático – PSD, Partido Progressista – PP, Solidariedade – SD,

<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,cunha-impoe-pauta-turbinado-por-bbbs,1676012>.

Acesso em 8 jun 2017.

²⁴⁵ Todas as informações que se seguirão, sobre a instalação da Frente Parlamentar da “Segurança Pública, foram retiradas do site http://www.camara.leg.br/internet/deputado/Frente_Parlamentar/53460-integra.pdf. Acesso em 08 jun 2017.

²⁴⁶ Alberto Fraga é Coronel da Polícia Militar; João Campos é Delegado de Polícia de Classe Especial; Sérgio Olímpio Gomes, conhecido como Major Olímpio, é Major da Polícia Militar; José Augusto Rosa, conhecido como Capitão Augusto, é Capitão da Polícia Militar; Lincoln Portela é pastor evangélico, presidente da Igreja Batista Solidária e já foi apresentador do programa *Record em Notícias*; e Eduardo Bolsonaro é policial federal. Todas estas informações podem ser encontradas no site da Câmara dos Deputados, mediante a seleção da opção “conheça os deputados”, disponível em <http://www2.camara.leg.br/deputados>. Acesso em 08 jun 2017.

²⁴⁷ Disponível em <https://www.nexojournal.com.br/grafico/2017/05/15/A-presen%C3%A7a-dos-partidos-nas-frentes-parlamentares>. Acesso em 8 jun 2017.

Partido Humanista da Solidariedade – PHS e Partido Popular Socialista – PPS, nesta ordem (do partido com o maior número ao partido com menor número de representantes, dentre os partidos com maior afinidade).

Já os parlamentares com menor afinidade com a Frente Parlamentar da Segurança Pública são filiados ao antigo Partido Trabalhista Nacional, hoje Podemos, ao Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB, Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, Partido Socialista Brasileiro – PSB, REDE, Partido Trabalhista do Brasil – PTdoB, Partido Comunista do Brasil – Pcdob, Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Verde – PV e Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, nesta ordem (do partido com o maior número ao partido com o menor número de representantes, dentre os partidos com menor afinidade).

O cenário é diferente na Frente Parlamentar de Controle de Armas, pela Vida e Paz. No grupo com maior afinidade, estão presentes parlamentares filiados aos partidos PROS, REDE, PRB, PTN, PSOL, PPS, PCdoB, PT, PHS, PV e PSC, nesta ordem. E no grupo com menor afinidade, os parlamentares filiados aos partidos PR, PDT, PSD, SD, PSB, PSDB, PP, PMDB, PTB, DEM e PTdoB, nesta ordem.

Segundo os autores da pesquisa, “a presença de deputados em frentes parlamentares é um indicativo do interesse do partido por aquela questão da forma como foi proposta”.

Sem embargo, ao adicionar mais uma variável à pesquisa, qual seja, o financiamento de campanha – mais especificamente, o financiamento de campanha dos deputados que integram a “Bancada da Bala” – foi possível encontrar um levantamento do Instituto Sou da Paz que mostra a massiva participação da indústria privada brasileira de armas e munições nesse jogo político.

Recente levantamento do Instituto Sou da Paz, com base em dados registrados no Tribunal Superior Eleitoral, mostra o tamanho da nova bancada da bala, que assume em 2015, revelando que a iniciativa trouxe benefícios palpáveis ao setor, como o PL 3722/2012, que [pretende a revogação do] Estatuto do Desarmamento e pode ser votado em breve por uma Comissão Especial formada por integrantes da bancada da bala.

A indústria privada brasileira de armas e munições, monopolizada pela Taurus e pela CBC – Companhia Brasileira de Cartuchos, destinou R\$ 1.730.000 para financiar campanhas de 30 candidatos, entre eles deputados federais, deputados estaduais, senadores e governadores. A CBC foi responsável pela doação de 57% desse valor e a Taurus pelos 43% restantes. Desse valor, R\$ 520 mil foram destinados a comitês partidários e a maior parte, no valor de R\$ 1.210.000, foi destinada diretamente a candidatos.

“O ‘esforço’ da indústria para eleger representantes foi muito bem-sucedido, pois mais de 70% dos candidatos financiados pela Taurus e pela CBC foram eleitos. A ação da indústria de armas e munições durante as eleições conseguiu ajudar a eleger 21 parlamentares, sendo 14 deputados federais e 7 deputados estaduais”, comenta Ivan Marques, diretor executivo do Sou da Paz. Nenhum governador ou senador financiado por essas empresas foi eleito em 2014.

Apesar da indústria diversificar seu investimento (foram 13 diferentes partidos e 15 diferentes estados beneficiados), é possível notar algumas preferências importantes. O PMDB e o DEM respondem por 50% do volume recebido pelos partidos, enquanto os estados do Rio Grande do Sul e São Paulo concentram 50% das doações. No caso do Rio Grande do Sul e da Paraíba, mais de 60% da bancada de deputados federais foram financiados pela indústria de armas.²⁴⁸

Quem mais recebeu doações do setor foi o deputado estadual paranaense Pedro Deboni Lupion Mello (DEM), que foi contemplado com R\$ 149,8 mil das duas empresas (R\$ 74,9 mil de cada). O segundo maior beneficiário foi o deputado federal Arnaldo Faria de Sá (PTB-SP), que ficou com R\$ 130 mil, mas apenas da CBC. Declaradamente favorável à flexibilização do Estatuto do Desarmamento, Faria Sá compõe uma comissão instalada na Câmara para apreciar o PL 3722/2012.

Quanto ao deputado Alberto Fraga, apesar de não ter sido financiado diretamente, o comitê de seu partido (DEM) foi generosamente financiado por ambas as empresas.

Atualmente, a “bancada da bala” continua sendo um forte representante dessa fração do capital empresarial, ocupando postos decisórios importantes na estrutura do Estado. No início deste ano, por exemplo, diante das rebeliões e das chacinas ocorridas no interior de vários presídios da região norte e nordeste, a “bancada da bala” buscou o presidente Michel Temer para negociar a criação de um Ministério da Segurança Pública²⁴⁹ – o que será abordado com mais detalhes no item 2.2.1.2.

Feitas estas considerações acerca da *forma* pela qual se dá o embate acerca do poder punitivo entre classes ou frações de classe no âmbito dos aparelhos legislativos federais, deve-se atentar, num segundo momento, ao *conteúdo* de classe desse embate.

O atual Código Penal brasileiro, decretado – pois que sua forma original é a de um decreto-lei – em 7 de dezembro de 1940, durante a vigência do Estado Novo, pelo então presidente Getúlio Vargas, maneja cumprir a função de prevenção geral ao dispor em sua parte especial uma lista que contém centenas de condutas oficialmente rotuladas como criminosas. Portanto, o processo de criminalização primária encontra aí sua principal expressão, ou, em outras palavras, a parte especial do código – bem como de leis penais especiais, como a Lei de Drogas (nº 11.343/2006) e as disposições penais do Estatuto da

²⁴⁸ Notícia publicada pelo Instituto Sou da Paz, em 2 de dezembro de 2014, em seu site, disponível em <http://www.soudapaz.org/noticia/levantamento-do-sou-da-paz-identifica-que-industria-de-armas-financiou-21-parlamentares>. Acesso em 8 jun 2017.

²⁴⁹ Conforme noticiado pelo jornal *O Estado de São Paulo*, em 10 de janeiro de 2017, e pelo portal online da EBC – Agência Brasil, em 11 de janeiro de 2017. As notícias estão disponíveis, respectivamente, em <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,bancada-da-bala-pedira-a-temer-criacao-de-ministerio-da-seguranca-publica,10000099294> > e < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-01/parlamentares-vaio-sugerir-temer-criacao-do-ministerio-da-seguranca-publica>. Acesso em 8 jun 2017.

Criança e do Adolescente (lei nº 8.069/90) – é o produto final do processo de criminalização primária.

Sem esgotá-la, estão previstos crimes contra a vida, a integridade corporal, a honra, a liberdade individual, o patrimônio, a organização do trabalho, a liberdade sexual, a família, a incolumidade pública, a saúde pública, a fé pública, a administração pública (praticados por funcionários públicos ou por particulares), a administração da justiça e as finanças públicas.

Em respeito ao princípio da legalidade, em seus quatro aspectos apresentados acima, foi estabelecida uma técnica legal em que a apresentação do crime e da pena correspondente é feita em duas partes: no *preceito primário* deve estar descrita a conduta criminosa; e no *preceito secundário* deve estar prevista a pena a ser aplicada a quem praticar a conduta descrita no preceito anterior.

Sendo assim, mediante um exercício simples de comparação, podemos verificar quais crimes o legislador intentou punir com mais severidade e, por isso, quais os bens jurídicos que reputou mais importantes – isto é, quais os interesses mais caros ao legislador, que devem ser protegidos mediante uma persuasão (a coação psicológica referida acima) mais intensa.

De todos os crimes previstos entre os artigos 121 (que inaugura a parte especial) e 359-H (que a encerra), o crime que possui a segunda maior pena – o primeiro é a extorsão mediante sequestro, prevista no § 3º do artigo 159 do Código Penal, ao qual é prevista uma pena de 24 a 30 anos – é o latrocínio, o “roubo seguido de morte”, que tem a função de uma dupla proteção, do patrimônio e da integridade física e, em último caso, da vida. Está escrito no § 3º do artigo 157 que “se da violência”, perpetrada pelo sujeito para cometer o roubo, “resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo de multa”.

Em compensação, ao homicídio, prescrito no artigo 121, que tem por função proteger um único bem jurídico – a vida –, se o sujeito matar alguém sem incorrer em nenhuma circunstância cruel ou sem nenhuma motivação especial, que mereça uma maior desaprovação, receberá uma pena de 6 a 20 anos – caso essas circunstâncias ou motivações existam, a pena mínima passa a ser de 12 anos e a máxima de 30 anos.

Portanto, esta diferença de 14 anos entre as duas penas mínimas, do latrocínio e do homicídio simples, se deve apenas ao *interesse público* de se proteger o patrimônio individual, seja ele um celular, um carro, uma residência – qualquer tipo de bem material – para além da proteção da vida da vítima de roubo.

Objetivamente, uma das conclusões a que este fato nos conduz é que o legislador brasileiro entendeu (e entende) ser mais importante o patrimônio que a vida de alguém, pois que o patrimônio mereceu (e merece) uma proteção mais grave que a vida.

A tônica na proteção do patrimônio individual contra condutas cometidas por ações também individuais ainda se confirma ao compararmos as penas de crimes como abandono de incapaz (artigo 133 – detenção de 6 meses a 3 anos), cárcere privado (artigo 148 – reclusão de 1 a 3 anos), redução à condição análoga a de escravo (artigo 149 – reclusão de 2 a 8 anos) e tráfico de pessoas (artigo 149-A – reclusão de 4 a 8 anos) com a pena do furto (artigo 155 e § 4º – se simples, reclusão de 1 a 4 anos; se qualificado, caso tenha sido cometido com chave falsa, por exemplo, reclusão de 2 a 8 anos), do estelionato (artigo 171 – reclusão de 1 a 5 anos), da receptação (artigo 180 e § 1º – se simples, reclusão de 1 a 4 anos; se qualificada, reclusão de 3 a 8 anos) – todos estes crimes contra o patrimônio cometidos sem qualquer violência física ou grave ameaça à vítima.

Além disso, desde 2006 prevê-se que o tráfico de drogas, outro crime que não pressupõe, em seu preceito primário, a violência ou a grave ameaça à pessoa – e cujo bem jurídico seria a saúde pública, outro ente abstrato – deve ser punido com uma pena de 5 a 15 anos. Aliás, de acordo com esta construção, a figura da vítima, que deveria servir de referência e justificação ao processo penal, fica turva, de modo que a delimitação da tipicidade material deste delito é sempre um exercício complicado – quando não irrealizável – na prática forense.

Diante desse cenário, queremos demonstrar que o legislador não exerce uma função tão abstrata quanto se quer acreditar quando prevê crimes e penas. É porque sabe, de antemão, quem são as pessoas que cometem crimes contra o patrimônio individual e que cometem o tráfico de drogas comumente repreendido pela polícia que as penas são previstas nos patamares apresentados acima.

Quando nos deparamos com a homogeneidade de nossa população carcerária – produto final de todo o ciclo dos processos de criminalização –, esse desatino na previsão das penas, que devem ter por objetivo a persuasão de condutas e a consequente proteção dos mais diversos bens jurídicos, torna-se apenas aparente.

Não há incoerência, e por mais de uma razão: numa sociedade capitalista, em que se deve garantir sobretudo a livre disposição de mercadorias, a usurpação arbitrária da propriedade é inadmissível; numa sociedade capitalista, o direito penal é utilizado para administrar a mão-de-obra excedente, isto é, o exército industrial de reserva, o que influi diretamente na manutenção da pouca qualificação da mão-de-obra e de baixos salários; numa sociedade capitalista, concentradora da renda e da propriedade, o atendimento total da demanda por políticas públicas sociais, visando a compensação dos desfavorecidos por essa mesma concentração de renda, não é interessante, de modo que, na prática, o direito penal

normalmente é chamado a intervir quando políticas públicas de moradia e educação, por exemplo, falharam ou foram insuficientes; numa sociedade capitalista, o crime compensa, e principalmente o crime contra o patrimônio ou que visa vantagem econômica, como o comércio de drogas, vez que faz circular, ainda que às avessas, tanto a mercadoria subtraída como a nova que será comprada em seu lugar, ou a mercadoria ilicitamente produzida e o dinheiro que será movimentado nessas transações.

Para além disso, da ocorrência de um crime depende, no mínimo, a existência do policial, do promotor de acusação, do advogado criminal ou do defensor público, dos juízes criminais nas mais diversas instâncias e de todo o pessoal penitenciário.

Ainda, somadas a todas as razões anteriores, a disposição de raças humanas numa escala hierárquica faz com que algumas vidas importem mais que outras, de modo que o direito penal também é chamado a intervir nessa economia diferencial das vidas humanas.

2.1.2. O processo de criminalização secundária

Ainda que não se possa aceitar sem certa crítica a tese de que as “agências políticas que elaboram as normas nunca sabem a quem caberá de fato, individualmente, a seleção que habilitam”²⁵⁰ – pois, como discutimos, o legislador penal atua fazendo uma prospecção da criminalização secundária ao considerar o perfil das pessoas ou de um conjunto de pessoas que será capturado pelas disposições de sua lei –, é mesmo no processo de criminalização secundária que a seleção punitiva permite se revelar por inteiro.

As fases do processo de criminalização secundária são relatadas por Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar nos seguintes termos:

(...) a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que se supõe tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação); no processo, discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no

²⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. 2ª reimpressão, abril de 2015, p. 44.

caso de privação de liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária.²⁵¹

Portanto, no âmbito estatal, enquanto o poder legislativo é o protagonista do processo de criminalização primária, são o poder judiciário e seus órgãos auxiliares os protagonistas do processo de criminalização secundária.

Como o programa penal fruto da criminalização primária é “imenso”, a ponto de ser impraticável sua completa execução, é inevitável que as agências responsáveis por executá-lo atuem seletivamente, focando em atitudes que se adjetivam como transgressoras, ou potencialmente transgressoras, de bens jurídicos que são caros à convivência na sociedade contemporânea, cujo funcionamento se dá sob o modo de produção capitalista, ou em atitudes que, ainda que não sejam aptas a colocar em risco ou violar tais bens jurídicos, permitem o manejo de indivíduos que sobram e/ou são disfuncionais para o bom desempenho desse modo de produção.

Mesmo que no plano da dogmática penal uma parte dos doutrinadores, inclinados ao garantismo, defenda um direito penal do fato, para o qual importaria reprovar apenas a prática de uma conduta, ativa ou omissiva, prevista na lei penal como crime, em contraposição a um direito penal do autor, para o qual importaria mais reprovar o que alguém é, ou, melhor, as falhas de sua trajetória individual, histórica e socialmente considerada, perante uma sociedade de consumo e meritocrática – pertencer a tal ou qual família, ter alcançado ou não certo grau de escolaridade, estar formalmente empregado ou não, deter um maior ou menor poder aquisitivo etc. –, na prática dos tribunais este último é tão importante quanto o primeiro.

Aliás, observado o funcionamento concreto do poder punitivo, e consideradas as fases do processo de criminalização secundária, o direito penal do autor vigora sem constrangimento na fase de captura e investigação policial, enquanto o direito penal do fato é invocado na fase seguinte, de acusação e instrução processual, para conferir ao menos uma aparência de neutralidade e legitimidade à atuação do poder punitivo estatal.

Essa aparência é reforçada pelo caráter técnico da atuação dos órgãos de acusação, defesa e julgamento, o que permite o *saneamento* de eventuais arbitrariedades cometidas na primeira fase, sobre as quais a segunda possa vir a se sustentar, e que por isso não se *contamina* por elas.

²⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011. 2ª reimpressão, abril de 2015, p. 43.

Sobre a função de seletividade cumprida pela polícia, há vasta produção acadêmica. Este trabalho não se ocupará de explicá-la porque sua ocorrência é considerada evidente. Além disso, sua discussão implica uma série de fatores de ordem administrativa que foge à análise feita aqui. De todas as obras que tratam sobre esse assunto, remetemos à tese de doutoramento da Professora Priscilla Placha Sá, intitulada *Mal-estar de Arquivo: As polícias como Arquivistas do Soberano*²⁵² e o livro intitulado *Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro*, de Silvia Ramos e Silvia Musumeci²⁵³.

Para cumprir o intento deste tópico, será procedida a análise do confisco do conflito, seu fundamento, suas implicações e efeitos, que se fazem sentir em toda extensão e complexidade no processo de criminalização secundária, como marca indelével do moderno poder punitivo.

Nos primórdios do enraizamento do capitalismo, os proprietários dos meios de produção precisavam aquecer a economia para fazer circular suas mercadorias e, assim, dar fôlego ao processo de acumulação de capital. Para tanto, vimos que o molde das noções de liberdade, igualdade e equivalência, além de uma política de encarceramento que arregimentou mão-de-obra que, por não ser remunerada, permitiu uma mais-valia absoluta, foram fundamentais para a acumulação inicial do capital e sua estabilização como meio de produção econômico – além de outras medidas que não citaremos aqui devido às limitações temáticas deste trabalho.

De todo modo, no plano formal, admitidas as noções de liberdade, igualdade e equivalência, toda e qualquer pessoa poderia se igualar a outra contanto que ambas pudessem dispor livremente de suas mercadorias, em proporção equivalente. A liberdade de troca de mercadorias no mercado fazia das pessoas sujeitos livres e iguais na troca e pela troca de equivalentes – daí Marx afirmar que, no capitalismo, a relação entre pessoas assume a forma fantasmagórica da relação entre mercadorias²⁵⁴.

E tudo isso se dava (e se dá) de modo absolutamente desconectado do plano material, pois a liberdade formal não encontra correspondência nas relações concretas de dominação, a igualdade não encontra correspondência na desigualdade sempre crescente (em qualidade e

²⁵² SÁ, Priscilla Placha. *Mal-estar de Arquivo: As Polícias como Arquivistas do Soberano*. 2013. 365 f. Tese. Programa de Pós-graduação em Direito. Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. Disponível em <http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/31922>. Acesso em 12 jun 2017.

²⁵³ RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Silvia. *Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro*. Coleção Segurança e Cidadania. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

²⁵⁴ MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro primeiro. Volume I. São Paulo: Editora Bertrand Brasil, 11ª edição, 1987, p. 79-93.

quantidade) entre grupos dominantes e dominados e a equivalência dá lugar ao desequilíbrio completo das relações econômicas, políticas e sociais no capitalismo tardio.

Contudo, diante da possibilidade sempre iminente de acumulação de capital, a estabilidade das relações de troca deveria ser mantida. Portanto, todos os fatores dessa correlação entre os planos formais e materiais primeiro serviu de base à criação de um sujeito de direito dotado de liberdade e igualdade, no âmbito da troca equivalente de mercadorias, para depois aparecer como resultado de suas formas de conservação, constantemente aprimoradas.

Entretanto, como a acumulação passou a dar lugar à concentração, aumentando cada vez mais o poder de poucos proprietários individuais e, assim, tensionando o ideal de igualdade, tornou-se cada vez mais necessário criar mecanismos que dissimulassem a arbitrariedade dos atos que se praticavam, a fim de representá-los como atos legítimos.

Foi então que a figura da *terceira pessoa* foi chamada a intervir para administrar a situação. Como visto, o estabelecimento de uma instância estatal, fora e acima das relações particulares individuais, permitiu que o poder exercido mais ou menos diretamente pelas classes dominantes sobre as classes dominadas se transfigurasse em atos de administração desinteressados do Estado, que passou a ser o intermediador dessas relações.

Desde esse momento bastante específico da história humana, o interesse *público* que fundamenta a existência do Estado e que deve motivar todas as suas ações é exercido mediante uma teia intrincada de órgãos administrativos e instâncias de decisão. O poder pulverizou-se no emaranhado burocrático do Estado.

Foi nesse mesmo momento que o Direito foi chamado para dar forma e garantir robustez a essa nova estrutura, também ele tornando-se um corpo intrincado de leis, doutrina e jurisprudência cada vez mais especializado.

Apesar dos benefícios que puderam ser alcançados com a afirmação da primazia da lei – da lei estatal, especificamente, cuja criação é monopolizada pelo Estado – na qual se declarava a liberdade, a igualdade e a fraternidade entre os *homens*, o prejuízo causado pela autorreferência da lei, especialmente seu efeito de alienação, foi (e é) devastador.

O direito, enquanto fenômeno social objetivo, não pode esgotar-se na norma ou na regra, seja ela da escrita ou não. A norma como tal, isto é, o seu conteúdo lógico, ou é deduzida diretamente das relações já existentes ou, então, representa quando é promulgada como lei estadual apenas um sintoma que permite prever com certa probabilidade o futuro nascimento das relações correspondentes. Para afirmar a existência objetiva do direito não é suficiente conhecer apenas o seu conteúdo normativo, mas é necessário igualmente saber se este conteúdo normativo é realizado na vida, ou seja, através de relações sociais. A origem normal dos erros

neste caso está no modo de pensar dogmático que confere ao conceito de norma vigente um significado específico que não coincide com aquilo que o sociólogo ou o historiador entendem por existência objetiva do direito. Quando o jurista dogmático tem de decidir se uma determinada forma jurídica está ou não em vigor, ele não procura geralmente determinar a existência ou não de um determinado fenômeno social objetivo, mas apenas a presença, ou a ausência, de um vínculo lógico entre a proposição normativa dada e as premissas normativas mais gerais.

Assim, para o jurista dogmático, dentro dos estreitos limites de sua tarefa puramente técnica, verdadeiramente não existem senão normas: ele pode, pois, identificar com a maior serenidade o direito e a norma. (...). Mas se a lei estadual é para o jurista o supremo princípio normativo, ou, utilizando uma expressão técnica, a origem do direito, as considerações do jurista dogmático acerca do direito vigente não comprometem de modo algum o historiador cujo desejo é estudar o direito realmente existente.²⁵⁵

Entretanto, ao modificarmos a equação do jurista dogmático, colocando em primeiro lugar, ao invés da norma, as forças concretamente atuantes e reguladoras da sociedade, já conscientemente organizadas, “não se pode afirmar que a relação entre credor e devedor seja criada pelo sistema coativo de cumprimento de dívidas existente no Estado em questão. Esta ordem, existente objetivamente, *garante* certamente a relação, *preserva-a*, mas em nenhum caso *a cria*.”²⁵⁶

Enfim, o pensamento jurídico dominante que põe em primeiro plano a norma como regra de conduta, formulada autoritariamente, não é, na verdade, menos determinado histórica e materialmente, a despeito de sua autorreferência, pois segue à risca, como se pode observar de seu funcionamento, os condicionamentos políticos, sociais e econômicos. Isto se dá mediante um formalismo que, na aparência, o desconecta totalmente da vida.

Nesse sentido, a dicotomia entre interesse privado e interesse público, na qual se fundamenta a dicotomia entre Direito Privado e Direito Público, faz com que os juristas que se ocupam desta última grande área se esforcem para destacá-la e opô-la à primeira. “O conceito de “direito público não pode, ele próprio, desenvolver-se a não ser em seu movimento: aquele mediante o qual ele é continuamente repellido do direito privado, enquanto tende a determinar-se como o seu oposto e através do qual regressa a ele como o seu centro de gravidade.”²⁵⁷

E é exatamente como ramos do Direito Público que o Direito Penal e o Direito Processual Penal foram estabelecidos²⁵⁸.

²⁵⁵ PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 48-49.

²⁵⁶ PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 50-51.

²⁵⁷ PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 65.

²⁵⁸ “O posicionamento do direito penal objetivo dentro do direito público interno costuma ser extraído, por uma perspectiva conteudística, de supostos objetivos sociais gerais de suas normas, ou, por uma perspectiva formalista, da exclusividade e imperatividade com as quais o estado ad impõe. À primeira perspectiva se integra Magalhães Noronha: “Pertence o direito penal ao direito público. Violada a norma penal, efetiva-se o *jus*

Tanto no âmbito teórico – acadêmico e doutrinário – quanto no âmbito prático – da investigação policial, instrução criminal e execução penal – se reconhece a distinção entre essas duas áreas do Direito, ainda que a autonomia relativa de uma perante a outra seja bastante mitigada na prática processual.

Nesse sentido, Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar dizem que o Direito Penal seria um direito de fundo, e o Direito Processual Penal um direito de forma, de modo que mantêm “uma vinculação estreita e mesmo certo grau de dependência, já que o direito processual é sempre um meio e não um fim em si mesmo” – daí a expressão cunhada por Ernst von Beling: “o direito penal não toca sequer num fio de cabelo do delinquente”²⁵⁹.

Ainda, para Paulo César Busato, se o Direito Penal está posto para produzir apenas dois tipos de resultado, pena ou medida de segurança, o processo penal deixa de ser mero mecanismo de viabilização do direito material para ocupar um lugar de equivalente protagonismo, pois “é absolutamente inútil um direito penal cheio de garantias se o processo penal admite, por exemplo, a tortura como meio de interrogatório. (...) Daí Figueiredo Dias [e Manuel da Costa Andrade] mencionar a existência de uma verdadeira unidade entre os dois.”²⁶⁰.

À parte a questão sobre o Estado, incorporado no Estado-juiz, deter um direito subjetivo de punir ou estar sujeito a um dever de punir – ambos fundamentados, ao menos no

puniendi do Estado, pois este, responsável pela *harmonia e estabilidade sociais*, é o *coordenador* dos indivíduos que compõem a sociedade”; à segunda, Basileu Garcia: “Se só pode ser exercido pelo estado, se a função de impor penas (...) é essencialmente pública, o direito penal constitui necessariamente um ramo do direito público interno”. Em seu texto de iniciação, Miguel Reale, caracterizando uma relação de direito público pelo “fato de atender, de maneira imediata e prevalecente, a um interesse de caráter geral”, afirma que a criminalização da apropriação indébita não atende apenas ao interesse da vítima, e sim ao interesse social, e “por esse motivo, o direito penal é um direito público, uma vez que visa a assegurar bens essenciais à sociedade toda” [adiante no texto, Nilo Batista faz a seguinte colocação: devemos perguntar-nos – sem que isso implique incondicional oposição a alguma tutela penal da propriedade – se a criminalização da apropriação indébita atende igualmente ao interesse de proprietários e não-proprietários]. Filiando-se a ambas as perspectivas, Fragoso fundamenta a inclusão do direito penal no direito público não só porque sua proteção “refere-se a interesses da coletividade” como também porque o “estado detém o monopólio do magistério punitivo, mesmo quando a acusação é promovida pelo ofendido.” (BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, p. 52-53).

²⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do Direito Penal. 4ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 289. Ainda, “estabelecida a dependência teórica, ideológica e político criminal entre as duas disciplinas jurídicas, resta ainda estabelecer seus limites, pois várias normas são comuns a seus respectivos horizontes de projeção. Desde logo, observe-se que certas garantias individuais estabelecidas pela Constituição repercutem tanto no campo do direito penal quanto no do processo penal: a “prisão ilegal”, que deve ser “imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (art. 5º, inc. LXV, CR) pode ser caracterizada tanto a partir do direito penal (no caso de atipicidade objetiva da conduta atribuída ao preso em “flagrante delito”, por exemplo) quanto do processo penal (na falta de observância de formalidade legal na lavratura do auto de prisão em flagrante, por exemplo). Além disso, certos institutos considerados processuais adquirem, pelo menos em sua aplicação prática, natureza jurídica ambígua e discutível, como se dá com a prisão preventiva quando, empregada como ilegítima antecipação de tutela, ganha inegável matiz penal.” (Idem, p. 291).

²⁶⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 979-980.

âmbito do discurso jurídico, “no cumprimento das pretensões da sociedade de proteger determinados bens essenciais ao seu desenvolvimento”²⁶¹ – é por meio do processo penal que o suposto dever de controle social deve ser levado a cabo.

Acompanhando o movimento de abstração da racionalidade moderna, que colonizou o Direito por inteiro, o Direito Penal e Processual Penal modernos não são manejados devido ao prejuízo sofrido pela parte lesada, mas sim, por primeiro, devido à violação da norma posta pelo Estado. Vimos que isto fez com que a ideia de equivalência, originariamente jurídica, ou o que tivesse restado dela, perdesse sentido e deixasse de ser a medida das relações jurídicas no âmbito do Direito Penal.

Entretanto, ainda que a parte lesada ocupe um lugar meramente figurativo, sua presença é absolutamente necessária: “a abstração do interesse público lesado apoia-se na figura perfeitamente real da parte lesada que participa no processo, seja pessoalmente ou por intermédio de um representante, atribuindo assim uma significação viva a este processo.”²⁶².

Diante desse desdobramento,

pelo qual o próprio poder do Estado aparece tanto no papel de parte judiciária (procurador) como no papel de juiz, mostra que o processo penal, como forma jurídica, é inseparável da figura da vítima que exige “reparação” e, por conseguinte, da forma mais geral do contrato. O procurador público reclama, como convém a uma “parte”, um preço “elevado”, ou seja, uma pena severa. O acusado solicita indulgência, “uma redução”, e o tribunal se pronuncia “em toda a equidade”. E se rejeitarmos por completo esta forma de contrato, privamos o processo penal de toda a sua “alma jurídica”. Imaginemos por instantes que o tribunal ocupa-se, de fato, somente da maneira pela qual poderiam ser modificadas as condições de vida do acusado visando corrigi-lo ou proteger a sociedade, e todo o significado do próprio termo “pena” desapareceria imediatamente. (...) queremos simplesmente mostrar que este processo contém particularidades que não se deixam esgotar através de considerações claras e simples sobre a finalidade social, mas que representam um momento irracional, mistificador e absurdo. Queremos também mostrar que é justamente este momento que constitui o momento especificamente jurídico.²⁶³

Sendo assim, a justiça penal moderna, encarnada no Estado-juiz, procura agir com cuidado para que o pagamento a que ficará obrigado o acusado resulte de um acordo firmado em observância às regras da arte, isto é, que cada parte, promotor de acusação e advogado de defesa, possam se convencer de terem negociado livremente a liberdade do acusado mediante seu conhecimento e consentimento, em respeito aos princípios da publicidade processual, do contraditório e da ampla defesa²⁶⁴, e em benefício da vítima. Dito diretamente: as relações

²⁶¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 981.

²⁶² PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 126.

²⁶³ PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 126-127.

²⁶⁴ Em oposição ao sigilo da instrução processual – que era a regra durante a Idade Média e no Antigo Regime, em especial na prática inquisitória – seguido da publicidade das penas. Este ponto, inclusive, foi escolhido por

entre o Estado e o acusado “encontram-se inteiramente inseridas no quadro de um leal negócio comercial. É justamente nisso que consistem as garantias do processo penal.”²⁶⁵

Atualmente, diz-se que o caráter público do processo penal é “evidente”²⁶⁶. Isto porque, através do direito de ação, originariamente privado – pois confere a todo sujeito de direito a prerrogativa de reclamar perante o órgão jurisdicional competente a satisfação de uma pretensão –, se exerce uma pretensão acusatória mediante a qual o Estado poderá exercer seu poder punitivo, realizando a programação contida na lei penal material.

Ao menos no Brasil, a ação penal se inicia com uma acusação que tem por objetivo uma condenação, denominada denúncia ou queixa. Será uma denúncia quando o ajuizamento da ação penal couber ao Ministério Público; será queixa quando o ajuizamento couber à vítima ou seus representantes legais – por isso se afirma que o objeto do processo penal é a pretensão acusatória, e não a pretensão punitiva, pois a parte que acusa não pode também pretender punir o acusado, função que cabe apenas ao Estado-juiz²⁶⁷. Esta matéria está regulada pelos artigos 24 a 62 do Código de Processo Penal.

Nos termos do artigo 24 do Código de Processo Penal, a regra é o processamento de crimes via denúncia, ou seja, o ajuizamento de quase todos os crimes previstos no Brasil cabe ao Ministério Público. Só não será assim quando a própria lei penal prever que o crime deve ser processado, ainda que por iniciativa do Ministério Público, mediante representação do ofendido (conforme previsto na segunda parte do artigo 24 do Código de Processo Penal) ou quando esta iniciativa é da própria vítima ou de seus representantes legais (nos termos do artigo 29 e 30 do mesmo Código).

Foucault para inaugurar sua genealogia da pena de prisão, em *Vigiar e Punir*: “A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade, não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício. O fato de ela matar ou ferir já não é mais a glorificação de sua força, mas um elemento intrínseco a ela que ela é obrigada a tolerar e muito lhe custa ter que impor. As caracterizações da infâmia são redistribuídas: no castigo-espetáculo um horror confuso nascia do patíbulo; ele envolvia ao mesmo tempo o carrasco e o condenado: se, por um lado, sempre estava a ponto de transformar em piedade ou em glória a vergonha infligida ao supliciado, por outro lado ele fazia redundar geralmente em infâmia a violência legal do executor. Desde então, o escândalo e a luz serão partilhados de outra forma; é a própria condenação que marcará o delinquente com sinal negativo e unívoco: publicidade, portanto, dos debates e da sentença; quanto à execução, ela é como uma vergonha suplementar que a justiça tem que impor ao condenado; ela guarda distância, tendendo sempre a confiá-la a outros e sob a marca do sigilo.” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 14-15).

²⁶⁵ PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 132.

²⁶⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 360.

²⁶⁷ Sobre esse tema, vide LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 143-170.

E isto se dá justamente devido ao alegado *interesse público* de que uma harmônica convivência social seria fonte material e o Estado de direito a forma de garantia. Sendo assim, de acordo com um posicionamento tradicional da dogmática penal,

É importante perceber que o deflagrar de uma ação penal não significa a afirmação da culpabilidade de ninguém. Trata-se unicamente de um juízo de suspeita, ou seja, de afirmar-se a existência de indícios suficientes para dar início a uma investigação, através de uma ação penal, que se confirmará ou não no processo.

Daí que, no momento do oferecimento da denúncia, uma eventual dúvida a respeito da culpabilidade do denunciado implica na admissão da denúncia e no deflagrar da ação penal, justamente o contrário do juízo necessário [em tese] para a condenação, que é um juízo onde a dúvida deve implicar na absolvição. Trata-se do princípio da *obrigatoriedade*.²⁶⁸

Para Antonio Scarance Fernandes, a razão da existência do princípio da *obrigatoriedade* reside no princípio da legalidade: “o delito afronta o sistema legal vigente, que para sua garantia exige, se ficar provada a prática delituosa em processo regular, a punição do autor do crime, o que só é possível se houver oferecimento de denúncia.”²⁶⁹ E ainda que defenda a mitigação dessa *obrigatoriedade*, diante das peculiaridades do caso concreto, entende que deve ser admitida como regra geral, isto é, como princípio mesmo de *obrigatoriedade*, fundante do exercício da ação processual penal.

E – ainda na trilha de doutrinadores que não incorporam a luta de classes às suas análises – é do princípio processual da *obrigatoriedade* que nasce outra obrigação, como que *gêmea* da primeira: a do Estado-juiz de emitir uma decisão, seja de acolhimento seja de rejeição da pretensão acusatória que se formulou na denúncia ou na queixa.

A *acusação* – instrumento portador do direito potestativo²⁷⁰ de proceder contra alguém – gera uma obrigação do órgão jurisdicional de manifestar-se (até por consequência do princípio da necessidade ou *obrigatoriedade*). Para LEONE, a ação penal investe o órgão da jurisdição, o qual, por efeito dessa investidura, está obrigado a emitir uma decisão. Ao direito de ação corresponde a obrigação da prestação da tutela jurisdicional. Trata-se de um evidente caráter público da ação.²⁷¹

Contudo, como não pode deixar de ser, também o processo penal “reflete a concepção política dominante e o seu modo de tratar os direitos, as garantias do suspeito, do acusado, e

²⁶⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 985.

²⁶⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 185.

²⁷⁰ “A pretensão acusatória é uma declaração petitória ou afirmação de que o autor tem direito a que se realize a prestação pedida. É, no processo penal, *uma declaração petitória*. Não é um direito subjetivo, mas um direito potestativo: o poder de proceder contra alguém diante da existência de *fumus commissi delicti*. A isso corresponde o conceito de *ação*, que não pode ser confundido com o de *acusação* (instrumento formal).” (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 357).

²⁷¹ Lopes Jr., Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 361.

os interesses dos órgãos incumbidos da persecução penal. Por isso, as “orientações políticas típicas, historicamente afirmadas, influíram de modos diferentes”, como acentua Jorge de Figueiredo Dias, ‘na estrutura e caracterização do processo penal’.²⁷²

No capítulo anterior, foi apresentada a análise sociológica de Pierre Bourdieu sobre a força do Direito. Naquele momento, discutimos o esforço de uma classe profissional, o *corpo de juristas*, para construir um *corpo de doutrina* independente dos constrangimentos e das pressões sociais, que funcionasse mediante um mecanismo de autorreferência.

Vimos que a análise bourdiesiana, neste ponto, se aproxima também do conteúdo da crítica marxista, pois, “quando se toma a direção oposta a esta espécie de ideologia profissional do corpo dos doutores constituída em corpo de “doutrina”, é para se ver no direito e na jurisprudência um *reflexo direto* das relações de força existentes, em que se exprimem as determinações econômicas e, em particular, os interesses dos dominantes (...)”.²⁷³

Esses elementos nos permitem romper com os atributos de imparcialidade, neutralidade e isenção outorgados aos atos do legislativo e do judiciário – e a este em especial. Além disso, com eles podemos determinar a maior ou menor contribuição que a forma do Direito pode dar ao cumprimento de suas funções – tanto as declaradas como as latentes.

Além de todos esses elementos, o confisco do conflito se torna verdadeiramente aflitivo para a vítima e o acusado na fase judicial da criminalização secundária, devido a toda uma postura linguística que se exige para entrar no jogo processual, cuja sustentação exige uma mestria técnica alcançada apenas por aqueles que operaram a “conversão de seu espaço mental”, pressuposto do ingresso neste espaço social.

Na realidade, a instituição de um “espaço judicial” implica a imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que, quando nele se acham lançados, permanecem excluídos de fato dele, por não poderem operar a conversão de seu espaço mental – e, em particular, de sua postura linguística – que supõe a entrada neste espaço social. A constituição de uma competência propriamente jurídica, mestria técnica de um saber científico frequentemente antinômico das simples recomendações do senso comum, leva à desqualificação do sentido de equidade dos não-especialistas e à revogação da sua construção espontânea dos fatos, da sua “visão do caso”. O desvio entre a visão vulgar daquele que se vai tornar num *justiciável*, quer dizer, num cliente, e a visão científica do perito – juiz, promotor, advogado, conselheiro jurídico etc –, nada tem de accidental. Ele é constitutivo de uma relação de poder, que fundamenta dois sistemas diferentes de pressupostos, de intenções expressivas; numa palavra, duas “visões do mundo”. Este desvio, que é o fundamento de um desapossamento, resulta do fato de, através

²⁷² FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 21.

²⁷³ BOURDIEU, Pierre. 1930-2002. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz (para português de Portugal). 16ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 209.

da própria estrutura do campo e do sistema de princípios de visão e de divisão que está inscrito na sua lei fundamental, na sua *constituição*, se impor um sistema de exigências cujo coração é a adoção de uma postura global, visível sobretudo em matéria de linguagem.²⁷⁴

Quando se substitui o diálogo, mais ou menos conflitivo, entre as partes diretamente implicadas no conflito por diálogos entre representantes das partes, presidido e controlado pela figura de um mediador, a quem também incumbe decidir o conflito, o espaço judicial pode apresentar-se como espaço *neutro*. O distanciamento das partes diretamente envolvidas no conflito opera uma “des-realização”²⁷⁵ imprescindível para o reconhecimento da legitimidade do processo de criminalização secundária.²⁷⁶

É por isso que os atos que se desenrolam aí, em especial no campo do processo penal, são tidos como um ato de “magia social”²⁷⁷, que consagram e sancionam um estado muito específico de coisas, uma ordem peculiar.

Sendo assim, podemos compreender os ritos próprios da criminalização secundária como ritos de passagem, que instituem uma espécie de fronteira entre um antes e um depois, isto é, entre uma realidade “real” e uma realidade instituída que, consagrada e sancionada pelos atos judiciais, deve ser conhecida e reconhecida como tal pelos sujeitos processuais.

Uma vez que o conflito ingressa no campo judicial, seu processamento estará submetido a exigências específicas, implícita ou explicitamente inscritas no contrato que define a entrada no campo judicial, que supõe aceitar o jogo regrado para resolver o conflito, adotando um modo de expressão e de discussão (...).

Esses precedentes e essa lógica de funcionamento atuam não como razões determinantes, mas como instrumentos de racionalização (...) que funcionam como

²⁷⁴ BOURDIEU, Pierre. 1930-2002. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz (para português de Portugal). 16ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 226.

²⁷⁵ BOURDIEU, Pierre. 1930-2002. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz (para português de Portugal). 16ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 227. Ainda, “os agentes especializados, enquanto terceiros indiferentes ao que está diretamente em jogo (o que não quer dizer desinteressados) e preparados para apreenderem as realidades escaldantes do presente atendo-se a textos antigos e a precedentes confirmados, introduzem, mesmo sem querer nem saber, uma distância neutralizante a qual, no caso dos magistrados pelo menos, é uma espécie de imperativo da função que está inscrita no âmbito dos *habitus*: as atitudes ao mesmo tempo ascéticas e aristocráticas que são a realização incorporada do dever de reserva são constantemente lembradas e reforçadas pelo grupo dos pares, sempre pronto a condenar e a censurar os que se comprometeriam de modo explícito com questões monetárias ou políticas.” (Idem, *ibidem*).

²⁷⁶ Em resumo, a transformação dos conflitos inconciliáveis de interesses em permutas reguladas de argumentos racionais entre sujeitos iguais está inscrita na própria existência de um pessoal especializado, independente dos grupos sociais em conflito e encarregado de organizar, segundo formas codificadas, a *manifestação pública* dos conflitos sociais e de lhes dar soluções socialmente reconhecidas como imparciais, pois que são definidas segundo as regras formais e logicamente coerentes de uma doutrina percebida como independente dos antagonismos imediatos. BOURDIEU, Pierre. 1930-2002. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz (para português de Portugal). 16ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 228.

²⁷⁷ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A força do direito e a violência das formas jurídicas. **Revista de Sociologia e Política**, [S.l.], v. 19, n. 40, out. 2011, p. 33. ISSN 1678-9873. Disponível em <http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31704>. Acesso em: 09 ago 2017.

um espaço de possibilidades que faz surgir a solução adotada como o produto de uma aplicação neutra e objetiva.²⁷⁸

Ao final, ao juiz é sempre possível alegar que “a lei é a lei”, afastando a arbitrariedade de seus vereditos – ainda que, conforme se abordará no próximo capítulo, sempre sobre um espaço de liberdade e criatividade judicial, oportunidade para a brecha, ao mesmo tempo, à permissividade ao arbítrio judicial ou à discussão desta arbitrariedade, isto é, da possibilidade de controle e reversão do que há de arbitrário na persecução criminal.

Ainda, o confisco do protagonismo das partes diretamente envolvidas no caso somado ao intrincado ritual processual penal, disposto em diversos procedimentos previstos em lei – ordinário, sumário, procedimento do Tribunal do Júri, procedimentos de leis especiais, etc. –, podem ser compreendidos mediante as categorias apresentadas por Michel Foucault em *A ordem do discurso*, principalmente a *interdição*.

Em uma sociedade como a nossa, conhecemos, é certo, procedimentos de exclusão. O mais evidente, o mais familiar também, é a interdição. Sabe-se bem que não se tem o direito de dizer tudo, que não se pode falar de tudo em qualquer circunstância, que qualquer um, enfim, não pode falar de qualquer coisa. Tabu do objeto, ritual da circunstância, direito privilegiado ou exclusivo do sujeito que fala: temos aí o jogo de três tipos de interdições que se cruzam, se reforçam ou se compensam, formando uma grade complexa que não cessa de se modificar.²⁷⁹

Essa interdição do discurso pode se dar por meio de diversos *princípios de limitação*. Um deles é a *disciplina* que se define como “um domínio de objetos, um conjunto de métodos, um corpus de proposições consideradas verdadeiras, um jogo de regras, de definições, de técnicas e instrumentos: (...) uma espécie de sistema anônimo à disposição de quem quer ou pode servir-se dele”²⁸⁰.

No interior de seus limites, cada disciplina reconhece proposições verdadeiras e falsas, de modo que há um efeito de rejeição, para fora de suas margens, de toda uma “teratologia do

²⁷⁸ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A força do direito e a violência das formas jurídicas. **Revista de Sociologia e Política**, [S.l.], v. 19, n. 40, out. 2011, p. 33. ISSN 1678-9873. Disponível em <http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31704>. Acesso em: 09 ago 2017.

²⁷⁹ E continua: “Notaria apenas que, em nossos dias, as regiões onde a grade é mais cerrada, onde os buracos negros se multiplicam, são as regiões da sexualidade e as da política: como se o discurso, longe de ser esse elemento transparente ou neutro no qual a sexualidade se desarma e a política se pacifica, fosse um dos lugares onde elas exercem, de modo privilegiado, alguns de seus mais temíveis poderes.” (FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. 22ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012, p. 9).

²⁸⁰ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. 22ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012, p. 29.

saber”. Como exemplo, Foucault relata as descobertas científicas de Mendel²⁸¹ para concluir que um “novo objeto pede novos instrumentos conceituais e novos fundamentos teóricos. Mendel dizia a verdade, mas não estava “no verdadeiro” do discurso biológico de sua época”.

Assim, a disciplina funciona como uma “polícia discursiva”, que controla a produção do discurso e do que pode ser admitido como verdadeiro nele. Como efeito, há uma *rarefação* dos sujeitos que falam: ninguém pode entrar na ordem do discurso sem satisfazer certas exigências ou se não for, desde o princípio, qualificado para tanto.

A forma mais superficial e mais visível desses sistemas de restrição é constituída pelo que se pode agrupar sob o nome de ritual; o ritual define a qualificação que devem possuir os indivíduos que falam (e que, no jogo de um diálogo, da interrogação, da recitação, devem ocupar determinada posição e formular determinado tipo de enunciados); define os gestos, os comportamentos, as circunstâncias, e todo o conjunto de signos que deve acompanhar o discurso; fixa, enfim, a eficácia suposta ou imposta das palavras, seu efeito sobre aqueles aos quais se dirigem, os limites de seu valor de coerção. Os discursos religiosos, judiciários, terapêuticos e, em parte também, políticos, não podem ser dissociados dessa prática de um ritual que determina para os sujeitos que falam, ao mesmo tempo, propriedades singulares e papéis preestabelecidos.”²⁸²

Deste modo, o discurso se anula em sua realidade, colocando-se na ordem do significante, o que confirma o movimento de autorreferência do Direito, tal como apresentado por Bourdieu.

Contudo, sob essa aparente “veneração” do discurso espreita uma espécie de temor. Tudo ocorre como se interdições, limitações, controles tivessem sido dispostos de modo a dominar, ao menos em parte, a livre proliferação do discurso e do que pode haver de verdade (realidade “real”) nele, de modo a ser destacada de sua potencial aleatoriedade a parte mais perigosa e repelir tudo o que pode haver de incontrolável.

Para Foucault, “há, sem dúvida, em nossa sociedade (...), uma espécie de temor surdo desses acontecimentos, dessa massa de coisas ditas, do surgir de todos esses enunciados, de

²⁸¹ “Muitas vezes se perguntou como os botânicos ou os biólogos do século XIX puderam não ver que o que Mendel dizia era verdade. Acontece que Mendel falava de objetos, empregava métodos, situava-se num horizonte teórico estranhos à biologia de sua época. (...) Novo objeto que pede novos instrumentos conceituais e novos fundamentos teóricos. Mendel dizia a verdade, mas não estava “no verdadeiro” do discurso biológico de sua época: não era segundo tais regras que se constituíam objetos e conceitos biológicos; foi preciso toda uma mudança de escala, o desdobramento de todo um novo plano de objetos na biologia para que Mendel entrasse “no verdadeiro” e suas proposições aparecessem, então, (em boa parte) exatas. Mendel era um monstro verdadeiro, o que fazia com que a ciência não pudesse falar nele; enquanto Schleiden, por exemplo, uns trinta anos antes, negando, em pleno século XIX, a sexualidade vegetal, mas conforme as regras do discurso biológico, não formulava senão um erro disciplinado.” (FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. 22ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012, p. 32-33).

²⁸² FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. 22ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012, p. 36-37.

tudo o que possa haver aí de violento, de descontínuo, de combativo, de desordem, também, e de perigoso, desse grande zumbido incessante e desordenado do discurso.”²⁸³

É neste ponto que Foucault faz o cruzamento entre a crítica e a genealogia do discurso com elementos do ofício da História, principalmente o *acontecimento*, que seria o oposto da *longa duração* – não para negá-la, pois que o acontecimento seria uma decorrência da longa duração; mas como uma perspectiva de análise diversa²⁸⁴.

A busca do *acontecimento* permite estabelecer séries diversas, entrecruzadas, que antes dizem mais sobre a descontinuidade que sobre a continuidade, isto é, sobre o que há de transformação num determinado evento. Mas, mesmo que os acontecimentos devam ser tratados como conjunto de acontecimentos discursivos, certamente não são acidentais.

Ainda que o acontecimento transcenda a ordem material, que o discurso não tenha corpo, “é sempre no âmbito da materialidade que ele se efetiva, que é feito. (...) Digamos que a filosofia do acontecimento deveria avançar na direção paradoxal, à primeira vista, de um materialismo do incorporeal.”²⁸⁵

O lugar do ritual seria exatamente esse: o de esconjurar, ou antes, de *interditar* o que há de *acaso* e de *materialidade* no discurso.

Quem já esteve presente num ritual processual penal sabe que não é dado ao acusado e à vítima – que, conforme se disse acima, já “nascem”, no processo, destituídos de sua identidade e de toda complexidade de suas vidas – a possibilidade de narrar fatos e acontecimentos para além do fato criminoso descrito em alguns parágrafos na denúncia ou na queixa-crime.

As nuances e os detalhes da ordem da materialidade, da vida mesmo da vítima e do acusado, que poderiam tanto confirmar a noção de transgressão buscada pela acusação como infirmá-la, em favor da defesa, são rapidamente interditados pela figura responsável por conduzir o ritual de acordo com suas regras, o juiz.

Mas toda essa análise teórica provavelmente diz muito mais, num sentido de proximidade conceitual, e muito menos, no sentido de dar conta da complexidade dos aspectos políticos, econômicos, sociais, culturais, religiosos, emocionais etc. dos sujeitos e das relações

²⁸³ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. 22ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012, p. 47-48.

²⁸⁴ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. 22ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012, p. 52.

²⁸⁵ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. 22ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012, p. 54.

travadas entre esses sujeitos no campo judicial, tal como essas relações se dão no ritual processual penal.

Recentemente, foram lançados dois documentários que tentaram dar conta de todos esses aspectos que a teoria científica, por essência, não dá. Ambos foram idealizados e dirigidos por Maria Augusta Ramos, chamados *Justiça e Juízo*.

O registro da imagem do cotidiano forense permite retratar, com mais acuidade que qualquer livro de criminologia ou manual de Direito Penal ou Processual Penal, a realidade e a violência da seletividade – tanto da seletividade própria da criminalização primária, pois que quase todas as audiências são sobre crimes contra o patrimônio e tráfico de drogas, como daquela própria da criminalização secundária, pois todos/as os/as acusados/as tem o mesmo perfil: pobres de pele escura. Em todas elas, dá-se a interdição de qualquer manifestação que fuja à discussão do silogismo entre o fato criminoso e a lei.²⁸⁶

Neste ponto, é possível resgatar o que a lei insiste em omitir: a orientação do sistema de justiça – e de forma ainda mais sintomática, do sistema de justiça criminal – por conflitos e hierarquias próprias da realidade social.

No Brasil, a despeito do esforço científico, e em última instância político, em construir o *mito da brasilidade*, do cidadão cordial, a sociedade é estratificada em classes definidas não só pela renda, mas em grande medida pela raça e, da combinação destas duas, pela capacidade diferencial de incorporação de disposições e de conhecimentos que condicionam a entrada e a permanência na sociedade capitalista – em especial numa sociedade capitalista periférica como a brasileira.²⁸⁷

De acordo com Priscila Coutinho

A desigualdade social influencia a aplicação do Direito Penal tanto na interação entre os aplicadores do Direito e os réus da rale (sistematicamente submetidos à

²⁸⁶ Para compreender exatamente o que estamos tentando explicar, sugerimos ao leitor que assista os documentários e, após, confira o capítulo 14 da obra coletiva organizada por Jessé de Souza, *A rale brasileira: quem é e como vive* (SOUZA, Jessé. **A rale brasileira: quem é e como vive** / Jessé Souza; colaboradores André Grillo et al. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2016). Neste capítulo, escrito por Priscila Coutinho e intitulado *A má-fé da justiça*, discutem-se exatamente as questões que expomos aqui, mediante referências diretas aos documentários *Justiça e Juízo*.

²⁸⁷ “Há nesse tipo de análise uma incompreensão primordial que mina todas as possibilidades de um diagnóstico plausível: a não percepção de que a sociedade brasileira é estratificada por classes sociais, definidas não só pela renda, mas pela capacidade diferencial de incorporação de disposições e de conhecimento. E “não perceber”, aqui, significa não perceber com conceitos. Certamente qualquer cientista social convicto no personalismo repetiria com todas as letras que o Brasil é uma sociedade de classes. A questão é que todas as explicações oferecidas por esses cientistas negligenciam sistematicamente o modo como a hierarquia de classe condiciona os fenômenos sociais. Essas explicações retiram sua capacidade de convencimento do fato de repetirem as imagens mais imediatas do mundo tal qual ele aparece ao senso comum, compartilhado por todos nós.” (COUTINHO, Priscila. *A má-fé da justiça*. SOUZA, Jessé. **A rale brasileira: quem é e como vive** / Jessé Souza; colaboradores André Grillo et al. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2016, p. 387-388)

Justiça penal) quanto no nível mais propriamente institucional, ou seja, daquilo que diz respeito à própria forma que as instituições assumiriam durante a nossa história. Nesse primeiro nível, o da interação, a desigualdade se manifesta na diferença de classe entre o aplicador do Direito e o réu da rale, a qual determina, muitas vezes, a insensibilidade de classe por parte dos aplicadores mais conservadores. No segundo nível, verifica-se que a nossa histórica desigualdade construiu instituições que não consideraram as características de uma classe social específica e esquecida enquanto classe, a rale estrutural.²⁸⁸

É bastante ilustrativa uma audiência presidida pelo juiz Geraldo Prado – cujas críticas acadêmicas e doutrinárias ao Direito Penal, que vem ao encontro das que apresentamos neste trabalho, são nacional e internacionalmente reconhecidas – e reproduzida no documentário *Justiça*. Conforme o rito processual se desenrola na audiência, fica cada vez mais evidente o fechamento da justiça penal às questões referidas acima. Devido à importância da cena retratada, vamos nos valer de sua transcrição, feita por Priscila Coutinho²⁸⁹:

Alan pesa 38 quilos. Tem o corpo de um menino de 10 anos, mas tem 18. Seu semblante pode causar pena, rejeição, estranheza, mas impede qualquer tentativa de lhe ser indiferente. É como se um dia alguma situação o tivesse deixado estupefato e sua face nunca se redimisse do assombro. Alan senta, levanta, caminha, olha, fala responde às perguntas do juiz, vai para a carceragem da Polinter [carceragem no Rio de Janeiro, desativada em 2006 e construída em 1988 para abrigar 400 presos, mas que chegou a abrigar 1.680], sai da Polinter com os pés tão inchados que parece ter elefantíase, entra no ônibus... Nenhuma ação é capaz de modificar seu semblante. Ele está sendo interrogado a respeito de uma suposta colaboração com o tráfico de drogas. A tia de Alan, que o criou, entra na sala de audiências e senta no lugar reservado às testemunhas. Ela está tão temerosa e incomodada que nem sequer consegue se recostar na cadeira e fica na beirada, pronta para se levantar de lá. O juiz pergunta: “A senhora é tia dele, né?”. Ela responde: “Sou tia, criei ele desde seis anos, que ele não tem pai e não tem mãe.”. Tem a respiração ofegante, como se sua pressão tivesse subido abruptamente.

Ela fala com muita dificuldade, parece apavorada, mas argumenta que seu sobrinho estudou até a quinta série. Tenta mostrar que ela o educou bem, apesar de ele ser asmático e atrofiado. Quando a tia de Alan fala sobre a condição física do menino, o juiz a interrompe e pergunta se ela sabe que o sobrinho fuma maconha. Ela responde que soube e que, por isso, “deu uma coça nele”, demonstrando o que para ela é uma forma de amor e cuidado. A tia diz que um médico recomendou tratamento psicológico a Alan. A defensora pública, na tentativa de deslocar a atenção para eventos mais determinantes na vida de Alan do que o uso de drogas, pergunta se esse tratamento é necessário devido ao suposto uso da maconha ou se os problemas vividos por Alan na infância também demandam terapia. A tia responde: “Ah, isso já vem desde que ele perdeu o pai dele, perdeu a mãe dele, perdeu a irmã dele...”. O juiz corta novamente a

²⁸⁸ COUTINHO, Priscila. *A má-fé da justiça*. SOUZA, Jessé. **A rale brasileira: quem é e como vive** / Jessé Souza; colaboradores André Grillo et al. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2016, p. 383.

²⁸⁹ COUTINHO, Priscila. *A má-fé da justiça*. SOUZA, Jessé. **A rale brasileira: quem é e como vive** / Jessé Souza; colaboradores André Grillo et al. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2016, p. 391-394.

fala da tia de Alan, sugere à defensora que ela não sabe responder a essa questão e diz, firmemente: “Certo, e sobre a maconha em si?”.

A audiência de Alan é presidida por Geraldo Prado, juiz da ala progressista da magistratura brasileira, professor e autor de obras sobre Direito Penal e crítico no que se refere à necessidade de reforma do sistema criminal. O magistrado é sensível ao fato de as condições materiais de existência determinarem o destino dos réus que a ele são apresentados todos os dias. Porém, não pode orientar sua prática de aplicar da lei com esse pressuposto. Por um lado porque não há instituições que possam, de fato, ajudar a mudar a vida desses réus, que já são condenados antes de se apresentarem ao juiz. Por outro lado, porque a única forma de proteger a sociedade, na qual não se incluem os seus inimigos – não apenas aqueles que sistematicamente atentam, como também aqueles que simplesmente se presume que possam atentar contra a vida e contra a propriedade privada -, é encarcerando aqueles que a apavoram.

Geraldo Prado é o tipo de magistrado que sabe do fato, e o leva em conta no momento do julgamento, de que as prisões ofendem frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, e procura, quando possível, uma alternativa à prisão. Alan, por exemplo, teve sua pena privativa de liberdade (prisão) convertida em restritiva de direito (alternativa), pois atendia aos critérios objetivos que autorizam a conversão: a condição de réu primário, por exemplo. Porém, é grande a chance de ele voltar a delinquir, já que as circunstâncias de sua vida levariam a isso, e então não haverá alternativa ao encarceramento.

Nessa audiência, assim como em quase todas, a infância traumática do réu é propositadamente ignorada. A tia de Alan não teve nem mesmo a oportunidade de contar como o menino perdeu a família. O juiz, intuindo, a partir da repetição das histórias que lhe chegam todos os dias, que a tia contaria fatos que, apesar de serem determinantes para que a prática de atividade ilícita tenha se tornado quase inescapável, não podem ser, na prática, considerados, a interrompeu e direcionou o depoimento para uma questão que poderia ser ponderada na decisão: o uso de maconha. Poderia ser ponderada porque esse não seria um fator determinante na história de vida de Alan, como o é uma infância desorganizada e brutal.

A consideração da infância dos réus, se levada a cabo sistematicamente, colocaria instituição em xeque, já que quase todos que são réus têm a mesma história de desorganização familiar, infância marcada por algum tipo de violência e fracasso escolar.

Sob o pretexto de garantir *segurança jurídica*, portanto, o funcionamento da justiça criminal, essencialmente classista, denota sua má-fé institucional, de modo que, ainda que os sujeitos processuais – juiz/juíza, promotor/a, defensor/a, vítima e acusado/a – compreendam este panorama, podem fazer pouco ou nada. Mesmo quando o juiz se mostra sensível aos

dramas que cercam os casos que julga, não há alternativa ao encarceramento quando se trata de um réu da ralé.²⁹⁰

Afinal, os maiores problemas da justiça penal não se devem tanto ao atraso dos procedimentos legais, à maior ou menor influência do sistema inquisitório ou do sistema acusatório – discussão que já se deu à exaustão – ou à impunidade, mas principalmente ao fato de os conflitos de classe e de raça historicamente estabelecidos na sociedade brasileira se estenderem e colonizarem o Estado tanto no âmbito legislativo como no judiciário, o que determina a reprodução da desigualdade social pelo sistema de justiça criminal.

2.2. A CRÍTICA AO PODER PUNITIVO BRASILEIRO

2.2.1. A política penal – de *segurança pública* – brasileira

No âmbito normativo, a segurança pública é tratada muito rapidamente e apenas na Constituição Federal, em seu artigo 144²⁹¹.

²⁹⁰ COUTINHO, Priscila. A má-fé da justiça. SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: quem é e como vive / Jessé Souza; colaboradores André Grillo et al. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2016, p. 394.

²⁹¹ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º Às polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-

Segundo um glossário de conceitos básicos do site da SENASP (Secretaria Nacional de Segurança Pública) do Ministério da Justiça²⁹², a segurança pública é “uma atividade pertinente aos órgãos estatais e à comunidade como um todo, realizada com o fito de proteger a cidadania, prevenindo e controlando manifestações da criminalidade e da violência, efetivas ou potenciais, garantindo o exercício pleno da cidadania nos limites da lei”.

Não obstante se pretenda construir ou oferecer uma política de segurança pública que previna e controle as manifestações potenciais ou efetivas da violência, o que se observa na prática²⁹³ é uma atuação estatal primordialmente repressiva e autoritária promovida principalmente pelas polícias militares dos estados da federação, que atuam como uma guarda pretoriana dos governadores²⁹⁴, a quem estão subordinadas.

Apesar da questão criminal e de segurança pública sempre receberem destaque no período eleitoral, tanto em campanhas para cargos do Executivo como para cargos do Legislativo, e de todas as instâncias federativas (municipal, estadual e federal), não se promove uma reflexão qualificada do tema, nem na academia e nem nas instituições de governo ou estatais, em geral.

Quando há alguma atenção, a discussão fica adstrita a três pontos principais: a) ao aumento da sensação de insegurança – impulsionado grandemente por uma mídia que lucra (e muito) com a inculcação do medo; b) aos problemas do sistema carcerário – visto que o Brasil já possui a 4ª maior população carcerária do mundo, apesar de ter sido constatada e reconstatada a falência do sistema prisional em promover seus objetivos oficiais

se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

§ 9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39.

§ 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas:

I - compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e

II - compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei.

²⁹²<<http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/orgaos-de-seguranca-1/conceitos-basicos>>, acessado em 15 de maio de 2016.

²⁹³ Aliás, os programas de segurança pública instituídos em nível federal – há apenas quatro – provam, além desse caráter repressivo, a escolha pelo Estado da figura do inimigo interno: o traficante de drogas. Dos quatro programas existentes, quais sejam, “Brasil Mais Seguro”, “Crack, é possível vencer”, “Plano Estratégico de Fronteiras” e “Campanha do Desarmamento”, apenas esta última não tem por objetivo principal a repressão (e sim a prevenção) e o narcotráfico/narcotraficante como alvos principais. Tais programas podem ser consultados no site <http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/programas>. Acesso em 31 mai 2016.

²⁹⁴ Sobre esta questão, cf. as seguintes reportagens: <http://www.gazetadopovo.com.br/blogs/conexao-brasilia/especialista-diz-que-policia-agiu-como-guarda-pretoriana-do-governador/> e <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/para-especialistas-acao-teve-falhas-graves-9pxxi3an1ggyhlh78mtidc6v0>. Acesso em 31 mai 2016.

(ressocialização e prevenção); e c) ao agravamento da resposta penal a estes problemas.

Paradoxalmente, à sensação de insegurança nossos representantes propõem como solução projetos de lei para a criação de novos crimes ou para aumentar as penas ou recrudescer a maneira como são executadas, e ao problema carcerário propõem a privatização dos presídios, nos moldes dos EUA (que, sem surpresa, detém a maior população carcerária do mundo). Ou seja, para solucionar a violência gerada pelo sistema prisional, que prende muito e prende mal, propõem-se mais prisões.

Contudo, uma pesquisa realizada pelo IPEA, a pedido do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, revelou que uma em cada quatro pessoas ex-condenadas volta a ser condenada por algum crime num prazo de 5 anos, de modo que é possível afirmar que o sistema, numa dialética perversa, gera sua própria demanda.²⁹⁵

E como se pode observar desde a ocorrência das grandes manifestações populares de junho de 2013 – para limitar a análise a um período recente da história brasileira, que, não obstante, sempre assistiu mais ou menos pacificamente este *modus operandi* governamental –, em tempos de crise político-institucional, a segurança pública (do tipo “tiro, porrada e sangue”) é a primeira a ser chamada a intervir.

Ainda, no início deste ano, após uma série de rebeliões que tiveram como resultado mais de 100 mortos²⁹⁶, o então Ministro da Justiça Alexandre de Moraes, lançou no dia 5 de fevereiro, mediante o apoio da Presidência e de Governadores de Estados, o novo Plano Nacional de Segurança Pública²⁹⁷, que tem por objetivo geral promover a integração, coordenação e cooperação entre o governo federal, os governos estaduais e a sociedade civil no âmbito da segurança pública, e como objetivos específicos a redução de homicídios dolosos, feminicídios e da violência contra a mulher; a racionalização e a modernização do sistema penitenciário; e o combate integrado à criminalidade organizada transnacional.

Apesar de o novo Plano prever *ações* que vão desde “criação de cursos de empreendedorismo e de capacitação às mulheres em áreas vulneráveis com a finalidade de criar condições de autonomia econômica”, “criação de cursos de apoio e qualificação para o trabalho de jovens negros”, “implantação e fiscalização de normas mais rigorosas da guarda e depósito de armas de fogo das empresas de segurança privada”, até “atualização da coleta de informações de estabelecimentos prisionais via SISDEPEN” e “realização de “Forças-Tarefa

²⁹⁵ O relatório de pesquisa “Reincidência criminal no Brasil” pode ser acessado no site http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590. Acesso em 13 mai de 2016.

²⁹⁶ Discutiremos esse trágico episódio no item 2.3.2.

²⁹⁷ Disponível no site <https://www.justica.gov.br/noticias/plano-nacional-de-seguranca-preve-integracao-entre-poder-publico-e-sociedade>. Acesso em 10 ago 2017.

de Defensores Públicos Brasileiros” para análise dos processos de pessoas presas provisoriamente pela prática de crimes sem violência ou grave ameaça”, nas diversas reuniões havidas entre o ex-Ministro da Justiça Alexandre de Moraes, Governadores e Secretários de Estado, o plano foi lançado especialmente para dar uma resposta emergencial à crise penitenciária que se tornava mais e mais aguda.

No dia 18 de janeiro de 2017, especificamente, em reunião realizada no Salão Negro do Ministério da Justiça e Cidadania, com a presença do Ministro da Justiça e Cidadania do Secretário Executivo do Ministério da Justiça e Cidadania, dos Secretários de Segurança Pública, Justiça e Administração Penitenciária dos Estados e do Distrito federal, do Secretário Nacional de Segurança, do Diretor do Departamento Penitenciário Nacional e do Diretor da Polícia Federal, ficou decidido²⁹⁸:

- 1) Apoio ao Plano Nacional de Segurança Pública e a constituição de equipe de governança com a participação de cinco Secretários de Segurança e cinco Secretários de Administração Penitenciária;
- 2) Possibilidade do início das operações do Plano Nacional de Segurança no RS, RN, SE, a partir do dia 15 de fevereiro;
- 3) Imediata instalação dos 27 núcleos de inteligência nos Estados e Distrito federal, com a participação da Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Civil, Polícia Militar e agentes penitenciários;
- 4) Atuação integrada para a rápida abertura de vagas com a construção de novos presídios ou novas alas em sistema modular;
- 5) Apresentação de propostas de novas fontes de financiamento para a segurança pública no País;
- 6) Repasse imediato para os estados de R\$ 295,4 milhões, sendo 147,6 milhões para bloqueadores de celular, R\$ 70,5 milhões para scanners e R\$ 77,5 milhões para tornozeleiras eletrônicas;
- 7) Discussão com os governadores dos Estados sobre a viabilidade de eventual vinculação constitucional de recursos para a área de segurança.

Contudo, apesar da aparente neutralidade ou imparcialidade da atuação estatal em matéria de controle social via direito penal e política criminal, isto se dá (e os dados que serão apresentados a seguir comprovam esta afirmação) sempre contra pessoas determinadas, o que concede pistas (ou a resposta completa) sobre qual é a posição político-econômica adotada pelo Estado e que a alimenta.

²⁹⁸ Conforme *Nota conjunta do MJC, Consesp e Conseg* publicada no site <<https://www.justica.gov.br/noticias/notaconjuntadomjcconsespeconseg>> (acesso em 21 maio 2017). Para saber mais sobre o assunto, sugerimos a leitura da reportagem intitulada *O que o plano de segurança de Temer traz de efetivo para a área* de Lilian Venturini para o Nexo Jornal, disponível em <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/01/06/O-que-o-plano-de-seguran%C3%A7a-de-Temer-traz-de-efetivo-para-a-%C3%A1rea>> (acesso em 10 ago 2017).

2.2.1.1. O perfil da população carcerária brasileira

Os diagnósticos elaborados pelos mais diversos órgãos de acompanhamento e análise das políticas oficiais de segurança pública – InfoPen, Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), Mapa da Violência etc. – demonstram que o Brasil, a despeito da inegável melhoria da condição econômica de sua população na última década, vivencia um aumento galopante de sua taxa de encarceramento.

Nosso país já ultrapassou a marca de 630 mil pessoas presas, alcançando uma taxa de 300 pessoas privadas de liberdade para cada 100 mil habitantes, conforme demonstram os seguintes gráficos²⁹⁹ que acompanham o último diagnóstico da população carcerária, elaborado pelo CNJ³⁰⁰, e o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciária do InfoPen³⁰¹, ambos de 2015.

Segundo o *gráfico 1* do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, em 2000 a população prisional brasileira era formada por 232.755 pessoas. Até 2003, este número cresceu pouco, subindo para 239.345 pessoas presas. Entretanto, a partir de 2004, a população prisional foi subindo vertiginosamente, tendo dobrado (em relação a 2000) entre 2008 e 2009 e, a partir de então, a cada ano o sistema prisional recebe entre 20 e 30 mil novos/as presos/as.

Ainda, desde 2007, segundo o *gráfico 3* do Levantamento, a porcentagem de presos provisórios em relação a presos condenados também vem aumentando consideravelmente, de modo que, entre 2007 e 2014, passou-se de 30% de presos provisórios para 40% – quase a metade, portanto.

Estes números levam o Brasil a ostentar a 4ª posição no ranking dos países com a maior população carcerária absoluta do mundo³⁰², atrás apenas de EUA (2.217.000, segundo dados de 2013), China (1.657.812, segundo dados de 2014) e Rússia (644.237, segundo dados de 2015).

Entretanto, estes resultados não dão a devida dimensão à questão, pois o ranking das maiores populações carcerárias em termos absolutos não é suficiente para comparar a situação do Brasil com a dos demais países. É preciso estar atento para a diferença fundamental entre as políticas carcerárias dos países. A Índia, por exemplo, tem 1,2 bilhões de habitantes, seis

²⁹⁹ A numeração dos gráficos e figuras que seguem são as originais dos materiais de onde foram tiradas.

³⁰⁰ Vide notícia e documento oficiais no site <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em 17 mai 2016.

³⁰¹ Vide notícia e documento oficiais no site <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal>. Acesso em 17 mai 2016.

³⁰² Conforme quadro nº 2 do Levantamento nacional de informações penitenciárias.

vezes a população do Brasil e, ainda assim, possui 200 mil presos a menos. Para dar uma dimensão mais acurada da questão, o primeiro passo é calcular a taxa de presos por 100 mil habitantes. Levando-se em conta países com uma população de no mínimo 10 milhões de pessoas, o Brasil tem a sexta maior taxa de presos por 100 mil habitantes³⁰³, ficando atrás apenas de EUA, Cuba, Tailândia, Rússia e Ruanda.

Não obstante, segundo o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN,

Não há pistas de que o encarceramento desse enorme contingente de pessoas, cuja análise do perfil aponta para uma maioria de jovens (55,07% da população privada de liberdade tem até 29 anos), para uma sobre-representação de negros (61,67% da população presa), e para uma população com precário acesso à educação (apenas 9,5% concluíram o ensino médio, enquanto a média nacional gira em torno de 32%), esteja produzindo qualquer resultado positivo na redução da criminalidade (...).³⁰⁴

Diante deste cenário – aumento vertiginoso da população carcerária *versus* aumento dos altos índices de criminalidade –, uma das poucas certezas que ressoa é que a política criminal praticada pelo legislativo, seguida à risca pelo judiciário, e a política de segurança pública praticada pelo executivo tem reforçado mecanismos de reprodução de um ciclo vicioso de violência que, como padrão, tem por principais fatores a condição de fragilidade econômico-social do autor do delito, seu processamento principalmente por crimes patrimoniais e por tráfico de drogas, sua prisão e sua reincidência.

A quase totalidade da população carcerária está presa por crimes contra o patrimônio e pelo tráfico de drogas (que é entendido como um crime contra a saúde e economia públicas) – à população carcerária masculina corresponde um maior número de prisões pelo primeiro tipo de crime, e à população carcerária feminina pelo segundo.

Desconsiderando o gênero, 46% das pessoas presas no Brasil, de acordo com os dados consolidados pelo INFOPEN no Levantamento de 2014, estão presas por crimes contra o patrimônio (considerados neste grupo apenas o roubo e o furto) e 28% por tráfico de drogas, totalizando 74% da população carcerária. Quanto ao homicídio, 10% da população prisional estava privada de sua liberdade, à época, por ter sido condenada por este crime.³⁰⁵

Desses dados, pode-se inferir que, do universo de crimes previstos na legislação brasileira e do universo de crimes que são cometidos diuturnamente, o sistema penal – neste

³⁰³ Relatório descritivo e analítico produzido através do Termo de Parceria nº 817052/2015, firmado entre o Departamento Penitenciário Nacional, a Secretaria Nacional de Segurança Pública e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, disponível em http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf. Acesso em 17 mai 2016. Ainda, vide quadro nº 3 do Levantamento nacional de informações penitenciárias.

³⁰⁴ Idem, p. 6.

³⁰⁵ Vide figuras 3 e 4 do Levantamento nacional de informações penitenciárias.

ponto representado pela polícia, pelo Ministério Público e pela justiça criminal – dá mais visibilidade, isto é, promove a persecução penal, a crimes contra o patrimônio, ao tráfico de drogas e ao homicídio, nesta ordem.

Isto não significa, em definitivo, que estes sejam necessariamente os crimes mais cometidos no Brasil. Estes gráficos nos mostram apenas que estes são os crimes mais processados, responsáveis pelos altíssimos índices de encarceramento do Brasil. É neste sentido a ressalva feita na análise destes gráficos pelos organizadores do último levantamento de informações penitenciárias do INFOPEN:

O perfil que podemos obter dos censos penitenciários, deste modo, pode ser tido como um recorte dos crimes de rua, resultado do filtro do sistema de justiça criminal. Obviamente este perfil seria diferente se os órgãos de controle e a sociedade focassem nos crimes de colarinho branco.

Feitas estas ressalvas, é importante acompanhar como evolui a natureza dos crimes pelos quais as pessoas estão privadas de liberdade no Brasil, pois isto diz diretamente o que nossa sociedade, neste momento, reputa como crime e criminoso.

³⁰⁶

Sendo assim, tais dados nos permitem atestar a atuação seletiva do sistema penal, o que é confirmado pelo perfil da população carcerária brasileira:

a) quanto ao gênero, há larga predominância de homens dentre a população prisional, ainda que o crescimento proporcional da população prisional feminina venha se dando muito mais rápido. Em 2014, elas eram 5,8% da população prisional. Entretanto, o ritmo de crescimento do número de mulheres presas é bastante significativo: de 2005 a 2014, essa taxa cresceu numa média de 10,7% ano. Em termos absolutos, a população feminina saltou de 12.925 presas em 2005 para 33.793 em 2014. Mais de 60% delas estão presas por tráfico de drogas, conforme exposto na *figura 9* do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Não obstante, em 2012, segundo o Mapa do Encarceramento dos Jovens do Brasil, havia 31.824 mulheres presas e 483.658 homens presos³⁰⁷.

³⁰⁶ Brasil. Presidência da República. Ministério da Justiça. Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília, 2015, p. 32.

³⁰⁷ Brasil. Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil/Secretaria-Geral da Presidência da República. Brasília, 2014, p. 22. Ainda, nos termos da análise contida no Levantamento nacional de informações penitenciárias, “a participação de mulheres na população prisional brasileira é, em geral, pouco significativa. A média brasileira é 5,8% de mulheres presas para 94,2% de homens (...). No entanto, o ritmo de crescimento da taxa de mulheres presas na população brasileira chama a atenção. De 2005 a 2014, essa taxa cresceu numa média de 10,7% ao ano. Em termos absolutos, a população feminina saltou de 12.925 presas em 2005 para 33.793 em 2014. (...) A população prisional feminina é notoriamente marcada por condenações por crimes relacionados às drogas, categoria composta por tráfico de drogas e associação para o tráfico. Responsáveis por 64% das penas das mulheres presas, essa parcela é bem maior que entre o total de pessoas presas, de 28%.” (Op. cit., p. 39-40).

b) quanto à faixa etária, embora apenas 11,16% dos brasileiros tenham entre 18 e 24 anos, este grupo corresponde a quase um terço da população das prisões; mais especificamente, 30,12%. De acordo com a *figura 10* do Levantamento nacional de informações penitenciárias, ainda que a população brasileira esteja representada em maior número entre pessoas com mais de 35 anos de idade, a população prisional é majoritariamente jovem, de 18 a 29 anos. Este grupo compõe 55,07% da população prisional brasileira.

c) quanto ao grau de escolaridade³⁰⁸, as informações são graves: quase 80% da população prisional é formada por pessoas analfabetas, alfabetizadas informalmente ou que cursaram, no máximo, séries do ensino fundamental. Precisamente, 75,08% da população prisional tem no máximo o ensino fundamental completo enquanto os outros 24,92% cursaram o ensino fundamental ou superior.

d) e, por fim, quanto à cor da pele/raça/etnia: a relação entre a taxa de encarceramento de pessoas brancas e a taxa de encarceramento de pessoas negras vem se tornando cada vez mais desproporcional. Em 2005, havia 69.000 brancos para 107 mil negros presos. Já em 2012, havia 191.000 brancos para 292.000 negros presos. Entretanto, enquanto o Mapa do Encarceramento, cuja fonte são os próprios dados consolidados no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do INFOPEN e o Mapa da violência de 2012: a cor dos homicídios no Brasil³⁰⁹, é contundente em afirmar a seletividade racial do sistema penal, especialmente quando adicionado o perfil etário, o Levantamento do INFOPEN faz uma importante ressalva: “na PNAD [Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio, realizada pelo IBGE], a raça/cor do entrevistado é autodeclarada, enquanto os questionários das prisões são respondidos pelos gestores das unidades, e não se sabe qual é o método de coleta dessa informação.”³¹⁰.

Tais resultados demonstram que o controle social promovido pelo sistema penal se dá sobre uma parcela bem delimitada da população, o que nos permite alegar que está em curso uma política de encarceramento em massa da população jovem, de baixa renda e escolaridade

³⁰⁸ Vide figura 13 do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.

³⁰⁹ WAISELFISZ, Júlio Jacobo. Mapa da violência 2012: a cor dos homicídios no Brasil. Rio de Janeiro; Brasília: Cebela, Flacso; Seppir/PR, 2012.

³¹⁰ Brasil. Presidência da República. Ministério da Justiça. Levantamento nacional de informações penitenciárias. Brasília, 2015, p. 38.

e eminentemente negra.

Ainda, a *tabela 26* do Anuário Brasileiro de Segurança Pública do ano passado (2016)³¹¹, dá conta dos vultosos gastos efetuados tanto pelos Estados quanto pela União com o policiamento ostensivo, sendo que os gastos com a defesa civil e, depois, com os serviços de informação e inteligência são bem menos expressivos.

A partir da apresentação da evolução das despesas realizadas pelos três entes na função segurança pública a partir de 2002, é interessante perceber que todos os entes aumentaram seus gastos em termos reais ao longo do período em análise, o que implica que o gasto em segurança passou de R\$ 48 bilhões em 2002 para R\$ 81 bilhões em 2015, representando um total gasto de 1,5% do PIB. A maior parte desse aumento é dada pelos estados, o que se explica, fundamentalmente, pela manutenção das principais forças policiais do país em termos de contingentes, isto é, a maior parte desse gasto se deu com despesas de pessoal ativo e inativo.³¹²

Não obstante, esta escolha por um modo quase exclusivamente repressivo de segurança pública não surte o efeito esperado pela população, que anseia pela diminuição dos altos índices de violência, especialmente no espaço urbano. E isso já foi exaustivamente discutido por criminólogos e outros estudiosos da questão criminal, que nos mostram como o sistema penal é falacioso: promete segurança mas é próprio de seu modo de funcionamento que os órgãos encarregados de executar as políticas de segurança pública só atuem depois que o crime foi cometido; depois, portanto, da transmutação do sujeito em vítima. Não há nenhuma política de segurança pública em curso que se antecipe à ocorrência do delito, isto é, não há nenhuma política de segurança pública de caráter social e preventivo, mas apenas de caráter excludente e repressivo.

Contudo, o perfil da população carcerária aponta a necessidade de buscar uma solução alternativa, que não seja essa institucional afeita à política criminal do tipo “tiro, porrada e sangue”. Talvez, o velho conselho sobre investir em políticas públicas de educação e de inclusão social e racial é, muito provavelmente, mais efetivo para promover esse fim.

2.2.1.2. A crise penitenciária atual

³¹¹ ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. ISSN 1983-7634. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2016, p. 60 e 61.

³¹² PERES, Ursula Dias. Desafios do financiamento das políticas públicas de segurança. ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. ISSN 1983-7634. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2016, p. 76.

A morte de cinquenta e seis homens no presídio Anísio Jobim, em Manaus, no estado do Amazonas – a segunda maior chacina penitenciária da história do Brasil, atrás apenas do massacre do Carandiru³¹³ –, ao raiar do primeiro dia do ano, foi um sintoma da sobrecarga crônica do sistema.

O sistema comporta, em condições satisfatórias, um determinado peso de carne humana, manejado sob uma determinada intensidade de repressão. Um equilíbrio macabro, próprio do sistema penitenciário. Para além disso, há sobrecarga, curto-circuito, o que não implica na avaria do circuito, mas apenas em seu desligamento automático e temporário devido a utilização de carga excessiva, servindo de alerta ao operador sobre o limite do sistema e seu correto modo de funcionamento.

A analogia com fenômenos básicos de eletricidade vem a calhar: há sobrecarga num sistema elétrico quando a intensidade da corrente ultrapassa o valor da intensidade nominal do disjuntor do circuito elétrico. Neste caso, diz-se que o disjuntor “dispara”, o que exige o desligamento do receptor que está demandando do circuito mais do que ele pode oferecer, a fim de ligá-lo a outro circuito de tomadas.

Na chacina do presídio Anísio Jobim, a população carcerária, de 1.147 presos³¹⁴, chegava quase ao triplo da capacidade nominal de vagas do presídio, de 454³¹⁵. A intensidade da violência, ativa ou omissiva, praticada contra os internos, submetidos a condições desumanizantes de sobrevivência e divididos em facções criminosas³¹⁶, somada àquela por eles reproduzida, superou o nível suportável de caos e barbárie intrínseco ao funcionamento do sistema penal.

³¹³ Sem esquecer a importante diferença entre o episódio de 1992 e os atuais: no primeiro, os homicídios foram praticados mediante ação direta do Estado, via polícia militar; nos segundos, os homicídios estão ocorrendo pela omissão do Estado.

³¹⁴ Conforme informações constantes no relatório de visita às unidades prisionais do Amazonas, formulado pelo Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, integrante da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência do Brasil, cujo acesso se dá pelo endereço [http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/sistema-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-snpct/mecanismo/Unidades Prisionais de Manaus AM.pdf](http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/sistema-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-snpct/mecanismo/Unidades%20Prisionais%20de%20Manaus%20AM.pdf). Acesso em em 12 jan 2017.

³¹⁵ Conforme informações constantes no site da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado do Amazonas – <http://www.seap.am.gov.br/unidades-prisionais-2/>. Acesso em 12 jan 2017.

³¹⁶ A combinação destes dois fatores, para além do simples arrebanhamento de novos(as) internos(as) às facções, faz desta integração ao grupo um procedimento necessário a ser adotado pelos(as) presos(as) para sua manutenção em condições mínimas de dignidade e segurança diante da postura omissiva do Estado, na fase de execução penal, quanto ao seu dever legal de observar requisitos básicos de salubridade do ambiente; espaço mínimo por condenado(a); separação dos(as) presos(as) provisórios(as) e condenados(as) e, dentro de uma mesma categoria, conforme o tipo de crime e a idade; serviços de assistência material, à saúde, social, religiosa, jurídica e de retorno à sociedade ao egresso, além do oferecimento de serviços de educação, trabalho, prática esportiva, recreação e tantos outros previstos na Constituição Federal de 1988, na lei de Execução Penal (lei nº 7.210 de 1984) e nas convenções e tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e as Regras de Mandela.

A mesma situação se deu cinco dias depois, na penitenciária agrícola de Monte Cristo, na zona rural de Boa Vista, no Estado de Roraima. Trinta e três homens foram mortos em 6 de janeiro de 2017, quase três meses depois de outros dezoito terem sido assassinados no mesmo presídio – o que já havia motivado a governadora de Roraima, Suely Campos, em outubro do ano passado, a requisitar ajuda interventiva ao Ministério da Justiça, para prevenir consequências mais desastrosas (como a que se deu neste início de ano), o que foi ignorado pelo ministro Alexandre de Moraes³¹⁷. Nesta unidade, cumpriam pena, em regime fechado e semi-aberto, 1.475 presos, apesar de existirem apenas 750 vagas – uma superlotação equivalente ao dobro da capacidade máxima.

Antes de chegarmos à metade de janeiro, assistimos a outra rebelião sangüinária em Natal, no Rio Grande do Norte. Vinte e seis presos foram assassinados em outra chacina supostamente motivada por disputas entre facções rivais, na penitenciária de Alcaçuz, na região metropolitana da capital. Lá estavam presas quase 1.000 pessoas, entre adolescentes, adultos e idosos, como também mulheres, num espaço onde cabiam no máximo 620.

Deu-se, então, o curto-circuito. O alarme soou, fazendo com que estes estabelecimentos fossem interditados e submetidos à intervenção emergencial das forças militares nacionais e estaduais. Nas fotos desses episódios, homens, quase todos negros (de onde se pode pressupor, com segurança, sua pobreza) e jovens, ostentam um semblante entre raiva, medo e desespero, divididos entre aqueles que foram remanejados a outros presídios e cadeias públicas, sob a escolta fortemente armada das forças policiais, e outros que permaneceram em plena guerra no interior de presídios caindo aos pedaços, literalmente. De um lado ou de outro, ninguém foge à luta. Assume-se o personagem marcado para morrer.

Sem embargo, como isso é apenas um aviso de sobrecarga do sistema – que, se não fosse esse episódio, continuaria funcionando de acordo com os perversos padrões de normalidade – a solução veio rápida: foram transferidos os presos declarados como chefes das facções para outras unidades penitenciárias do Estado, ao mesmo tempo em que o presidente Michel Temer prometeu a construção de mais presídios³¹⁸, seguido de perto pelo ministro da Justiça. Novos circuitos, novas tomadas.

Em 5 de janeiro, depois de um silêncio de três dias sobre o massacre ocorrido no presídio Anísio Jobim, o presidente Michel Temer designou uma reunião em Brasília para

³¹⁷ <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/apos-desmentido-ministro-volta-atras-e-admite-que-roraima-pediu-ajuda-para-presidios-c8pcs5kzdbf392fvj31hu5yyj>. Acesso em 13 jan 2017.

³¹⁸ <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2017/01/rio-grande-do-sul-tera-um-dos-novos-presidios-federais-diz-temer>. Acesso em 12 jan 2017.

abordar a situação, que designou como um “acidente pavoroso”³¹⁹. Nesta oportunidade, o presidente declarou que a responsabilidade do Estado pela ocorrência do massacre não estava muito bem definida, pois que a administração do presídio era feita por uma empresa privada, a Umanizzare, e que o governo federal iria destinar 250 milhões de reais para a construção de novas penitenciárias federais e 150 milhões, destinados aos Estados, para a compra de bloqueadores de sinal de aparelho celular. Além disso, seria lançado, nos dias seguintes, o novo plano de segurança pública, que conteria medidas específicas para lidar com o “acidente” ocorrido em Manaus, como também com outras questões penitenciárias, em médio e longo prazo.

Dois dias antes, o então ministro da Justiça, Alexandre de Moraes, em entrevista ao vivo concedida à rádio do jornal *O Estado de São Paulo*³²⁰, havia declarado que o massacre no presídio Anísio Jobim não poderia ser explicado como uma guerra entre facções simplesmente – no caso, entre a Família do Norte (FDN), aliada do Comando Vermelho (CV), a quem se atribuiu a autoria do massacre, contra o Primeiro Comando da Capital (PCC) –, e que não haveria retaliação dos membros da facção contrária.

Contudo, uma ação do Setor de Inteligência da Polícia Civil do Estado permitiu identificar, entre os 56 mortos, ao menos 27 filiados do PCC. Os demais seriam presos acusados de crimes sexuais ou que teriam dívidas perante a FDN.

Sérgio Fontes, então secretário estadual de segurança pública do Estado do Amazonas, divulgou, em 4 de janeiro, um material proveniente da ação de monitoramento que estava sendo feita por uma ação conjunta de diversos órgãos de segurança pública do Estado sobre a atuação de vários grupos e facções criminosas, envolvidos principalmente com o tráfico de drogas. Sérgio Fontes declarou que as autoridades envolvidas na investigação – ele incluso – já sabiam que os presos filiados à FDN planejavam matar seus rivais, o que seria acompanhado de uma fuga em massa³²¹. Em 13 de janeiro Fontes foi exonerado pelo governador José Melo (filiado ao PROS) – que havia declarado, logo após o massacre, que

³¹⁹ http://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/05/politica/1483623323_104945.html?rel=mas. Acesso em 9 jun 2017. “Minutos depois, no entanto, a conta do presidente no Twitter trazia uma frase diferente: “manifesto solidariedade aos familiares que perderam seus entes nesse terrível episódio de Manaus.” “Acidente” foi trocado por “episódio”, e os familiares “que perderam seus presos” virou “familiares que perderam seus entes”. Não fica claro se foi uma retificação das frases ditas ou se as aspas publicadas representam uma espécie de pronunciamento suplementar nas redes. (<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/01/05/Os-4-eixos-do-discurso-em-que-Temer-chamou-de-%E2%80%98acidente%E2%80%99-o-massacre-do-pres%C3%ADdio-de-Manaus>. Acesso em 9 jun. 2017).

³²⁰ <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,ministro-afirma-que-massacre-nao-pode-ser-explicado-por-guerra-entre-faccoes,10000097841>. Acesso em 9 jun 2017.

³²¹ <https://oglobo.globo.com/brasil/secretario-de-seguranca-do-am-admite-que-governo-monitorava-faccoes-criminosas-20729660>. Acesso em 9 jun 2017.

não havia motivo para acreditar que aquela ação havia sido premeditada pelos detentos como um confronto entre grupo ou facções rivais.

A despeito do comum desencontro de informações prestadas por diferentes agentes e órgãos de segurança pública³²², a realidade deu conta de superar em complexidade todas as declarações que já haviam sido dadas: nos dias seguintes, assistimos a ocorrência das retaliações dos membros do PCC contra os membros de grupos ou facções rivais nos presídios de Monte Cristo, em Boa Vista, e Alcaçuz, em Natal, relatadas acima.

Sendo assim, o ex-ministro da justiça Alexandre de Moraes e o presidente Michel Temer foram forçados pelas circunstâncias a adequar seus discursos. Em 17 de janeiro, portanto, o presidente ofereceu aos governadores dos Estados o apoio das forças armadas para enfrentar a “crise carcerária”, afirmando que, além da realização de uma varredura nas celas, a presença das forças armadas iria servir para atemorizar os detentos³²³. As forças armadas seriam um reforço à Força Nacional, um destacamento da polícia militar que já havia sido enviada ao Estado do Amazonas para atuar em prol da segurança da população no cenário pós-massacre.

De acordo com o ex-ministro da defesa Raul Jungmann, presente à reunião coletiva de imprensa chamada para comunicar a medida, os militares foram acionados porque o governo federal identificou uma “situação de emergência nacional”, ainda que ocorrida nos presídios estaduais, devido à ação de facções criminosas³²⁴.

Diante dessa série de declarações inadequadas e medidas paliativas apresentadas pelo governo federal, membros do legislativo, em especial da Frente Parlamentar da Segurança Pública – a “bancada da bala” a que nos referimos acima – criticaram com severidade o presidente Michel Temer e o então ministro da justiça Alexandre de Moraes. Consideraram o protagonismo da atuação do executivo um exercício de vaidade, especialmente diante das propostas apresentadas pela CPI do Sistema Carcerário, ainda em 2016, para solucionar alguns dos problemas que causaram ou, no mínimo, fomentaram a “crise penitenciária”.

Em nota lançada no dia 9 de janeiro, o deputado Alberto Fraga – presidente da Frente desde sua criação – declarou:

A Frente Parlamentar da Segurança Pública, composta por mais de 300 parlamentares, sendo que muitos são oriundos das instituições operadoras da

³²² http://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/03/politica/1483479906_807653.html. Acesso em 9 jun 2017.

³²³ <http://www.valor.com.br/politica/4840830/temer-diz-que-militares-serao-fatores-de-atermorizacao-sobre-presos>. Acesso em 9 jun 2017.

³²⁴ <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/01/18/Quais-as-raz%C3%B5es-e-as-consequ%C3%Aancias-do-uso-das-For%C3%A7as-Armadas-na-crise-prisional>. Acesso em 9 jun 2017.

segurança pública, vem a público manifestar sua preocupação com os últimos acontecimentos no sistema penitenciário brasileiro.

Sabemos da gravidade, no entanto, não é normal o Governo Federal ignorar os profissionais de segurança pública, eleitos, que estão no exercício de seus mandatos. Parece coisa de ciúmes! Seria descabido, alguns desses deputados serem chamados, por quem quer que seja, para discutir essa pauta? Se a resposta for negativa, temos que reagir e buscarmos algumas respostas.

É lamentável que o Governo, do qual fazemos parte, num momento crítico e grave como esse não busque uma solução caseira. Chegamos até a imaginar que os Ministros da Justiça e da Defesa não conhecem a Casa do Povo. E suas vaidades pessoais não permitem escutar a opinião de parlamentares, ouvem seus assessores, mas não ouvem os deputados.

Projetos de Lei existem aos montes, mas são ignoradas. Recentemente concluímos a CPI do Sistema Carcerário e apresentamos vinte propostas para melhorar o sistema prisional, no entanto, em nenhum momento os ministros se referiram à essa Comissão de Inquérito e suas propostas. Durante a CPI alertamos o Governo sobre as facções que estavam dominando os presídios, mas a questão não foi tratada com a devida atenção e o resultado foi a tragédia que aconteceu na última semana.

Não sabemos identificar o que acontece, a única certeza que temos, é que estamos à disposição do Governo Federal e não concordamos em legislar para a segurança pública por espasmos, pois a sociedade não suporta mais conviver com o crescimento desenfreado da violência.³²⁵

Em virtude desta ausência de comunicação entre os poderes executivo e legislativo, os parlamentares integrantes da Frente Parlamentar de Segurança Pública se reuniram no dia 11 de janeiro com o presidente Michel Temer para requisitar a criação do Ministério da Segurança Pública e a implantação de medidas de incentivo à contratação de mão-de-obra de detentos ex-detentos por empresas privadas e também em obras públicas. Além dessas propostas, o deputado Aberto Fraga sugeriu que se autorize os diretores de estabelecimentos prisionais a aplicar o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) de forma autônoma, sem a necessidade de avaliação judicial³²⁶.

Quanto ao judiciário, a ministra Carmen Lúcia, presidente do Supremo Tribunal Federal, tomou a frente de diversas iniciativas para também solucionar a questão. Ainda que tenha considerado, desde o princípio, que as chacinas do início do ano foram motivadas por guerra entre facções, Carmen Lúcia pediu um “choque de jurisdição”, a fim de que se desafogue o sistema penitenciário³²⁷.

Em reunião realizada com presidentes de Tribunais de Justiça de todo o país, em 12 de janeiro, a ministra pediu que fossem recolhidas e reunidas as informações sobre quantos presos provisórios existem em cada Estado, o que deveria ser apresentado numa planilha até

³²⁵ <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/bancada-da-bala-critica-%E2%80%9Cvaidade%E2%80%9D-do-governo-na-crise-do-sistema-penitenciario/>. Acesso em 9 jun 2017.

³²⁶ <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-01/parlamentares-vaos-sugerir-temer-criacao-do-ministerio-da-seguranca-publica>. Acesso em 9 jun 2017.

³²⁷ <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/carmen-lucia-diz-que-faccoes-dominam-presidios-e-pede-choque-de-jurisducao-5291vk9x3ukdqvp8hc2myeuyj>. Acesso em 9 jun 2017.

as 17 horas do dia 17 de janeiro. Este “esforço concentrado” se devia à constatação de que uma quantidade enorme de presos aguarda julgamento em todo o país, o que causa o inchaço da massa carcerário.

A adoção dessas medidas, contudo, deve ser feita em caráter permanente, de modo a superar em eficiência os mutirões carcerários.

Para encerrar os acontecimentos de janeiro, no âmbito estatal, oito dos dezoito integrantes do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), subordinado ao Ministério da Justiça, entregaram no dia 25 uma carta de renúncia coletiva (assinada por 7 dos demissionários) em retaliação ao protagonismo leviano do ministro da Justiça no tratamento da questão, por entenderem que “caminhos equivocados” foram tomados e que havia “vícios de compreensão” insanáveis do Ministério da Justiça, além do desprezo do governo federal perante os posicionamentos do Conselho³²⁸.

Em paralelo, enquanto os ocupantes da cúpula dos poderes de Estado assim agiam, as famílias dos presos em Anísio Jobim, Monte Cristo e Alcaçuz relatavam a órgãos da mídia independente o absoluto descaso do poder público diante das mortes ocorridas.

Um relatório de visita a unidades prisionais de Manaus, elaborado pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, já havia relatado publicamente o que os próprios presos e as família vivem cotidianamente: a delegação da administração e do controle da disciplina à uma empresa privada de gestão de presídios, a Umanizzare, precarizou de tal forma estes serviços que

segundo os funcionários e os presos, a ação dos agentes penitenciários dentro dos pavilhões das unidades prisionais se resume em boa parte a abrir as celas no início da manhã e fechá-las ao final da tarde. Nos demais momentos do dia, os presos ficam soltos nos pavilhões, raios e galerias. (...).

(...). para além desse ponto, a gestão das atividades fica a cargo das pessoas privadas de liberdade. Diretores ouvidos, inclusive, disseram explicitamente que são os próprios presos que fazem o controle dos pavilhões, de modo que a direção só sabe de determinadas ocorrências, como agressões, depois dos fatos.

(...) Assim, pode-se afirmar que os presos das penitenciárias masculinas visitadas pelo MNPCT basicamente se autogovernam, criando regras extralegais ou ilegais que afetam drasticamente a segurança jurídica e a vida das pessoas privadas de liberdade. Esse quadro se torna ainda mais crítico para as pessoas nos “seguros”. Em vista disso, os presos podem ser extorquidos, ameaçados e, inclusive, mortos pelos demais detentos. Por estar ausente, o estado dificilmente conseguirá averiguar tais fatos devidamente.³²⁹

³²⁸ Disponível em <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral/cupula-do-conselho-nacional-de-politica-penitenciaria-renuncia-em-retaliacao-ao-ministro-da-justica,70001641216> e <https://www.nexojornal.com.br/entrevista/2017/01/26/Por-que-metade-do-Conselho-Penitenc%C3%A1rio-pediu-demiss%C3%A3o-durante-a-crise-carcer%C3%A1ria>. Ambos acessados em 9 jun 2017.

³²⁹ Presidência da república. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Relatório de visita a unidades prisionais de Manaus – Amazonas. Brasília, janeiro de 2016, p. 20 a 22.

Todo este cenário é agravado pela rivalidade entre a FDN e o PCC, fomentada pela separação dos presos segundo seu pertencimento a estas facções criminosas – ainda que a regra 11 das Regras de Mandela indique a separação dos presos por critérios objetivos, como sexo, idade, antecedentes penais e motivos da detenção, assim como a Lei de Execuções Penais brasileira.

Além da falta de informação quanto ao número e a identidade dos presos mortos nas chacinas, familiares relataram que as autoridades “deixaram os presos morrerem”, pois já haviam sido informados, mediante cartas enviadas pelos próprios presos, de que o massacre era iminente³³⁰, corroborando a declaração dada pelo então secretário estadual de Segurança Pública.

Ainda, em depoimentos prestados a Christian Braga, repórter da mídia independente *Jornalistas Livres*, policiais – cujas identidades as famílias dos detentos que permaneceram presos no presídio Anísio Jobim não quiseram identificar – assassinaram detentos que haviam sobrevivido à chacina de 1º janeiro³³¹ – a despeito da afirmação de Sérgio Fontes, dada no dia 2 de janeiro: “não entramos no presídio para evitar um Carandiru 2”³³².

O juiz de execução penal Luis Carlos Valois, titular da Vara de Execuções Penais de Manaus, chamado para acompanhar e testemunhar a barbárie ocorrida nas primeiras horas de 2017, tenta dar conta dessa experiência macabra:

(...) o terror não se esgotou com a visão de corpos mutilados, já suficiente para lembrar a fragilidade de todos. A polícia, quando negociava o fim da barbárie, não via reféns nos presos que eram decapitados, mas somente nos funcionários do sistema prisional.

Contudo, um dia antes da chacina, em Campinas, um pai de família, trabalhador, estacionou o carro, pulou o muro de uma casa, e matou doze pessoas, incluindo o seu próprio filho, fato logo banido dos jornais após a rebelião de Manaus. No dia seguinte ao da rebelião, um linchamento na mesma cidade da chacina lembrou o quanto a barbárie tem convivido com todos em meio aberto.

Não há que se esperar muito dos que ficam atrás de grades se as pessoas do ponto de ônibus estão prestes a se juntar e esmagar a cabeça de um ser humano a pedradas. A vacuidade da palavra bandido tem autorizado a morte de qualquer um, o lema *bandido bom é bandido morto* se encaixa em qualquer julgamento precipitado, inclusive no dos presos assassinos, que mataram os *judgados* mais bandidos entre eles.

De qualquer forma, o medo e o horror generalizados são sempre menores do que o medo e o horror concretos. É sempre possível atribuir a barbárie ao país, ao Estado ou ao bairro vizinho. A civilização é uma apatia anêmica e cega para com a miséria humana.

³³⁰ Disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38607506>. Acesso em 9 jun 2017.

³³¹ <https://jornalistaslivres.org/2017/01/massacre-em-manaus-relatos-dos-familiares/>, acesso em 9 jun. 2017. Há, nesta página, o arquivo de áudio das declarações.

³³² <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1846552-nao-entramos-no-presidio-para-evitar-um-carandiru-2-diz-secretario-do-am.shtml>, acesso em 9 jun. 2017.

Se precisasse resumir a minha própria dor, resumiria na cabeça exposta de um preso antigo do sistema penitenciário. Negro, o nome dele era Manuel. Que fim! Quantos pedidos, quantas súplicas ouvi daquele preso! Mas a tristeza para com o sistema não se compara ao sentimento sem nome de ver a cabeça de uma pessoa que nós conhecemos, com a qual falamos, fora do corpo.

Mas é preciso seguir adiante, superar o efeito estupefaciente dessas cenas de horror. Nos limites estreitos – estreitíssimos – do âmbito acadêmico, torna-se urgente encontrarmos ferramentas conceituais que nos possibilitem ao menos estancar o sangue e promover a redução dos danos e dos riscos de danos causados pelo funcionamento do sistema carcerário brasileiro.

3. PARA PENSAR ALÉM DO PODER PUNITIVO

3.1. PODER PUNITIVO COMO PODER POLÍTICO (OU “TODO PRESO É UM PRESO POLÍTICO”)

No primeiro capítulo, vimos que a prisão é uma forma que preexiste à sua utilização sistemática pelas leis penais como modo de punir, objetivo primeiro e último do ritual que se desenrola durante a instrução criminal.

A privação de liberdade, pensada como um sistema, se prestou primeiro para dar conta de um contingente populacional que sobrava nos grandes centros urbanos estabelecidos com o fim da sociedade feudalista. E, após esta primeira fase, para fazer dessa gente que sobrava mão-de-obra especializada na produção de mercadorias no campo fabril e industrial em plena formação, já instituídas, portanto, as formas primitivas da nova sociedade capitalista. Todo esse esquema foi fortemente impulsionado pelo alargamento das fronteiras comerciais resultante das políticas de navegação e colonização.

Tanto é assim que as prisões sequer recebiam esta denominação. Eram antes casas de detenção, casas de correção ou mesmo espaços anexos à fábrica. Por isso a correlação *cárcere-fábrica*.

A prisão é menos recente do que se diz quando se faz datar seu nascimento dos novos códigos. A forma-prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classifica-los, tirar deles o máximo de tempo e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza. A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, por meio de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão antes que a lei a definisse como a pena por excelência. No final do século XVIII e princípio do XIX se dá a passagem a uma penalidade de detenção, é verdade; e era coisa nova. Mas era na verdade abertura da penalidade a mecanismos de coerção já elaborados em outros lugares. Os “modelos” da detenção penal – Gand, Gloucester, Walnut Street – marcam os primeiros pontos visíveis dessa transição, mais que inovações ou pontos de partida. A prisão, peça essencial no conjunto das punições, marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à “humanidade”. Mas também um momento importante na história desses mecanismos disciplinares que o novo poder de classe estava desenvolvendo: o momento em que aqueles [mecanismos de coerção] colonizam a instituição judiciária. Na passagem dos dois séculos, uma nova legislação define o poder de punir como uma função geral da sociedade que é exercida da mesma maneira sobre todos os seus membros, e na qual cada um deles é igualmente representado; mas, ao

fazer da detenção a pena por excelência, ela introduz processos de dominação característicos de um tipo particular de poder. Uma justiça que se diz “igual”, um aparelho judiciário que se pretende “autônomo”, mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares, tal é a conjunção do nascimento da prisão, “pena das sociedades civilizadas”.³³³

A reconstituição desse movimento histórico³³⁴ serve para marcar a imbricação entre as formas jurídicas e as formas econômicas, ou, melhor, a ascendência das formas econômicas sobre as formas jurídicas no âmbito do poder punitivo. E estas formas econômicas funcionam como formas econômico-políticas, pois que é mediante a ação política que se implementam os interesses econômicos, mediante o uso de conceitos fetichizados pela pretensão de universalidade e neutralidade como “interesse comum”, “crescimento econômico”, “expansão da economia” e de formas também fetichizadas como a lei e seu sujeito de direito.

Toda essa construção, tornada mecanismo de funcionamento, desemboca na aparente dissociação entre interesses econômicos individuais e políticas estatais, blindada pelas noções fundamentais de “contrato social” e “Estado”.

Apesar desse estado de coisas ter sido gestado e criado originalmente na Europa, o movimento de expansão capitalista fez com que os traços da nova sociedade daí resultante fossem sentidos nas novas colônias. Isto é, apesar de que a abordagem deste trabalho, num primeiro momento, tenha sido eurocentrada, isto se deu na medida em que o modo de produção capitalista e as relações de dominação que nasceram aí foram tornadas globais com as políticas expansionistas do capital.

Por isso, a despeito das formas jurídicas que viemos comentando ao longo deste trabalho terem sido postas por pensadores europeus, o foram, por primeiro, postas por pensadores europeus inseridos numa sociedade capitalista, e que, muitas vezes, pensaram para o capitalismo, com mais ou menos consciência de assim o fazerem.

Na *Crítica ao Programa de Gotha*, Marx, ao condenar o uso dos termos “Estado hodierno” e “sociedade hodierna” que Ferdinand Lassalle usou para mitigar a luta de classes na redação do programa, expõe esta relação de influência global do capital, que serve de fundamento às críticas feitas aqui:

³³³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 223-224.

³³⁴ A precedência das relações sociais sobre as relações jurídicas, ou, mais especificamente, a normalização de relações sociais historicamente determinadas pela lei, já foi abordada no primeiro capítulo. Milton Santos apresenta uma excelente periodização da história a que estão ligados os países subdesenvolvidos no capítulo 2 da obra *Espaço e método* (SANTOS, Milton. **Espaço e método**. 5ª ed., 2ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014, p. 35-52).

A «sociedade hodierna» é a sociedade capitalista, que existe em todos os países civilizados, mais ou menos livre de acréscimos medievais, mais ou menos modificada pelo desenvolvimento histórico particular de cada país, mais ou menos desenvolvida. O «Estado hodierno», pelo contrário, muda com as fronteiras do país. No Império prusso-alemão é diferente de na Suíça, na Inglaterra é diferente de nos Estados Unidos. O «Estado hodierno» é, portanto, uma ficção.

No entanto, os diversos Estados dos diversos países civilizados, apesar da sua variada diversidade de formas, têm tudo isto em comum: erguem-se sobre o solo da sociedade burguesa moderna, só que umas mais ou menos desenvolvidas de modo capitalista. Também têm, portanto, em comum certos caracteres essenciais. Neste sentido, pode falar-se de «sistema de Estado hodierno», em oposição ao futuro, em que a sua raiz atual, a sociedade burguesa, se terá extinguido.³³⁵

É por isso que pensadores da envergadura de Milton Santos afirmam que as questões locais só podem ser corretamente compreendidas se compreendidas as questões globais: “o movimento dialético entre forma e conteúdo, a que o espaço, soma dos dois, preside, é, igualmente, o movimento dialético do todo social, apreendido na e através da realidade geográfica. Cada *localização* é, pois, um momento do imenso movimento do mundo, apreendido em um ponto geográfico, um *lugar*.”³³⁶

Aliás, um estudo que não considere as interações entre os diversos elementos dispostos nos mais diversos espaços estará fadado a perder de vista a complexidade da vida. “Através do estudo das interações, recuperamos a totalidade social, isto é, o espaço como um todo e, igualmente, a sociedade como um todo. Pois cada ação não constitui um dado independente, mas um resultado do próprio processo social.”³³⁷

E a interdependência das variáveis se deve a uma determinada organização, que é o conjunto de normas que rege as relações entre elas, dentro e fora de uma área. Em sua qualidade normativa, isto é, de regulamento – externa, portanto, ao movimento espontâneo – sua duração efetiva é diversa da duração dos acontecimentos. “A organização existe, exatamente, para prolongar a vigência de uma dada função, de maneira a lhe atribuir uma continuidade e regularidade que sejam favoráveis aos detentores do controle da organização.

³³⁵ MARX, Karl. **Crítica do Programa de Gotha** in Obras escolhidas em três tomos. Tradução de José Barata-Moura do texto original publicado na revista *Die Neue Zeit*, bd. 1, n.º 18, 1890-1891. Lisboa: Editorial Avante. Transcrito e disponibilizado *online* por Fernando A. S. Araújo, em março de 2009. Disponível em <https://www.marxists.org/portugues/marx/1875/gotha/>.

³³⁶ SANTOS, Milton. **Espaço e método**. 5ª ed., 2ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014, p. 13. E não se deve confundir *localização* e *lugar*. O lugar pode ser o mesmo, as localizações mudam. Lugar é o objeto ou o conjunto de objetos. A localização é um feixe de forças sociais que se exerce sobre determinado lugar (*Idem, ibidem*).

³³⁷ SANTOS, Milton. **Espaço e método**. 5ª ed., 2ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014, p. 18.

(...) A organização, por conseguinte, tem um papel de estruturação compulsória, que frequentemente contraria as tendências do dinamismo próprio.”³³⁸

No Brasil, portanto, a sistematização do poder punitivo foi e ainda é influenciada por esse movimento de expansão do capital. A colonização se deu e ainda se dá em prol da acumulação e centralização capitalista.

Qualquer que seja o país de economia liberal, o sistema social pode, ao menos para fins de análise, ser subdividido em dois subsistemas: governamental e de mercado. Ainda que o Estado seja, precipuamente, representativo dos interesses dominantes, os governos levam em conta, às vezes sem discussão, as contingências da segurança nacional e, em escala bem menor, os interesses sociais, embora sejam levados a minimizá-los, já que os recursos são, com prioridade, utilizados a serviço do capital.

Olhando o país como um todo, o exame dos dois subsistemas acima referidos indica a forma como o Estado se preocupa dos interesses próprios ao capital e ao trabalho.³³⁹

No último capítulo, foi provado o caráter de classe do sistema penal brasileiro pelo perfil da população prisional brasileira, formada por jovens analfabetos/as funcionais ou semi-analfabetos/as; em que há sobre-representação de negros/as, em comparação com a proporção entre brancos e negros na totalidade da população brasileira; e formada, em sua quase inteireza, por pessoas que estão sendo acusadas ou já foram condenadas por roubo, furto e tráfico de drogas – os dois primeiros crimes reconhecidamente cometidos por pessoas pobres e o terceiro, apesar de ter seus representantes em todas as classes sociais, leva à prisão apenas o traficante da *ralé*.

Essa *ralé* é designada por Jessé de Souza – ainda que o termo já tivesse sido usado por Milton Santos em escritos do final da década de 1960³⁴⁰ – como *ralé estrutural*. De acordo com o sociólogo, o processo de modernização brasileiro não constituiu apenas as novas classes sociais modernas que se apropriam diferencialmente do capital cultural e econômico, mas também uma classe inteira de indivíduos despojados não só do capital econômico e cultural mas das condições sociais, morais e culturais que permitiriam a apropriação destes capitais.

Ainda, “essa classe, sempre esquecida enquanto uma classe com uma gênese e um destino comum, só é percebida no debate público como um conjunto de ‘indivíduos’ carentes ou perigosos, tratados fragmentariamente por temas de discussão superficiais dado que nunca

³³⁸ SANTOS, Milton. *Espaço e método*. 5ª ed., 2ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014, p. 24-25.

³³⁹ SANTOS, Milton. *Espaço e método*. 5ª ed., 2ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014, p. 101-102.

³⁴⁰ SANTOS, Milton. *Espaço e método*. 5ª ed., 2ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014, p. 40.

chegam sequer a nomear o problema real, tais como ‘violência’, ‘segurança pública’ (...) etc.”

³⁴¹

Entretanto, esta não é uma realidade brasileira, apenas. Devido à expansão global do modo de produção capitalista, a captura, pelo sistema penal, das pessoas que sobram no mercado de trabalho, no sentido de não serem qualificadas o suficiente para nele produzirem e nem terem poder aquisitivo o suficiente para nele consumirem, é um fenômeno também global.

Esse fenômeno, aliás, inclusive em sua correlação com as políticas imperialistas de colonização, fora comentado por Marx já em 1859 numa análise sobre população, crime e pauperismo no Reino Unido:

Ao compararmos as três tabelas populacionais, de criminalidade e acerca do pauperismo, encontraremos: durante o período de 1844 a 1854 a criminalidade cresceu em nível mais acelerado que a população, enquanto a pobreza permaneceu praticamente inalterada entre 1849 e 1858, apesar das enormes mudanças operadas neste intervalo no estado da sociedade britânica. (...) Da convulsão revolucionária a Europa havia se convertido à obsessão industrial. A conquista do Panjabe [região do noroeste da Índia, conquistado pela Companhia das Índias Ocidentais como resultado das guerras Anglo-Sikh de 1845-46 e 1848-49 e que completou a colonização britânica da Índia] e as guerras da Rússia e da Ásia tornaram acessíveis mercados até então quase desconhecidos. Por fim, a importação da produção inglesa pelos Estados Unidos se desenvolveu em proporções inimagináveis nos dez anos seguintes. O mercado de todo o mundo se expandiu e aparentemente havia dobrado ou triplicado seus poderes de absorção (*powers of absorption*). Ainda assim, durante este decênio memorável [1849-1858], a soma milionária de pobres ingleses (*the stationary million of English paupers*) diminuiu apenas em 26.233 indivíduos. Se compararmos aos anos de 1853 e 1858, o número aumentou em 109.364.

Deve haver algo de podre na essência mesma de um sistema social que eleva sua riqueza sem diminuir sua miséria, e eleva sua criminalidade ainda mais rapidamente.³⁴²

No Brasil, entretanto, os resultados do subdesenvolvimento causado pelo crescimento do capitalismo são ainda mais perversos, devido à influência, no mesmo grau de importância, de políticas de eugenia e higienistas de caráter racista.

Sobre a política eugenista que sempre esteve presente, mais ou menos explicitamente, na pauta dos poderes de Estado brasileiros, é sempre importante lembrar a redação do artigo 138, do Título IV, referente à *Ordem Econômica e Social*, da Constituição da República promulgada no início da “Era Vargas”, em 1924:

³⁴¹ SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: quem é e como vive / Jessé Souza; colaboradores André Grillo et al. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2016, p. 26-27.

³⁴² MARX, Karl. População, crime e pauperismo. **Verinotio** – revista on-line de filosofia e ciências humanas, nº 20, ano X, out/2015, ISSN 1981-061X, p. 120. Disponível em <<http://www.verinotio.org/conteudo/0.15812043580983.pdf>>, acesso em 11 ago 2017.

Art 138. Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

- a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;
- b) estimular a educação eugênica;
- c) amparar a maternidade e a infância;
- d) socorrer as famílias de prole numerosa;
- e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual;
- f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;
- g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.

O “estímulo à eugenia”, que influenciou as políticas higienistas praticadas nos centros econômicos brasileiros do início do século passado (a reestruturação das grandes metrópoles, as políticas sanitaristas e o fomento à imigração de europeus, para trabalharem na cidade e no campo, são resultados deste intento), era motivada por uma comparação entre o Brasil, que ainda seguia a marcha do subdesenvolvimento, e as maiores potências econômicas do mundo, principalmente os Estados Unidos.

Para Emerson Rocha,

Esse tipo de reflexão comparativa se aplicou à questão racial durante a primeira metade do século 20, quando o higienismo (movimento científico e político preocupado com as condições favoráveis ao desenvolvimento humano e para o qual a ideia de “raça” era o mais importante conceito) se apresentou como um dos encarregados de dar uma resposta para a questão da nossa singularidade, do nosso fracasso histórico. A noção de “raça”, dotada então de alto prestígio acadêmico internacional, foi tomada como uma chave para a compreensão da singularidade histórica do Brasil e, logo, como questão chave no que se referia ao “projeto civilizador” deste país.

Todas as questões concernentes à constituição de um modo de vida avançado passaram pelo crivo da raça: a disciplina, a religiosidade, a potência intelectual, a sexualidade, tudo isso foi interpretado como característica racial entre nós durante algum tempo. (...) A codificação racial da regulamentação da vida urbana e moderna entre nós transformou o intercurso entre as raças negra, branca e indígena em fator de *endemia*, de um mal que minaria por dentro a saúde da população. A ideia de degenerescência afirmava que a “raça negra” representava um risco à saúde física e moral da “raça” população.³⁴³

Assim, no âmbito do debate acadêmico e político, os Estados Unidos e sua política segregacionista representavam uma espécie de ideal de higiene racial em oposição à miscigenação brasileira.

Essa comparação com os Estados Unidos, portanto, “nasceu como método para a nossa comparação com eles enquanto ‘processos civilizadores’ distintos”, para marcar que as

³⁴³ ROCHA, Emerson. Cor e dor moral: sobre o racismo na ralé. SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive** / Jessé Souza; colaboradores André Grillo et al. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2016, p. 383.

políticas eugenistas praticadas por lá seriam muito mais coerentes que as daqui, de modo que nossa higiene seria “menos rigorosa”.³⁴⁴

Não obstante, o mito do brasileiro cordial, erigido principalmente por Sérgio Buarque de Holanda na obra *Raízes do Brasil*, entrou (e ainda entra) o reconhecimento do racismo entre nós. Este quadro começa a mudar com o aumento do número de pessoas negras integradas à sociedade de produção e consumo capitalista, impulsionado por políticas afirmativas (como as cotas para negros nas universidades e em concursos públicos), o que, na prática, permitiu aos negros/as condições de se organizarem politicamente de acordo com as regras do jogo capitalista, conferindo força política ao tema da discriminação racial e, inversamente, enfraquecendo o mito da cordialidade.³⁴⁵

De todo modo, no Brasil, onde “branco e preto pobre não dão sorte com o meritíssimo”³⁴⁶,

O problema da pobreza ganhou, em nossos dias, uma atualidade incontestável por duas grandes razões: em parte pela generalidade do fenômeno que atinge a todos os países, embora em particular aflija mais duramente os países subdesenvolvidos, mas também pelo fato de que a urbanização galopante que estes últimos conhecem é acompanhada pela expansão, a um ritmo igual, da expansão da pobreza, mesmo que esta se apresente de forma particular e específica em cada país e nas diferentes cidades de um mesmo país.³⁴⁷

Ou seja, existe certa impropriedade em conceituar a pobreza apenas como a incapacidade de satisfazer necessidades materiais, pois que a pobreza, além de ser historicamente determinada, é, em cada momento histórico, relativamente determinada. “A única medida [da pobreza] válida é a atual, dada pela situação relativa do indivíduo na sociedade a que pertence.”³⁴⁸

Por isso,

³⁴⁴ ROCHA, Emerson. Cor e dor moral: sobre o racismo na ralé. SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive** / Jessé Souza; colaboradores André Grillo et al. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2016, p. 425-426.

³⁴⁵ “Essa dor moral característica do drama do negro com o seu próprio corpo, dor que é sentida como íntima demais para ser política, precisa ser politicamente tematizada.” (ROCHA, Emerson. Cor e dor moral: sobre o racismo na ralé. SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive** / Jessé Souza; colaboradores André Grillo et al. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2016, p. 439 e 441-442).

³⁴⁶ Trecho da música *No Brooklyn*, do rapper Sabotage, nome artístico de Mauro Mateus dos Santos, morto em 24 de janeiro de 2003.

³⁴⁷ SANTOS, Milton. **Pobreza urbana**; com uma bibliografia internacional organizada com a colaboração de Maria Alice Ferraz Abdala. 3ª ed., 1ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 9.

³⁴⁸ SANTOS, Milton. **Pobreza urbana**; com uma bibliografia internacional organizada com a colaboração de Maria Alice Ferraz Abdala. 3ª ed., 1ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 18.

A medida da pobreza é dada antes de mais nada pelos objetivos que a sociedade determinou para si própria. É inútil procurar uma definição numérica para uma realidade cujas dimensões – agora e no futuro – serão definidas pela influência recíproca dos fatores econômicos e sociais peculiares a cada país. Além do que um indivíduo não é mais pobre ou menos pobre porque consome um pouco menos ou um pouco mais. A definição de pobreza deve ir além dessa pesquisa estatística para situar o homem na sociedade global à qual pertence, porquanto a pobreza não é apenas uma categoria econômica, mas também uma categoria política acima de tudo.
349

Neste ponto, a relação entre situação de classe e racismo verifica-se na maneira como o modo de vida que define a classe social de uma pessoa “é determinante na aquisição da autoconfiança, do autorrespeito e da autoestima (...). O condicionamento de classe (compreendida não como a renda, mas como o *habitus*, o modo de vida) sobre a constituição da autorrelação prática também influi de modo decisivo sobre o sofrimento de maus-tratos racistas.”³⁵⁰. Ainda que não se possa medir a dor moral das pessoas, o racismo sofrido por pessoas da *ralé estrutural* parece ser mais radical que o sofrimento das pessoas negras de classe média.

Portanto, ao constatarmos que o alvo do poder punitivo brasileiro, primeiro pelo processo de criminalização primária e depois, com maior objetividade, pelo processo de criminalização secundária, são as pessoas pertencentes à *ralé estrutural*, e especialmente as pessoas negras da *ralé estrutural*, podemos constatar que se trata de uma ação política em curso, com objetivos muito específicos, ainda que dissimulada, de um lado, pelos atributos de universalidade e neutralidade da lei, imparcialidade do juiz e, de outro, pelos atributos de igualdade e liberdade de e entre todas as pessoas.

Todo preso, portanto, é um preso político.

É neste sentido que Foucault identifica a série de “novas ilegalidades” – nos termos da crítica feita pela *sociologia do desvio*, apresentada acima –, na passagem dos séculos XVIII ao XIX, como o cenário de lutas em que se defrontam, de um lado, os delinquentes e, de outro, a lei e a classe que a impôs.³⁵¹

Ora, na passagem do século XVIII ao XIX, contra os novos códigos, surge o perigo de um novo ilegalismo popular. Ou mais exatamente, talvez, as ilegalidades populares se desenvolvam então segundo dimensões novas: as que trazem consigo todos os movimentos que, desde os anos 1780 até às revoluções de 1848, entrecruzam os conflitos sociais, as lutas contra os regimes políticos, a resistência ao

³⁴⁹ SANTOS, Milton. **Pobreza urbana**; com uma bibliografia internacional organizada com a colaboração de Maria Alice Ferraz Abdala. 3ª ed., 1ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 18.

³⁵⁰ ROCHA, Emerson. Cor e dor moral: sobre o racismo na *ralé*. SOUZA, Jessé. **A *ralé* brasileira: quem é e como vive** / Jessé Souza; colaboradores André Grillo et al. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2016, p. 434.

³⁵¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhe. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 269.

movimento de industrialização, os efeitos das crises econômicas. Esquemáticamente, podemos definir três processos característicos. Em primeiro lugar, o desenvolvimento da dimensão política das ilegalidades populares (...); nem todas têm em mira a eventual derrubada do poder, longe disso; mas boa parte delas pode se capitalizar para combates políticos de conjunto e às vezes até conduzir diretamente a isso.

Por outro lado, através da recusa da lei ou dos regulamentos, reconhecem-se facilmente as lutas contra aqueles que os estabelecem em conformidade com seus interesses: não se luta mais contra os arrendatários de impostos, o pessoal das finanças, os agentes do rei (...) mas contra a própria lei e a justiça que é encarregada de aplicá-la, contra os proprietários próximos que impõem seus novos direitos, contra os empregadores que se entendem entre si (...).

Enfim, se é verdade que no decorrer do século XVIII vimos a criminalidade tender para formas especializadas, inclinar-se cada vez mais para o roubo e se tornar em parte coisa de marginais, (...) as novas formas do direito, os rigores da regulamentação, as exigências ou do Estado, ou dos proprietários ou dos empregadores, e as técnicas mais cerradas de vigilância, multiplicavam as ocasiões do delito.³⁵²

Assim, está criado o ambiente para “o grande medo da plebe”, o “mito da classe bárbara, imoral e fora da lei”³⁵³. Como resposta, a lei e a justiça, na forma e no conteúdo, como também pela formalidade linguística que as caracterizam, não hesitam em anunciar sua dissimetria de classe.

Daí a ideia de que “os processos criminais podem se tornar ocasião para um debate político, que é preciso aproveitar os processos de opinião ou ações intentadas contra os operários para denunciar o funcionamento geral da justiça penal”³⁵⁴. Daí, também, que os prisioneiros, como prisioneiros políticos que são, deveriam fazer valer seu dever e seu direito de serem porta-vozes do caráter de classe do poder punitivo³⁵⁵.

3.2. PODER PUNITIVO ENTRE DETERMINISMO HISTÓRICO E LUTA DE CLASSES

³⁵² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 268-269.

³⁵³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 270.

³⁵⁴ É o que está ocorrendo, atualmente, com o “caso Rafael Braga”. Para mais informações, conferir o site <<https://libertemrafaelbraga.wordpress.com/about/>>. Acesso em 11 ago 2017.

³⁵⁵ Não à toa, a origem de grupos como o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital, bem como de diversas rebeliões, pode ser radicada aí. Sobre este tema, Bruno Paes Manso escreveu uma matéria para a Revista Piauí no início deste ano, intitulada *Guerra*, em que aborda a gênese desses grupos e como as rebeliões do início do ano decorrem da necessidade dos presos se organizarem politicamente para fazerem frente aos abusos do poder punitivo. A matéria está disponível para assinantes no site <www.piaui.folha.uol.com.br/materia/a-guerra/>, acesso em 12 ago 2017. A origem e a história do PCC também foram retratadas em MANSO, Bruno Paes; GODOY, Marcelo. 20 anos de PCC – o efeito colateral da política de segurança pública. **Interesse Nacional**, ano 6, nº 24, jan/mar 2014. Disponível em <<http://interessenacional.uol.com.br/index.php/edicoes-revista/20-anos-de-pcc-o-efeito-colateral-da-politica-de-seguranca-publica/>>, acesso em 21 maio 2017.

Diante desse estado de coisas, experimentar alguma impotência é inevitável. Este sentimento, traduzido para a categoria acadêmica “determinismo histórico”, é, inclusive, motivo de intensos debates e críticas à teoria marxista.

Antes de procedermos à análise do lugar que o poder punitivo ocupa entre o determinismo histórico e a luta de classes – logo, à medida da possibilidade de revolução e libertação de um poder punitivo tributário ao capital – é importante estabelecer o que se entende por determinismo histórico e como aquelas críticas à teoria marxista partem de uma premissa equivocada sobre o método materialista histórico dialético que a estrutura.

Nesse sentido, João Antônio de Paula começa sua explicação sobre o tema, em seu artigo *Determinismo e indeterminismo em Marx*, estabelecendo os limites entre o modernismo e o pós-modernismo, a partir dos traços mais característicos de cada uma destas posturas intelectuais:

A razão triunfante no mundo ocidental é assim o traço essencial da mentalidade moderna. A vitória da concepção geométrico-mecânica do Universo, do equilíbrio e da simetria, cujo cume é o sistema cartesiano.

Há no centro da perspectiva metodológica da física moderna dois princípios que se generalizam para as outras instâncias do pensamento: a) o princípio do determinismo e b) o otimismo da razão e do progresso; esses dois princípios são os fundamentos do projeto iluminista, sintetizados por Laplace (o determinismo) e Condorcet (o otimismo).

(...)

A razão geométrica tem horror ao assimétrico, não admite o indeterminado, é uma apologia do equilíbrio. Há uma dimensão estética dessa razão geométrica que é expressiva de suas características.

(...)

No centro da perspectiva determinista está uma concepção que anula o tempo, pelo menos o tempo como constituinte da medida (meio) de processos irreversíveis.

(...)

Do Universo linear, determinístico, reversível, simples e equilibrado da física clássica, caminhamos hoje para um Universo complexo, indeterminado, irreversível e desequilibrado, tendente à entropia, à desorganização, ao caos. Seus novos termos questionam os fundamentos da razão geométrica, do pensamento determinista.³⁵⁶

Essa nova postura intelectual, designada “pós-modernidade”, teria aparecido, portanto, para designar a emergência, nos mais variados campos, da crítica aos paradigmas nascidos com a física clássica – o determinismo em especial.

Frente a essa crise do tempo linear, emerge a indeterminação e a incerteza, o que impacta a teoria econômica, e de modo ainda mais contundente a crítica da economia política

³⁵⁶ PAULA, João Antônio de. Determinismo e indeterminismo em Marx. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 2, p. 189-202, abr. 1994, p. 189-191. ISSN 0034-7140. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/602>>. Acesso em 12 ago 2017.

marxista. Seus detratores, entretanto, entendem o contrário, identificando no cerne da teoria marxista um extremado determinismo.

Não obstante, “é preciso começar por dizer que a preocupação com a questão do determinismo esteve presente na reflexão marxiana sobre economia desde o início. Marx, ao tomar conhecimento do pensamento dos economistas clássicos da economia política, manifestou explícito repúdio ao que achava abuso determinista e abstracionista dos teóricos do valor-trabalho.”³⁵⁷. O fundamento deste repúdio residia no modo como Marx foi elaborando, ao longo de sua carreira, sua concepção filosófica, ou seja, no modo como Marx enfrentou e reelaborou a filosofia hegeliana.

Sendo assim, “os temas da negação do determinismo, da desconfiança nas regularidades e abstrações absolutas encontram-se em Marx desde o início de sua trajetória. Trata-se da ideia de *superação*, da construção de seu pensamento a partir do procedimento dialógico, em que cada ideia, cada categoria, é considerada (...) num processo em que há continuidade e ruptura”³⁵⁸.

Daí a importância que a dialética teve em seu pensamento. Sua contribuição decisiva à teoria econômica, isto é, para afirmar o caráter estruturalmente desigual e contraditório da vida econômica sob o capitalismo, realidade muito distante do equilíbrio, do determinismo e da igualdade do pensamento econômico e filosófico que vigorava até então, se deve à sua compreensão do movimento dialético, especialmente a partir da herança hegeliana.

Contudo,

Um certo marxismo, o da II Internacional, se construiu e buscou afirmar seu prestígio insistindo no caráter científico de suas teorias e propostas. Isso significou atrelar o marxismo à voga evolucionista-positivista (...).

Esse marxismo, furto de uma época ainda otimista quanto às virtualidades de uma ciência positivista, foi a mais marcante e profunda das influências sobre a conformação do *corpus* teórico do marxismo, doutrina afinal de partidos e Estados. Sua influência foi geral e prolongada, até porque prometia soluções rápidas e fáceis:

1. O mundo dividido em duas instâncias: a *infra-estrutura* (economia) e a *superestrutura* (a ideologia); a infra-estrutura determina direta e univocamente a superestrutura e esta, por sua vez, só se realiza como reflexo daquela.
2. A dinâmica do mundo linear é irreprochável, dada pelas relações contraditórias entre as forças produtivas e as relações sociais de produção; quando

³⁵⁷ PAULA, João Antônio de. Determinismo e indeterminismo em Marx. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 2, p. 189-202, abr. 1994, p. 192. ISSN 0034-7140. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/602>>. Acesso em 12 ago 2017.

³⁵⁸ PAULA, João Antônio de. Determinismo e indeterminismo em Marx. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 2, p. 189-202, abr. 1994, p. 193. ISSN 0034-7140. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/602>>. Acesso em 12 ago 2017.

estas bloqueiam a expansão daquelas, abre-se a revolução que porá fim à contradição, criando as condições para um novo regime social.³⁵⁹

De fato, essas ideias aparecem com frequência nos textos de Marx, de modo que teóricos mais inclinados ao determinismo encontravam (e encontram) aí material para fundamentar suas teses. Não obstante, a “contraprova” também está nos textos de Marx. “Ao lado do determinismo vertiginoso que está no prefácio da *Contribuição à crítica da economia política*, de 1859, é possível lembrar a radicalidade e centralidade do conceito de luta de classes em obras como *O 18 Brumário* (1852), *As lutas de classes em França de 1848 a 1850* (1850), e *Guerra Civil em França* (1871).”³⁶⁰

Ao proceder a análises mais históricas que propriamente econômicas³⁶¹, fica estampado que Marx e sua teoria não padecem do determinismo de que o criticam. O lugar da surpresa, do indeterminado, da contradição, da desigualdade, do desequilíbrio, da revolução é central na estrutura do conjunto de sua obra, justamente porque o pensamento marxista está aberto para a incorporação da subjetividade do indivíduo e da política como realidades irreduzíveis a qualquer simplificação³⁶².

Mais do que a forma dialética, Marx internalizou uma dialética cujo conteúdo era bastante preciso, que levava a sério “a presença do indeterminismo, da indefinição, de resíduos não-rationais da subjetividade humana, que deixasse espaço para a criação e para a liberdade, para a política e para a surpresa, que levasse a sério a ideia central da luta de classes.”³⁶³

Daí que a proposição de Marx é uma *crítica* da economia política. Mas não no sentido trivial da palavra “crítica”, de comentário ou revisão crítica, mas “carregada de seu conteúdo

³⁵⁹ PAULA, João Antônio de. Determinismo e indeterminismo em Marx. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 2, p. 189-202, abr. 1994, p. 193-194. ISSN 0034-7140. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/602>>. Acesso em 12 ago 2017.

³⁶⁰ PAULA, João Antônio de. Determinismo e indeterminismo em Marx. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 2, p. 189-202, abr. 1994, p. 194. ISSN 0034-7140. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/602>>. Acesso em 12 ago 2017.

³⁶¹ José D’Assunção Barros, doutor em História pela Universidade Federal Fluminense, aborda os conceitos de *modo de produção e determinismo* nas obras de Marx e Engels justamente sob uma perspectiva histórica – ou, mais precisamente materialista histórica – no artigo *Os conceitos de ‘modo de produção’ e determinismo – revisitando as diversas discussões no âmbito do materialismo histórico*, disponível em <<http://www.revista.ufpe.br/revistaclio/index.php/revista/article/view/111>>, acesso em 12 ago 2017.

³⁶² Já demos prova disso ao comentar o artigo co-escrito por Adriano Nervo Codato e Renato Monseff Perissinotto (CODATO, Adriano Nervo; PERISSINOTTO, Renato Monseff. O Estado como instituição. Uma leitura das "obras históricas" de Marx. **Crítica Marxista**, São Paulo, Boitempo, v.1, n. 13, 2001).

³⁶³ PAULA, João Antônio de. Determinismo e indeterminismo em Marx. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 2, p. 189-202, abr. 1994, p. 194. ISSN 0034-7140. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/602>>. Acesso em 12 ago 2017.

semântico que a faz derivada da palavra *crisis* (ruptura) e sobretudo como exame radical da realidade em sua globalidade³⁶⁴ e que tem como centro, como objeto, o conceito de *capital*.

E o *capital*, para Marx, é sobretudo a imposição da desigualdade, do desequilíbrio permanente e sistemático. Fazer desta crítica ao capital o pressuposto de todo o seu trabalho é o que distingue a teoria marxista de todas as outras, conferindo-lhe um lugar singular na história da economia política. “Marx é o pensador da desigualdade; por ser teórico do capital, sua teoria do valor, sua teoria da distribuição, da reprodução, das crises, dos preços estarão, em última instância, condicionadas pela moldura da desigualdade e do indeterminismo.”³⁶⁵

Em outras palavras, o que caracteriza a crítica marxista é justamente a substituição do paradigma do equilíbrio, da equivalência e da igualdade nas relações econômico-sociais pelas categorias derivadas das noções de desequilíbrio, dominação, desigualdade e contradição.

Por isso, a crise, no capitalismo, é resultado da ação dos mecanismos do próprio processo de acumulação e concentração do capital. Não obstante, cada crise ocorre de acordo com uma interação determinada de elementos que não estão dados *a priori*. A luta de classes, o dinamismo que marca a disputa entre trabalhadores e capitalistas pela hegemonia política e cultural da sociedade, as relações entre Estado e sociedade civil, os usos dos recursos naturais, as inovações tecnológicas etc., são elementos singulares em cada local e período histórico e, cada um deles, determinantes de como vai se manifestar cada crise.

Logo, justamente pela centralidade da luta de classes no pensamento marxista é que não há espaço para automatismo, inevitabilidade ou determinismo. Marx é “um homem de ação”, que *aposta* na revolução como um projeto resultante da ação política e da oportunidade.

Pois bem. Quanto ao poder punitivo, se, conforme Rusche e Kirchheimer disseram no início do século passado, todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção, devemos reconhecer que, no capitalismo, a prisão cumpriu e cumpre funções muito importantes.

Em nível global, a prisão de um contingente cada vez maior de pessoas cumpre a função de regulação da mão-de-obra-excedente e, assim, do preço dos salários³⁶⁶; a formação

³⁶⁴ PAULA, João Antônio de. Determinismo e indeterminismo em Marx. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 2, p. 189-202, abr. 1994, p. 195. ISSN 0034-7140. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/602>>. Acesso em 12 ago 2017.

³⁶⁵ PAULA, João Antônio de. Determinismo e indeterminismo em Marx. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 2, p. 189-202, abr. 1994, p. 196. ISSN 0034-7140. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/602>>. Acesso em 12 ago 2017.

³⁶⁶ “A formação do salário nas atividades modernas também coloca em risco a tese da “massa marginal”. As enormes possibilidades de trabalho da “massa marginal” pesam fortemente sobre o mercado de trabalho não intelectual no circuito moderno e baixam os salários. Implica, ao mesmo tempo, um aumento do excedente do

de mão-de-obra em caráter forçado mediante a parceria público-privada entre o sistema penitenciário e canteiros de indústrias e da construção civil; a limpeza do mercado dos consumidores falhos etc.

Ademais, ao menos em nível nacional,

Como a “ralé se reproduz como mero “corpo”, incapaz, portanto, de atender às demandas de um mercado cada vez mais competitivo baseado no uso do conhecimento útil para ele, ela não se confunde com o antigo “lumpemproletariado” marxista. O lumpemproletariado podia funcionar como “exército de reserva” porque podia ser empregado em épocas de crescimento econômico ao lado da força de trabalho ativa. O pressuposto dessa possibilidade de substituição é um capitalismo em estágio inicial e que a “incorporação de conhecimento” técnico pelo trabalhador, para que este possa exercer uma atividade útil e produtiva, era mínimo. Hoje em dia, o capitalismo pressupõe uma alta – comparativamente – incorporação de conhecimento técnico para o exercício de qualquer função produtiva no seu setor mais competitivo. Desse modo, ainda que a “ralé” inegavelmente disponha de “capacidades” específicas que permitem desempenhar seus subempregos e suas relações comunitárias, essas “capacidades” não são aquelas exigidas pelo mercado moderno em expansão. (...).

É por conta disso também que a “ralé” brasileira moderna não se confunde com o simples lumpemproletariado tradicional. Como ela não encontra emprego no setor produtivo que pressupõe uma relativa alta incorporação de conhecimento técnico ou “capital cultural”, ela só pode ser empregada enquanto mero “corpo”, ou seja, como mero dispêndio de energia muscular. É desse modo que essa classe é explorada pelas classes média e alta: como “corpo” vendido a baixo preço, seja no trabalho das empregadas domésticas, seja como dispêndio de energia muscular no trabalho masculino desqualificado [diríamos, antes, desvalorizado], seja ainda na realização literal da metáfora do “corpo” à venda, como na prostituição. Os privilégios da classe média e alta advindos da exploração do trabalho desvalorizado dessa classe são insofismáveis.³⁶⁷

Muito tempo antes, Milton Santos também havia chegado à mesma conclusão:

O mecanismo da “modernização, exclusão e marginalização” (Tavarez e Serra, 1972, p. 52) é marcado por uma dialética infernal. Se, por um lado, a economia incorpora um certo número de pessoas ao mercado de trabalho efetivo, através de empregos recém-criados, por outro ela expulsa um número muito maior, criando de um golpe o subemprego, o desemprego e a marginalidade. O número desses “postergados” aumenta cada vez mais. É para esses remanescentes da força de trabalho nos níveis mais baixos do espectro socioprofissional que foi reservado o termo marginal.³⁶⁸

empresário, e também um aumento na taxa de lucro.” (SANTOS, Milton. **Pobreza urbana**; com uma bibliografia internacional organizada com a colaboração de Maria Alice Ferraz Abdala. 3ª ed., 1ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 40).

³⁶⁷ SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: quem é e como vive / Jessé Souza; colaboradores André Grillo et al. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2016, p. 28-29.

³⁶⁸ SANTOS, Milton. **Pobreza urbana**; com uma bibliografia internacional organizada com a colaboração de Maria Alice Ferraz Abdala. 3ª ed., 1ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 42. Ainda, “a ideia de superpopulação [proveniente da *superpopulação relativa*, cunhada por Marx] supõe que existe uma superabundância de pessoas e que estas devem ser eliminadas ou responsabilizadas, social e economicamente, por sua inutilidade” (SANTOS, Milton. **Pobreza urbana**; com uma bibliografia internacional organizada com a colaboração de Maria Alice Ferraz Abdala. 3ª ed., 1ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 36).

Aí está, talvez, a resposta para o aumento exponencial, na última década, da população prisional brasileira, o que é sempre reforçado, em igual importância, pelas relações raciais, pois, neste ponto, a prisão também cumpriu e cumpre uma importante função higienista, evitando o crescimento e o desenvolvimento da população negra e parda e a miscigenação das raças.

E para que se possa atestar a integridade da análise, não se pode descuidar da relação internacional-nacional, externo-interno, e de como cada espaço interage um com o outro e com seus elementos internos; especialmente, como o *global* interfere no *local*:

cada lugar constitui na verdade uma fração do espaço total, pois só esse espaço total é o objeto da totalidade das relações exercidas dentro de uma sociedade, em um dado momento. Cada lugar é objeto de apenas algumas dessas relações “atuais” de uma dada sociedade e, através dos seus movimentos próprios, apenas participa de uma fração do movimento social total.

O movimento que estamos tentando explicitar nos leva a admitir que o espaço total, que escapa à nossa apreensão empírica e vem ao nosso espírito sobretudo como conceito, é que constitui o real, enquanto as frações de espaço, que nos parecem tanto mais concretas quanto menores, é que constituem o abstrato, na medida em que o seu valor sistêmico não está na coisa tal como a vemos, mas no seu valor relativo dentro de um sistema mais amplo.³⁶⁹

Daí a importância de considerar a sociedade brasileira como integrante da sociedade global capitalista, mas com todas as particularidades que marcam sua integração periférica a essa sociedade global. Daí, também, que mudanças tópicas que se realizam no sistema penal, bastante adstritas geograficamente, não tem nenhum impacto sobre o sistema penal como um todo – apesar de todo o brilhantismo das iniciativas e mesmo de todos os bons resultados, que devem ser fomentados.

Considerar isso também importa assumir uma postura objetiva diante de dos problemas sociais, políticos, econômicos, éticos etc. No que importa à crítica ao poder punitivo, isso significa compreender, de uma vez por todas, que a prisão nunca foi feita para ressocializar o indivíduo delinquente ou prevenir a ocorrência de novos crimes. Pelo contrário, o poder punitivo conta com a reincidência.

A pena deve ter o tempo suficiente para cumprir o que talvez seja o seu papel principal: deve durar o suficiente para promover uma exclusão social permanente do sujeito

³⁶⁹ SANTOS, Milton. **Pobreza urbana**; com uma bibliografia internacional organizada com a colaboração de Maria Alice Ferraz Abdala. 3ª ed., 1ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 30-31.

que sobra³⁷⁰, de modo que sua re-inclusão ao mercado formal de trabalho e de consumo seja interdita para sempre. Daí que o cárcere brasileiro esteja sujeito às condições desumanas que são sua marca registrada, pois que sua regra é ser o destino final do sujeito que já experimentou, “livre”, todas as outras exclusões – social, cultural, político, econômica. Numa palavra, o sistema é indiferente às condições prisionais, contanto que se cumpra sua função de segregação definitiva.

Talvez as duas únicas funções oficiais da pena que podem ser confirmadas, objetivamente, no funcionamento real do sistema penal é a reprovação do delito – a pena como castigo; e principalmente como castigo pelo que se é e não pelo que se fez – e a inocuidade do delincente – um dos aspectos da função preventiva especial negativa da pena; o outro, pelo qual se busca segregar o indivíduo para que ele não cometa crimes enquanto preso, é evidentemente falsa.

Ainda, se é verdade, como vimos em Marx, Pachukanis, Bourdieu, Milton Santos, Jessé Souza etc., que o presente está condicionado pelo passado, ou, mais precisamente, que as relações sociais do presente estão condicionadas pelas relações sociais do passado – tudo dentro dos limites das relações que podem ser estabelecidas num determinado modo de produção, de acordo com as particularidades culturais, sociais, políticas e econômicas de determinado lugar e momento histórico –, então a barbárie do sistema punitivo capitalista irá vigorar enquanto vigorarem as relações sociais de dominação, desigualdade e desequilíbrio próprias do modo de produção capitalista.

Contudo, considerando que as relações materiais capitalistas estão sempre sob a tensão da luta de classes, entre a vontade de extração de mais-valia e, logo, de exploração do trabalhador pelo capitalista e, na outra ponta, a vontade de libertação da exploração do trabalhador frente ao capitalista, o caminho para a derrubada do poder punitivo está aberto e sujeito às contingências deste embate.

Para trilhar esse caminho com firmeza, deve-se primeiro trabalhar na construção da consciência de raça e de classe na população brasileira, especialmente dentre aquela porção denominada *ralé*. Transformar o que há aí de baixa-autoestima em orgulho e confiança³⁷¹.

³⁷⁰ Para Foucault, pensando a partir do binômio cárcere-fábrica, “a duração do castigo (...) permite quantificar exatamente as penas, graduá-las segundo as circunstâncias, e dar ao castigo legal a forma mais ou menos explícita de um salário; mas corre o risco de não ter valor corretivo se for fixada em caráter definitivo, no julgamento. A extensão da pena não deve medir o “valor de troca” da infração; ela deve se ajustar à transformação “útil” do detento no decorrer de sua condenação. Não um tempo-medida, mas um tempo com meta prefixada. Mais que a forma do salário, a forma da operação.” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 269).

³⁷¹ “A “autoconfiança”, como nos ensina o pensador alemão Axel Honneth, é aquele elemento que confere a quem o possui, pelo simples fato de ter sido amado, a certeza do próprio valor, certeza essa que permite encarar

A ignorância, intencional ou não, da consciência da ralé como classe e da consciência de classe da ralé, promove uma “visão distorcida do mundo, em que o marginalizado social é percebido como se fosse alguém com as mesmas capacidades e disposições de comportamento do indivíduo da classe média. Por conta disso, o miserável e sua miséria são sempre percebidos como contingentes e fortuitos, mero acaso do destino (...).”³⁷²

Mitos como o da cordialidade do brasileiro, da harmonia de nossa sociedade, da democracia racial, da inexistência de classes, da igualdade e da liberdade de todas as pessoas entre si e perante a lei etc., criam uma imagem fetichizada, fantasiosa, de quem somos e de como nos relacionamos.

Na verdade, tudo na realidade social é feito para que se esconda o principal: a produção de indivíduos diferencialmente aparelhados para a competição social desde seu nascimento. Afinal, a produção de indivíduos “racionais” e “calculadores”, os tais que são pressupostos em toda análise economicista da realidade, não é um dado “natural”, “caído do céu”, como pensa o economicismo dominante, o qual, aliás, é bom que se repita, não é “privilégio” de economicistas. No entanto, toda a legitimação do mundo moderno como “ordem justa” depende desse “esquecimento”. A legitimação do mundo moderno como mundo “justo” está fundamentada na “meritocracia”, ou seja, na crença de que superamos as barreiras de sangue e nascimento das sociedades pré-modernas e que hoje só se leva em conta o “desempenho diferencial” dos indivíduos. (...) Todas as instituições modernas tomam parte nesse teatro da legitimação da dominação especificamente moderna. O

derrotas e perdas como fatos transitórios e o enfrentamento de todo tipo de desafio e de dificuldades com confiança e esperança. Mas esse tipo de aprendizado (...) não é universal. As classes baixas no Brasil, ou mais propriamente seu patamar inferior, ao qual estamos dando o nome provocativo de “ralé”, não possuem, muitas vezes, nem um nem outro tipo de aprendizado [valores de classe e auto-confiança]. (...) É a presença desses dois elementos conjugados, que faltam à “ralé”, que permite às crianças de classe média o acesso às características emocionais e cognitivas que irão, mais tarde, separar aqueles que terão sucesso escolar e, conseqüentemente, sucesso no mercado de trabalho.” (SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive** / Jessé Souza; colaboradores André Grillo et al. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2016, p. 54-55).

³⁷² SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive** / Jessé Souza; colaboradores André Grillo et al. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2016, p. 22. Ainda, “o que assegura, portanto, a “justiça” e a legitimidade do privilégio moderno é o fato de que ele seja percebido como conquista e esforço individual. Nesse sentido, podemos falar que a ideologia principal do mundo moderno é a “meritocracia”, ou seja, a ilusão, ainda que seja uma ilusão bem fundamentada na propaganda e na indústria cultural, de que os privilégios modernos são “justos”. Sua justiça reside no fato de que “é do interesse de todos” que existam “recompensas” para indivíduos de alto desempenho em funções importantes para a reprodução da sociedade. O “privilégio” individual é legitimado na sociedade moderna e democrática, fundamentada na pressuposição da igualdade e liberdade do indivíduo, apenas e enquanto exista essa pressuposição. O ponto principal para que essa ideologia funcione é conseguir separar o indivíduo da sociedade. Nesse sentido, toda determinação social que constrói indivíduos fadados ao sucesso ou ao fracasso tem que ser cuidadosamente silenciada. É isso que permite que se possa culpar os pobres pelo próprio fracasso.” (SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive** / Jessé Souza; colaboradores André Grillo et al. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2016, p. 52-53). No mesmo sentido, Milton Santos: “Existem também formas mais sutis de encobrir a realidade. Já não se procurou fazer uma distinção entre “favelas da esperança” e “favelas do desespero”? (Stoces, 1962). Já não se afirmou que o pobre pode melhorar sua situação através do esforço individual, da iniciativa pessoal ou da educação? É dessa maneira que se alimenta a esperança da mobilidade ascendente, justificando, ao mesmo tempo, a sociedade competitiva. Assim, a pobreza é considerada apenas como uma situação transitória, um estágio necessário na mobilidade social, evitando-se procurar ideias para mudar esse estado de coisas.” (SANTOS, Milton. **Pobreza urbana**; com uma bibliografia internacional organizada com a colaboração de Maria Alice Ferraz Abdala. 3ª ed., 1ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 20-21).

mercado “diz”, ainda que não tenha boca: eu sou “justo”, porque dou a remuneração “justa”, verdadeiramente equivalente ao desempenho. O Estado também “diz” o mesmo (...). Nada mais “justo” do que isso.³⁷³

Mas não basta o desvelamento pelo desvelamento. Para *ganhar* a aposta, a construção dessa consciência de raça e de classe é urgente, e deve ter por objetivo a ação política, isto é, a reivindicação de políticas públicas destinadas à inserção e manutenção da *ralé estrutural* no mercado de trabalho e em lugares institucionais de destaque – como a universidade (daí a importância da política de cotas) –, além da própria ocupação de cargos e funções públicas, inclusive dentro dos poderes de estado – Executivo, Legislativo e Judiciário –, para que tais políticas sejam feitas pela *ralé* para a *ralé*.

Então, de acordo com Jessé Souza, enquanto naturalizarmos nossa desigualdade social pela ignorância de que a nossa luta de classes, para além do formato tradicional marxista – burgueses *versus* operários –, é, mais especificamente, a oposição entre uma classe excluída de todas as oportunidades materiais e simbólicas de reconhecimento social e as demais classes que estão incluídas no mercado de trabalho e de consumo, mesmo que diferencialmente, e que, por isso, acessam com êxito os serviços estatais e privados, seremos “modernos para inglês ver”.

Um primeiro passo, que requer a percepção da *ralé estrutural* enquanto classe, já seria, por si, uma percepção radicalmente nova, com consequências também radicais, perante os problemas centrais que desafiam o projeto civilizatório brasileiro.

É por isso que a “participação do indivíduo no trabalho é talvez o sentimento político mais consciente”³⁷⁴. Esquivar-se dessa questão é esquivar-se do problema da pobreza e, assim, do problema da criminalidade tal como se apresenta em solo brasileiro.

3.3. PODER PUNITIVO E ABOLICIONISMO PENAL

³⁷³ SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: quem é e como vive / Jessé Souza; colaboradores André Grillo et al. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2016, p. 27-28.

³⁷⁴ HALPENNY, P. Getting rich by being unemployed: some political implications of ‘informal’ economic activities in urban áreas not usually represented in official indices. Unpublished paper delivered to *Universities Social Sciences Conference*, Nairobi, 1972 *apud* SANTOS, Milton. **Pobreza urbana**; com uma bibliografia internacional organizada com a colaboração de Maria Alice Ferraz Abdala. 3ª ed., 1ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 69, nota de rodapé nº 14.

Como visto acima, desde que a reforma penal fruto do movimento iluminista e da revolução burguesa encerrou um primeiro ciclo, mediante o estabelecimento, por força de lei, da prisão como sanção criminal, já se reconhece a prisão como um empreendimento “fracassado”.

Por isso, Foucault propôs a inversão do problema mediante a pergunta: para que serve o fracasso da prisão? Qual é, então, a utilidade desses diversos fenômenos que a crítica, continuamente, denuncia?

Como resposta – ou um ensaio de resposta, mais ao gosto do pensador francês –, Foucault afirma que devemos pensar o fenômeno prisional como um sistema de quatro termos que se sobrepôs à privação jurídica da liberdade. Estes quatro termos seriam: a) o “suplemento” disciplinar da prisão – elemento de sobrepoder; b) a produção de uma objetividade, de uma técnica, de uma “racionalidade” penitenciária – elemento do saber conexo; c) a recondução de fato, se não a acentuação de uma criminalidade que a prisão deveria destruir – elemento de eficácia inversa; e d) enfim, a repetição de uma reforma que é isomorfa, apesar de sua “idealidade”, ao funcionamento disciplinar da prisão – elemento do desdobramento utópico.

Se a instituição-prisão, fenômeno anterior e mais abrangente que a prisão-judicial, resiste por tanto tempo, e com o caráter de obviedade e imobilidade que já discutimos, é porque esse sistema se enraíza em profundidade nas mais diversas sociedades e exerce aí funções precisas, como vimos acima.

(...) manutenção da delinquência, indução em reincidência, transformação do infrator ocasional em delinquente. Talvez devamos procurar o que se esconde sob o aparente cinismo da instituição penal que, depois de ter feito os condenados pagarem sua pena, continua a segui-los por meio de toda uma série de marcações (vigilância que era de direito antigamente e o é de fato hoje; passaporte dos degredados de antes, e agora folha corrida) e que persegue, assim, como delinquente, aquele que quitou sua punição como infrator? Não podemos ver aí, mais que uma contradição, uma consequência? Deveríamos então supor que a prisão e de uma maneira geral, sem dúvida, os castigos, não se destinam a suprimir as infrações; mas antes a distingui-las, a distribuí-las, a utilizá-las; que visam não tanto tornar dóceis os que estão prontos a transgredir as leis, mas que tendem a organizar a transgressão das leis numa tática geral das sujeições. (...) Em resumo, a penalidade não “reprimiria” pura e simplesmente as ilegalidades; ela as “diferenciaria”, faria sua “economia” geral. E se podemos falar de uma justiça não é só porque a própria lei ou a maneira de aplicá-la servem aos interesses de uma classe, é porque toda a gestão diferencial das ilegalidades por intermédio da penalidade faz parte desses mecanismos de dominação. Os castigos legais devem ser recolocados numa estratégia global das ilegalidades. O “fracasso” da prisão pode sem dúvida ser compreendido a partir daí.³⁷⁵

³⁷⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 267.

Neste sentido, já há dois séculos, a postura anti-punitiva evoluiu para uma teoria política de valorização do crime e do criminoso: se a delinquência é um efeito da “civilização”, ela seria igualmente uma “arma” contra ela. “No fundo, a existência do crime manifesta felizmente uma “incompressibilidade” da natureza humana; deve-se ver nele, mais que uma fraqueza ou uma doença, uma energia que se ergue, um “brilhante protesto da individualidade humana” que sem dúvida lhe dá aos olhos de todos seu estranho poder de fascínio.”.³⁷⁶

Contra a disciplina regrada e hermética da lei, a ilegalidade se impõe, então, como um direito à divergência. A ruptura se dá mais pela vontade de indisciplina diante da ordem imposta do que pela vontade de violação de um bem jurídico.

Diante desse cenário,

Se há um desafio político global em torno da prisão, este não é saber se ela será ou não corretiva; (...) na verdade ele está na alternativa prisão ou algo diferente da prisão. O problema atualmente está mais no grande avanço desses dispositivos de normalização e em toda a extensão dos efeitos de poder que eles trazem, por meio da colocação de novas objetividades.³⁷⁷

Tais alternativas ao poder punitivo, ou, ao menos, à prisão, foram e são pensadas por sujeitos a quem a academia designou *abolicionistas*, e o conjunto de seus trabalhos *abolicionismo penal*.

Apesar de serem poucas as obras abolicionistas que tenham por fundamento a luta de classes e que se estruturam a partir do método materialista histórico-dialético, em todas elas é feita, com maior ou menor rigor metodológico – rigor que, inclusive, também está na pauta de suas discussões –, a crítica ao poder punitivo a partir de suas principais características nas sociedades capitalistas: o confisco do conflito das partes diretamente envolvidas no fato que ensejou a persecução penal, em prol de um sistema de justiça pré-programado para acusar e punir mediante um rito muito específico; a objetificação (reificação) da vítima e do agressor que, mediante a destituição de suas identidades e particularidades, tornam-se meros objetos sobre os quais os sujeitos processuais – juiz, acusador e defensor –, alheios ao fato por profissão, discutem e que devem ser úteis mediante o testemunho dos fatos de sua vida; a

³⁷⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 284.

³⁷⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014, p. 301.

exclusão de outros modos de solucionar o conflito; o exercício vertical da autoridade judicial; e a seletividade criminal.

Para Edson Passetti, sociólogo brasileiro que se dedica à pesquisa e à prática abolicionista, o abolicionismo penal

é uma prática anti-hierárquica que não se limita o sistema penal. Trata da demolição de costumes autoritários difundidos na cultura ocidental, ancorados na autoridade central de comando com o direito de dispor dos corpos.

O abolicionista penal sabe que todo direito emerge de um acontecimento violento. Não fala com exclusividade sobre justiça criminal nem de sua tão combatida seletividade dirigida, na maioria dos casos, a pobres e *diferentes*.

O abolicionismo penal é uma prática de liberdade que soma experimentos. (...).

O abolicionismo penal é uma atitude na fronteira que desestabiliza inclusive o *saber acadêmico*, hoje algo mais do que necessário, quando o seu discurso vem se tornando cada vez mais policiador. O abolicionista penal é aquele que começa abolindo o castigo dentro de si.³⁷⁸

Passetti, assim como diversos outros criminólogos e sociólogos latino-americanos – no Brasil, principalmente Vera Regina Pereira de Andrade, Maria Lúcia Karam, Vera Malaguti Batista, Ester Kosovski, Nilo Batista; na Venezuela, Lola Anyiar de Castro e Rosa del Olmo; na Argentina, Eugenio Raúl Zaffaroni – pensam o abolicionismo penal a partir da obra e da vida de Louk Hulsman.

É importante marcar esse lugar de fala porque a pluralidade com que se trata a prática abolicionista é uma importante característica dos pensadores que se filiam a ela. Assim, não haveria *um* abolicionismo penal, mas *abolicionismos* – ou, para sermos ainda mais fieis à postura abolicionista de Louk Hulsman, existem *práticas abolicionistas*. “É necessário, em se tratando de abolicionismo e minimalismo, situar o lugar da fala, ou seja, de que abolicionismo e de que minimalismo se fala. É que “o” abolicionismo e “o” minimalismo, no singular, não existem. Existem diferentes abolicionismos e minimalismos. A primeira tarefa é tentar compreendê-los.”³⁷⁹

Os autores que se declaram abolicionistas não partilham dos mesmos métodos, pressupostos filosóficos ou táticas para alcançar os objetivos pretendidos, uma vez que adotam vertentes diversas de pensamento. Thomas Mathiesen, por exemplo, parte de uma variante materialista de base marxista; Louk Hulsman, fenomenológica; em Michel Foucault é reconhecido um abolicionismo estruturalista (apesar de ele mesmo negar-se como um

³⁷⁸ PASSETTI, Edson (org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, 2ª ed., janeiro de 2012, p. 11-12.

³⁷⁹ ANDRADE, Vera Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2012. Pensamento criminológico nº 19. 1ª reimpressão: março de 2014, p. 254 e 255.

pensador estruturalista); e diz-se que Nils Christie propôs uma variante fenomenológica-historicista do abolicionismo.³⁸⁰

De todo modo, Louk Hulsman, conforme se apreende da leitura de sua obra mais famosa – *Penas perdidas – o sistema penal em questão*³⁸¹ –, nascida de uma entrevista dada a Jacqueline Bernat de Celis, nem sempre se reconheceu ou afirmou como abolicionista. Fazê-lo só foi possível devido a um processo evolutivo radicalizante de seu pensamento, motivado por suas experiências pessoais. E assim se deu porque concluiu ser o sistema penal um problema em si mesmo, absolutamente inútil para solucionar os conflitos que discursivamente se propõe a pacificar.

Podem ser identificados na obra de Louk Hulsman três motivos principais do por que defender a abolição do sistema penal³⁸²: a) é um sistema que causa sofrimentos desnecessários e estéreis, que são seletivamente impostos a uma parcela da população; b) não apresenta qualquer efeito positivo sobre as pessoas envolvidas nos conflitos – que, aliás, tem suas posições de protagonistas confiscadas pelo Estado; e c) é sumamente difícil de ser mantido sob controle devido à sua alta burocratização, o que conduz à independência e à falta de comunicação entre os diversos órgãos e instâncias responsáveis por sua operacionalização.

Diante dessa constatação, Louk Hulsman propõe a substituição direta do sistema penal formal, imposto pelo Estado como único meio de pacificação dos conflitos sociais, por instâncias individualizadas de solução de conflitos, em que as partes possam se manifestar em primeira pessoa – isto é, sem os intermediários próprios do sistema formal de justiça –, prestando testemunho direto de suas experiências de vida e resolvendo elas mesmas, com o apoio de agentes facilitadores do diálogo e de pessoas que lhes sejam próximas e em quem confiem, a situação conflitiva que as conectam, sem a presença autoritária de um *terceiro imparcial*, representado formalmente pelo Estado-juiz e que aliena as partes de seu caso-da-vida.

Em linhas gerais, o abolicionismo prega a retomada da resolução do conflito pelas partes nele diretamente envolvidas, retirando a carga punitiva que lhe foi historicamente imposta, para que se possa enxergá-lo como um conflito como tantos outros a serem solucionados por instâncias de outros ramos da justiça – como ocorre com acidentes de

³⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5ª edição em janeiro de 2001. Rio de Janeiro: Revan, 1991. 1ª reimpressão em outubro de 2010; 3ª reimpressão em setembro de 2014, p. 98.

³⁸¹ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução: Maria Lúcia Karam. Niterói: LUAM Editora LTDA, 1ª edição, 1993.

³⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5ª edição em janeiro de 2001. Rio de Janeiro: Revan, 1991. 1ª reimpressão em outubro de 2010; 3ª reimpressão em setembro de 2014, p. 98.

trabalho que tem resultado morte, impasses familiares que envolvem sérios dilemas psicológicos e por vezes violadores não só da integridade psíquica mas da integridade física dos envolvidos etc.

Para tanto, Hulsman propõe, dentre outras medidas, a supressão das categorias “crime”, “criminoso”, “criminalidade”, “vítima”, “réu”, pois que já refletiriam, *a priori*, a posição de um sistema que, quando se põe em marcha, é sempre para encontrar um autor culpável por um fato punível como crime. Ao invés disso, poderiam ser utilizadas categorias como “situações-problema”, ou meramente “problema”, tratar-se os envolvidos pelos seus nomes próprios e promover encontros “cara-a-cara” que dissolvessem o que há de abstrato nas categorias próprias do sistema penal tradicional.

Hulsman justifica a adoção dessa postura devido ao absurdo da operatividade do sistema penal, em que

cada órgão ou serviço trabalha isoladamente e cada uma das pessoas que intervém no funcionamento da máquina penal desempenha seu papel sem ter que se preocupar com o que passou antes dela ou com o que se passará depois. Não há uma correspondência rigorosa entre o que um determinado legislador pretende num momento dado (...) e as diferentes práticas das instituições e dos homens que as fazem funcionar. Tais instituições não tem nada em comum, a não ser uma referência genérica à lei penal e à cosmologia repressiva, liame excessivamente vago para garantir uma ação conjunta e harmônica. Tais instituições estão, de fato, compartimentalizadas em estruturas independentes, encerradas em mentalidades voltadas para si mesmas.³⁸³

Além disso, tal absurdo pode ser constatado pela esterilidade do sofrimento imposto pela prisão – um sofrimento pelo sofrimento, que é precisamente o que marca a distinção da sanção penal em relação às demais sanções do ordenamento jurídico³⁸⁴:

Fala-se que os castigos corporais foram abolidos, mas não é verdade: existe a prisão, que degrada os corpos. (...) o condenado à prisão penetra num universo alienante, onde todas as relações são deformadas. A prisão representa muito mais do que a privação de liberdade com todas as suas sequelas. Ela não é apenas a retirada do mundo normal da atividade e do afeto; a prisão é, também e principalmente, a entrada num universo artificial onde tudo é negativo. Eis o que faz da prisão um mal social específico: ela é um sofrimento estéril.

(...) O encarceramento, porém, é um sofrimento não criativo, desprovido de sentido. Tal sofrimento é um *nonsense*.

O clima de opressão onipresente desvaloriza a autoestima, faz desaprender a comunicação autêntica com o outro, impede a construção de atitudes e comportamentos socialmente aceitáveis para quando chegar o dia da libertação. Na

³⁸³ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução: Maria Lúcia Karam. Niterói: LUAM Editora LTDA, 1ª edição, 1993, p. 59.

³⁸⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007, p. 43.

prisão, os homens são despersonalizados e dessocializados.³⁸⁵

Outra importante constatação que fundamenta e justifica a substituição do tratamento tradicional dos conflitos pelo Estado por uma resolução dialogada entre as partes, mediante procedimentos mais similares àqueles da justiça cível, é justamente a relatividade da configuração do crime e do criminoso, isto é, a negação do caráter ontológico do crime, aliada à perversa seletividade do sistema penal:

Não há nada na natureza do fato, na sua natureza intrínseca, que permita reconhecer se se trata ou não de um crime.

A única coisa que tais situações têm em comum é uma ligação completamente artificial, ou seja, a competência formal do sistema de justiça criminal para examiná-las. O fato delas serem definidas como crimes” resultado de uma decisão humana modificável; o conceito de crime não é operacional. (...) É a lei que diz o que é crime; é a lei que cria o “criminoso”.

O sistema penal, longe de funcionar na totalidade dos casos em que teria competência para agir, funciona em um ritmo extremamente reduzido. (...)

De uma forma mais profunda, pode-se dizer que é a ideia mesma, é a própria noção ontológica de crime que fica abalada. O enfoque tradicional se mostra, de alguma forma, às avessas. A cifra negra deixa de ser uma anomalia para se constituir na prova tangível do absurdo de um sistema por natureza estranho à vida das pessoas.³⁸⁶

Sendo assim, para Louk Hulsman, o abolicionismo penal se revela uma necessidade lógica, uma exigência de equidade, diante de uma atitude realista.

Apesar de todo respeito e reconhecimento devidos à trajetória e à obra de Louk Hulsman e daqueles que se dedicam a propagar seus ensinamentos, acreditamos que apenas uma crítica atenta ao caráter classista do poder punitivo, globalmente influente, e à dialética a qual está sujeito o movimento histórico dará conta de explicar em que medida é possível buscar uma alternativa ao poder punitivo atual.

Como dito, não se pode desconsiderar o “quadro preexistente”, de que fala Milton Santos, ou a “estrutura estruturante”, de que fala Pierre Bourdieu, ao buscarmos a ruptura com a barbárie do sistema penal. É preciso saber que os limites desta tarefa são, sobretudo, estruturais.

É por isso que soluções tópicas como a adoção de formas próprias à justiça restaurativa em algumas varas criminais ou da advocacia de cunho popular, que se declara contra o capital e a favor de trabalhadores e trabalhadoras excluídos/as da bonança capitalista,

³⁸⁵ HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lucia Karan. 1ª edição. Niterói: Luam Editora LTDA, 1993, p. 61 a 63.

³⁸⁶ HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lucia Karan. 1ª edição. Niterói: Luam Editora LTDA, 1993, p. 63 a 65.

poderão fazer frente à justiça classista³⁸⁷ em causas cujo alcance é bastante limitado geograficamente, devido às próprias regras de competência processual – quando não às próprias partes envolvidas na causa.

Inclusive, deve-se considerar também os limites do campo judicial, pois “o conteúdo prático da lei é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competência técnica e social desigual, e por isso desigualmente capazes de mobilizar recursos jurídicos disponíveis para a exploração das regras possíveis e de utilizá-las eficazmente como armas simbólicas, para fazer triunfar a sua causa.”³⁸⁸

Todo o aparelhamento do campo judicial está posto para fazer a justiça ser operada de determinada maneira. Neste ponto, vale recordar Pachukanis:

O objetivo prático da mediação jurídica é o de dar garantias à marcha, mais ou menos livre, da produção e da reprodução social que, na sociedade de produção mercantil, se operam formalmente através de uma série de contratos jurídicos privados. Não se pode atingir este objetivo recorrendo unicamente ao auxílio de formas de consciência, isto é, através de momentos puramente subjetivos: é necessário, por isso, recorrer a critérios precisos, a leis e a rigorosas interpretações de leis, a uma casuística, a tribunais e à execução coativa das decisões judiciais. É por esta razão que não podemos limitar-nos na análise da forma jurídica à “pura ideologia”, negligenciando todo este aparelho objetivamente existente.³⁸⁹

E sobre a proposta de renovação das categorias jurídicas e judiciais, tal como sugerida por Louk Hulsman, Pachukanis já havia feito uma crítica contundente alguma décadas antes:

Outra objeção que vem de encontro à nossa concepção das tarefas de uma teoria geral do direito é a de se considerar que as abstrações que lhe se servem de fundamento são unicamente adequadas ao direito burguês. O direito proletário, dizem então, deve encontrar outros conceitos gerais, e a teoria marxista do direito deveria ter por tarefa a procura de tais conceitos.

³⁸⁷ É neste sentido a conclusão de Rodrigo Ghiringhelli Azevedo em seu artigo *A força do direito e a violência das formas jurídicas*: “(...) é preciso reconhecer que advogados e juizes não podem fazer muito para mudar a sociedade, e normalmente seu interesse maior é em reforçar o *status quo*. No entanto, podem ser desafiados quando confrontados por outros agentes sociais, ou seja, a comunidade jurídica em geral e o poder Judiciário em particular podem, em algumas circunstâncias, responder à demanda por reconhecimento de direitos que provém dos setores sociais menos favorecidos ou discriminados. O que pressupõe que qualquer tentativa de aperfeiçoamento do sistema jurídico-político depende da mobilização social e política que se possa produzir em torno de determinados temas ou objetos de deliberação pelo campo judicial. (...) ao traduzir demandas sociais em demandas jurídicas existe a possibilidade de que a necessidade de justificação legal reduza o espaço de pura e simples discricionariedade. Dito em outros termos, o sistema jurídico pode dar visibilidade e reconhecimento aos invisíveis e aos demonizados, traduzindo demandas sociais em demandas jurídicas, e colocar os imunes sob o escrutínio público, retornando ao domínio do Direito.” (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *A força do direito e a violência das formas jurídicas*. **Revista de Sociologia e Política**, [S.l.], v. 19, n. 40, out. 2011, p. 40. ISSN 1678-9873. Disponível em <http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31704>. Acesso em: 09 ago 2017).

³⁸⁸ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *A força do direito e a violência das formas jurídicas*. **Revista de Sociologia e Política**, [S.l.], v. 19, n. 40, out. 2011, p. 33. ISSN 1678-9873. Disponível em <http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31704>. Acesso em: 09 ago 2017.

³⁸⁹ PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 13.

Esta objeção parece ser, à primeira vista, muito séria. No entanto, ela se sustenta num equívoco. Esta tendência, ao exigir para o direito proletário novos conceitos gerais que lhe sejam próprios, parece ser revolucionária por excelência. Mas, na realidade proclama a imortalidade da forma jurídica, visto que se esforça por extrair esta forma de condições históricas determinadas que lhe permitiram desabrochar completamente, e se esforça por apresenta-la como capaz de renovar-se permanentemente. O aniquilamento de certas categorias (precisamente de certas categorias e não de tais ou quais prescrições) do direito burguês, em nenhum caso significa a sua substituição pelas novas categorias do direito proletário. (...).

O aniquilamento das categorias do direito burguês significará, nestas condições [aniquilamento das categorias do valor, do lucro, do capital etc., no período de transição para o socialismo], o aniquilamento do direito em geral, ou seja, o desaparecimento do momento jurídico das relações humanas.³⁹⁰

Portanto, uma crítica abolicionista que se pretenda minimamente efetiva, não pode deixar de considerar, com todo o rigor metodológico, tanto o conteúdo quanto, principalmente, as formas da justiça burguesa, sob o risco de ser relegada sempre a uma posição pejorativamente marginal, ingênua e utópica nos campos de batalha teóricos. E isto só se pode fazer sem medo ou indisposição para a pesquisa.

Para planejar, nos campos teóricos e práticos, a mudança que se quer ver no sistema penal, devemos estar atentos para não incentivar abordagens que evitem os problemas próprios do poder punitivo numa sociedade capitalista periférica e racista como a nossa ou que o tratem parcialmente, sem considerar o que há de influência externa nos aspectos internos de nosso sistema penal e de segurança pública.³⁹¹

³⁹⁰ PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, p. 26-27.

³⁹¹ Isso, contudo, mediante a oportuna ressalva de Milton Santos: devemos tomar cuidado com o incentivo ao cientificismo, “ou seja, a atitude competitiva na ciência, em nome da modernização e da integração cultural; esse consumo da “cultura da submissão” (Schweizer, 1972) é alimentado através de bolsas de estudo e intercâmbio entre estudiosos do assunto. Como é necessário competir na arena internacional e participar da proliferação de publicações, de acordo com o lema “publicar ou perecer”, pouco tempo resta para a reflexão sobre outros assuntos, e menos ainda para o desenvolvimento de uma consciência política. Assim, muitos estudiosos que começaram um trabalho digno de consideração desiludiram-se, enquanto outros que lutam a favor de uma visão total do problema da pobreza sentem-se impotentes diante da grande inércia das lendas, solidamente estabelecidas e que precisam ser desfeitas. Essa tarefa é particularmente difícil, pois o assunto deve ser examinado à luz das circunstâncias em constante mudança das condições atuais.” (SANTOS, Milton. **Pobreza urbana**; com uma bibliografia internacional organizada com a colaboração de Maria Alice Ferraz Abdala. 3ª ed., 1ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013, p. 79-80).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por primeiro, considerando o problema inicial – “É possível uma sociedade sem prisões?” –, concluiu-se que faltava determinar o momento histórico e o lugar, tanto da pergunta (o problema em si) quanto da resposta (a hipótese).

Já existiram muitas sociedades sem prisões. Aliás, a prisão-instituição, com sua aparelhagem arquitetônica e seus agentes, é um fenômeno muitíssimo recente na história da humanidade.

Foi na passagem entre os períodos que se convencionou chamar Idade Moderna e Idade Contemporânea que a prisão foi pensada e tornada realidade. Mais especificamente, foi com a derrocada definitiva do modo de produção feudalista para o modo de produção capitalista, com a Revolução de 1789, que a prisão se firmou como forma ideal de punição.

Nas cidades recém estabelecidas, era preciso, ao mesmo tempo, dar conta da massa de pessoas que, liberadas da relação servil e destituídas de seu espaço de terra, vinham somar-se à nova população de miseráveis urbanos e fazer destas pessoas mão-de-obra qualificada para dar conta da expansão do mercado e da produção de mercadorias que então se experimentava.

A mão-de-obra que tomava corpo era paga com salários irrisórios ou, ainda, submetia-se a nova relação de servidão, agora perante o novo “senhor”, o capitalista dono dos meios de produção.

Assim, as relações sociais que se estabeleceram sob o novo regime social, econômico e político fizeram da prisão um mecanismo *óbvio* de punição. O novo *status* da delinquência, que começou a se firmar mais como afronta ao novo regime da propriedade e às novas leis de circulação mercantil, fez do delinquente um devedor perante o Estado capitalista. Logo, a pena passou a ser paga em tempo de trabalho forçado.

Ainda, em países periféricos, o movimento centrípeta do capital fez com que fossem estabelecidas colônias de extração de matéria-prima em que se dispunha de mão-de-obra barata ou escravizada. Isto se deu mediante a adoção, nas colônias, de políticas de *desenvolvimento* econômico que visavam mais o fortalecimento de empresas e do capital estrangeiro que firmar um campo industrial nacional e um mercado de consumo interno fortes, o que demandaria adotar políticas sociais – como políticas de moradia, de universalização do ensino, de fomento à pesquisa etc. – e econômicas – como criar postos de trabalho, diminuir a jornada de trabalho e garantir o pagamento de salários dignos – que objetivassem a emancipação da dominação colonial do tipo *centro-periferia*.

Por isso, aquela política criminal de aprisionamento das pessoas que sobravam nos

bolsões de pobreza dos centros urbanos se deu, em muitos casos, de maneira ainda mais severa em países periféricos. Isto possibilitou, dentre outras coisas, que o preço dos salários permanecesse baixo, devido à impossibilidade de qualificação da mão-de-obra local, e que o tamanho do *exército industrial de reserva* pudesse ser regulado pelo poder punitivo. Talvez a principal consequência dessas manobras foi o estabelecimento do costume institucional de fazer política social com política penal e de segurança pública.

Ao invés de serem adotadas políticas públicas de caráter social que fomentassem a formação profissional, a manutenção do sujeito no mercado de trabalho e um fundo de assistência social à parcela desempregada da população – que esteja inserida, legal ou tecnicamente, na faixa de idade produtiva –, foram adotadas políticas de repressão policial justamente sobre esta parcela, que Jessé Souza, depois de efetuar o inevitável recorte racial, designa provocativamente como *ralé estrutural*.

Todo este cenário foi agravado no Brasil por dois acontecimentos cujos efeitos reverberam até hoje na construção da identidade brasileira e do projeto civilizatório de nossa sociedade: a abolição da escravatura no final do século XIX e a chegada de imigrantes europeus e asiáticos no início do século XX.

Portanto, nosso problema teve ser reformulado: “É possível uma sociedade capitalista periférica, como a brasileira, em que a desigualdade de classe e o racismo estruturam as relações sociais, sem prisões?”.

A citação com que iniciamos este trabalho – “Todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção”, de Georg Rusche e Otto Kirchheimer – nos ofereceu pistas para ensaiar a hipótese³⁹² que serviu para delimitar o caminho da nossa pesquisa: ignorando-se as relações sociais hierarquicamente organizadas pelo capital, o regime de propriedade privada, a ideologia da meritocracia, o racismo e vários outros mecanismos que estruturam a sociedade brasileira, uma sociedade sem prisões é, no mínimo, improvável. Ainda mais considerando o efeito fetichizante da forma universal e universalizante da lei.

Daí a afirmação feita ao final do item 3.2. deste trabalho: um primeiro passo para empreender qualquer mudança que se pretenda minimamente efetiva seria a percepção dos sujeitos da *ralé* como pertencentes a uma classe social bastante coesa, percepção que deveria vir de fora e de dentro, principalmente. Segundo Jessé Souza, perceber-se enquanto classe já seria uma percepção radicalmente nova, com consequências também radicais no planejamento

³⁹² Que foi refutada, reformulada e reproposta diversas vezes, a fim de que nossa hipótese pudesse se tornar um objeto de estudo sobre o qual se possa refletir com responsabilidade científica e social.

do projeto civilizatório brasileiro. Por isso é que, de acordo com Milton Santos, esquivar-se dessa questão, é esquivar-se do problema da pobreza e, assim, do problema da criminalidade tal como se apresenta em solo brasileiro.

Por fim, para que não se tenha nenhuma dúvida, não pretendi, com este trabalho, esgotar o tema, até porque reconheço a limitação de suas referências e a minha pouca experiência de pesquisa acadêmica e profissional. Portanto, o necessário aprofundamento das questões que apresentamos aqui deve ser buscado em outros estudos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão** / Vera Pereira Regina de Andrade. Rio de Janeiro: Revan, Coleção Pensamento Criminológico, nº 19, 2012.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A força do direito e a violência das formas jurídicas. **Revista de Sociologia e Política**, [S.l.], v. 19, n. 40, out. 2011, p. 30. ISSN 1678-9873. Disponível em <http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31704>.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito** – publicação póstuma dirigida por Sylvio Romero. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editores, 1892.

BARROS, José D'Assunção. Os conceitos de 'modo de produção' e determinismo – revisitando as diversas discussões no âmbito do materialismo histórico. Disponível em <http://www.revista.ufpe.br/revistacli/index.php/revista/article/view/111>.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, março de 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores. Disponível em www.jahr.org.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Tradução de Maria Luíza X. de Borges. Revisão técnica de Karina Kuschnir. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BOURDIEU, Pierre. 1930-2002. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz (para português de Portugal). 16ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

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

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>.

CODATO, Adriano Nervo; PERISSINOTTO, Renato Monseff. O Estado como instituição. Uma leitura das "obras históricas" de Marx. **Crítica Marxista**, São Paulo, Boitempo, v.1, n. 13, 2001.

CORREAS, Oscar. Kelsen y los marxistas. **Alegatos**, Universidad Autonoma Metropolitana, 1986, mayo-agosto. Disponível em <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/3/3-06.pdf>.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A dogmática jurídica a partir de uma nova visão da filosofia do direito. **Empório do Direito**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/a-dogmatica-juridica-a-partir-de-uma-nova-visao-da-filosofia-do-direito-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no Direito Criminal de hoje. **Empório do Direito**. Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/o-papel-do-pensamento-economicista-no-direito-criminal-de-hoje-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>.

DA SILVA, Hélio Alexandre. O iluminismo relutante de Jean Jacques Rosseau. **Philosophos - Revista de Filosofia**, [S.l.], v. 19, n. 1, p. 35-62, set. 2014. ISSN 1982-2928. Disponível em <https://revistas.ufg.br/philosophos/article/view/28174/16984>.

ESCRIVÃO FILHO, Antonio; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. 22ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

_____. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

GERMER, Claus Magno. **A relação abstrato/concreto no método da economia política**. Página 11. Disponível em <http://paginapessoal.utfpr.edu.br/sidemar/economia-politica/claus-germer-a-relacao-abstrato-concreto-no-metodo-da-economia-politica.pdf/view>.

GOUGES, Olympe. **Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã**. Disponível na biblioteca virtual de Direitos Humanos da Universidade da São Paulo – USP, acessível pelo site <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html>.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Tradução: Maria Lúcia Karam. Niterói: LUAM Editora LTDA, 1ª edição, 1993.

KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto; BILHARINHO NAVES, Márcio. Pachukanis e a Teoria Geral do Direito e o Marxismo. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 12, n. 23, 2013, p. 3. Disponível em <http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/25847>.

KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, Coleção Pensamento Criminológico, 2004

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MANSO, Bruno Paes. A guerra. **Revista Piauí**. Disponível em www.piaui.folha.uol.com.br/materia/a-guerra.

MANSO, Bruno Paes; GODOY, Marcelo. 20 anos de PCC – o efeito colateral da política de segurança pública. **Interesse Nacional**, ano 6, nº 24, jan/mar 2014. Disponível em

<http://interessenacional.uol.com.br/index.php/edicoes-revista/20-anos-de-pcc-o-efeito-colateral-da-politica-de-seguranca-publica/>.

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. Livro primeiro. Volume I. São Paulo: Editora Bertrand Brasil, 11ª edição, 1987.

_____; ENGELS, Friederich. **Manifesto do partido comunista**. 2ª edição. Lisboa: Editorial Avante, 1997.

_____. MARX, Karl. **As lutas de classe em França de 1848 a 1850**. Tradução do alemão: Álvaro Pina e Fernando Silvestre. Lisboa: Editorial Avante, 1997. Disponível em https://www.marxists.org/portugues/marx/1850/11/lutas_class/.

_____. **A ideologia alemã**: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas (1845-1846). Supervisão editorial: Leandro Konder. Tradução: Rubens Enderle, Nélio Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007

_____. **Contribuição à crítica da economia política**. Tradução e introdução de Florestan Fernandes. 2ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

_____. **Crítica do Programa de Gotha** in Obras escolhidas em três tomos. Tradução de José Barata-Moura do texto original publicado na revista *Die Neue Zeit*, bd. 1, n.º 18, 1890-1891. Lisboa: Editorial Avante. Transcrito e disponibilizado *online* por Fernando A. S. Araújo, em março de 2009. Disponível em <https://www.marxists.org/portugues/marx/1875/gotha/>.

_____. População, crime e pauperismo. **Verinotio** – revista on-line de filosofia e ciências humanas, nº 20, ano X, out/2015, ISSN 1981-061X, p. 120. Disponível em <<http://www.verinotio.org/conteudo/0.15812043580983.pdf>>

PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica.

PASSETTI, Edson (org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, 2ª ed., janeiro de 2012.

PAULA, João Antônio de. Determinismo e indeterminismo em Marx. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 2, p. 189-202, abr. 1994, p. 189-191. ISSN 0034-7140. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/602>.

RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Silvia. **Elemento suspeito**: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Coleção Segurança e Cidadania. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SÁ, Priscilla Placha. **Mal-estar de Arquivo**: As *Polícias* como *Arquivistas* do Soberano. 2013. 365 f. Tese. Programa de Pós-graduação em Direito. Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. Disponível em <http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/31922>.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – Parte Geral. 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

_____. Criminologia e luta de classes. **ICPC**. Disponível em <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2015/10/Criminologia-e-luta-de-classes.pdf>.

SANTOS, Milton. **Pobreza urbana**; com uma bibliografia internacional organizada com a colaboração de Maria Alice Ferraz Abdala. 3ª ed., 1ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

_____. **Espaço e método**. 5ª ed., 2ª reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014.

SILVA, André Vaz Porto. **Legitimação do uso privado da força e o caso do complexo penitenciário de Ribeirão das Neves**: capitalismo, Estado e sociedade civil. Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Orientadora: Ana Lucia Sabadell, 2016.

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: quem é e como vive / Jessé Souza; colaboradores André Grillo et al. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2016.

TAVARES, Juarez. Parecer sobre o sistema carcerário para a ADPF 347. Disponível no site <http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2015/09/Parecer-Sistema-Carcer%C3%A1rio-Vers%C3%A3o-Final.pdf?x20748>.

WACQUANT, Löic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. Tradução: Sérgio Lamarão. 3ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2003

_____. **Os condenados da cidade: estudos sobre marginalidade avançada**. Tradução: João Roberto Martins Filho... *et al.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____. Marginalidade, etnicidade e penalidade na cidade neoliberal: uma cartografia analítica. **Tempo social**. Revista de sociologia da USP. São Paulo, v. 26, n. 2, novembro de 2014

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal** / Eugenio Raúl Zaffaroni. Tradução de Sérgio Lamarão. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do Direito Penal. 4ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003.