



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARIA DANTAS DE ARGOLO DA SILVA

**O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO E O MODO DE PRODUÇÃO
CAPITALISTA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DE PACHUKANIS E
DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

Salvador
2019

MARIA DANTAS DE ARGOLO DA SILVA

**O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO E O MODO DE PRODUÇÃO
CAPITALISTA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DE PACHUKANIS E
DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA como requisito para concessão do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Maurício Azevedo de Araújo

Salvador
2019

MARIA DANTAS DE ARGOLO DA SILVA

**O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO E O MODO DE PRODUÇÃO
CAPITALISTA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DE PACHUKANIS E
DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia.

Maria Dantas de Argolo da Silva

Data da aprovação: Salvador, _____, de _____, de _____.

Banca Examinadora

Maurício Azevedo de Araújo – Orientador _____
Mestre em Direito pela Universidade de Brasília
Professor da Universidade Federal da Bahia

Vladimir de Carvalho Luz _____
Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Professor da Universidade Federal Fluminense

Claudia Albagli Nogueira _____
Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Professora da Universidade Federal da Bahia

Aos meus pais e irmão por acreditarem, junto comigo, que todo
sonho é possível.
Aos companheiros de luta e vida por se manterem de pé com
punho cerrado.
À todas as mulheres e homens negros criminalizados e presos
neste país.

AGRADECIMENTOS

Tudo começou antes de começar e desde que começou muito conhecimento me foi ofertado. O pouco que aprendi constitui quem me tornei. Considero que quatro coisas fundamentais me transformaram completamente: 1. O amor que recebi dos meus pais e irmão, experienciei desde cedo o amor não mercantil; 2. O Bacharelado Interdisciplinar em Humanidades, minha primeira graduação; 3. A luta do povo; 4. O feminismo popular.

Neste longo processo de 6 anos de UFBA muitas pessoas me estenderam a mão no rugir da tormenta. Corro sério risco de esquecer o nome de alguém e peço desculpas desde já. Começo agradecendo, portanto, a todos que cruzaram meu caminho: os que já estavam, os que chegaram e permaneceram e os que, por escolha própria, decidiram partir.

Agradeço à minha mãe, Hosana, que sempre me ensinou a lutar e apostar em tudo que acredito. Ao meu pai, Fernando, meu admirador mais fiel, por toda a dedicação e companheirismo nesse período. Ao meu irmão, Felipe, meu primeiro amigo e leal escudeiro. À minha família que, de maneira geral, me acompanhou e me auxiliou nessa jornada.

Agradeço a todos os amigos que (re)conheci nessa vida, em especial meu mais profundo carinho e gratidão à: Ananda, Marcos, Frank, Fernanda Lima, Rayana, Fernanda Argolo, Bruna, Thaise, Cal, Maria, Jandeli, Magnata, Andressa, Anamélia e Gildo. Vocês foram fundamentais nesse processo.

Ao meu orientador Maurício Azevedo e ao amigo Mário Soares. Às meninas do time Fridas e Dandaras FC, Oxente FC e Quitérias Rugby, ao grupo de capoeira São Bento, ao Núcleo de Estudos sobre Sanção Penal, ao grupo de pesquisa Processo Penal e Democracia e a todos os camaradas que a militância política me apresentou.

Por fim, mas não menos importante, meu mais profundo agradecimento à toda Equipe do Escritório Thomas Bacellar Advogados especialmente aos queridos: Dr. Thomas Bacellar, Leonardo Bacellar e Fernanda Ravazzano, meus maiores mentores, por todos os ensinamentos, confiança depositada em meu trabalho e por me mostrarem como exercer a advocacia criminal com coragem, respeito e bravura.

Toda ciência seria supérflua se a forma de manifestação e a essência das coisas coincidissem imediatamente.(...)
A verdade científica é sempre um paradoxo, se julgada pela experiência cotidiana, que apenas agarra a aparência efêmera das coisas.

Karl Marx, *Manuscritos, Economia y Filosofía*

SILVA, Maria Dantas de Argolo da. O processo de criminalização e o modo de produção capitalista: Uma análise a partir da teoria de Pachukanis e da criminologia crítica. 69 fls. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

RESUMO

Utilizando a Teoria Geral do Direito e Marxismo de Evguiéni Pachukanis, principalmente em torno do conceito de direito, Estado, sujeito de direito, relação jurídica, norma e violação de direito, este trabalho propõe análise do processo de criminalização dos indivíduos enquanto modelo próprio do sistema capitalista. Nesse sentido, o processo de criminalização do sujeito de direito não apenas realiza papel disciplinador promovendo o controle de grupos sociais específicos, mas, também, atende a interesses econômicos e se situa na superestrutura do sistema, ao lado da política, da ideologia, das ciências, do Estado e do próprio direito. Nesse diapasão, é fundamental analisar a história das prisões no contexto Europeu, bem como no Brasil enquanto modelo de punição adotado e consolidado a partir de um contexto histórico específico: a criação do Estado Burguês e ascensão do capitalismo. Mais especificamente no Brasil, o sistema criminal, como um todo, teve suas origens calcadas no longo período de produção escravocrata, tráfico e escravização do povo negro. A política criminal deste país foi (e ainda é) utilizada como meio de controle, disciplina, imposição de violência e extermínio de pessoas negras. A análise do trabalho no cárcere enquanto meio de exploração da mão de obra disponível, bem como técnica de controle aplicada sobre o indivíduo encarcerado, será fundamental para a real percepção das consequências geradas pelo encarceramento de pessoas e, especialmente, como a própria legislação retira do sujeito criminalizado os status de sujeito de direito ao suprir sua liberdade e igualdade perante a lei. Nesse sentido, adotando como base teórica a Teoria Geral do direito e Marxismo, este trabalho objetiva analisar o processo de criminalização discutido pela criminologia crítica.

Palavras-chave: Pachukanis. Processo de Criminalização. Marxismo. Teoria do Direito. Criminologia Crítica.

SILVA, Maria Dantas de Argolo da. O processo de criminalização e o modo de produção capitalista: Uma análise a partir da teoria de Pachukanis e da criminologia crítica. 69 fls. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

ABSTRACT

Using the General Theory of Law and Marxism by Evguiéni Pachukanis, mainly around the concept of law, state, law subject, juridic correlation, norms, and violation law, this work intends to analyze the process of individual's criminalization as a proper model of the capitalist system. In this sense, the criminalization process of the subject of law not only participates as disciplinary, promoting specific social group control but also attends to economical concerns in the system's megastructure, side by side with politic, ideology, science and the rule of law. Specifically in Brazil, the criminal system as a whole had its origins based on the long period of slave production, trafficking and enslavement of the black people. Criminal law in this country has (and still is) used as a way to control, discipline, violence imposition, and extermination of the black people. Analyzing the work available in prison as a means for exploiting the available labor, as well as controlling the subject captured, will be fundamental for the real consequence generated by people's imprisoned and how the law itself removes from the criminalized subject the status of rightful liberty and equality guaranteed by law. The goal of this work is to present an analysis of critical criminology (regarding the individual's criminalization) and the basic conceptions formulated both in the General Theory of Law and Marxism, departing from fundamental concepts used by legal positivism.

Key words: Pachukanis. Criminalization Process. Marxism. Theory of Law. critical criminology.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 Quadro-resumo

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|-------|-------------------------------------|
| art. | Artigo |
| arts. | Artigos |
| CF | Constituição Federal |
| INSS | Instituto Nacional do Seguro Social |
| LEP | Lei de Execução Penal |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 12 |
| 2. A TEORIA GERAL DO DIREITO E MARXISMO: OS CONCEITOS FUNDAMENTAIS PARA ANÁLISE PROPOSTA..... | 14 |
| 2.1. O QUE É DIREITO? | 14 |
| 2.2. DIREITO E ESTADO..... | 21 |
| 2.3. RELAÇÃO JURÍDICA, NORMA, SUJEITO DE DIREITO E VIOLAÇÃO DE DIREITO | 26 |
| 3. O ESTADO LIBERAL BURGUESES E AS PRISÕES ENQUANTO MEIO PUNITIVO | 38 |
| 4. A CONFORMAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL | 43 |
| 5. O TRABALHO NO CÁRCERE À LUZ DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA | 49 |
| 6. O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO NO SISTEMA CAPITALISTA | 54 |
| 6.1. A CATEGORIA SUJEITO DE DIREITO E O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO | 54 |
| 6.2. A LÓGICA CONTRATUAL APLICADA AO DIREITO PENAL: EQUIVALÊNCIA ENTRE CULPA E PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE | 56 |
| 6.2.1. Sujeito de Direito Livre e Igual e o Valor Jurídico Criminal | 58 |
| 6.3. MERCADORIA, SUJEITO DE DIREITO E CRIMINOSO | 62 |
| 6.4. TRABALHO NO CÁRCERE E A RETIRADA DOS VALORES DE SUJEITO DE DIREITO: CRIAÇÃO DO CRIMINOSO ENQUANTO CATEGORIA JURÍDICA AUTÔNOMA..... | 64 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 67 |
| REFERÊNCIAS | 70 |

1.INTRODUÇÃO

As inquietações são as principais fontes de energia do caminhar para frente. E é preciso ir à frente. O modo como os discursos jurídicos se apresentam demonstra forçosa tentativa de neutralidade para justificação de normas, teorias abstratas e decisões judiciais autoproclamadas “justas”, mas que insistem em esconder seus reais propósitos. Quantas “injustiças” foram feitas em nome da lei? As teorias, neste sentido, servem para dar aparência científica e legitimar, principalmente, criações normativas e decisões judiciais com objetivos muito bem delineados e arquitetados. O que antes aparentava ser teoria da conspiração hoje se materializa por meio do escancarado ativismo judicial capaz, inclusive, de modificar os rumos do país e resultados de eleições.

Foram essas inquietações que me levaram ao denso estudo da Teoria Geral do Direito e Marxismo de Evguiéni Pachukanis, não enquanto concepção acabada e capaz de resolver questionamentos acerca do fenômeno do direito e da criminalização, mas como base teórica contra-hegemônica hábil a me manter no inseguro mundo das inquietações.

Este trabalho se propõe analisar o processo de criminalização e a construção da figura do indivíduo criminoso a partir das formulações de Pachukanis e as concepções desenvolvidas pela criminologia crítica em torno do processo de criminalização.

Objetiva-se, portanto, compreender a partir dos conceitos de sujeito de direito, Estado, norma, relação jurídica, violação de direito e os estudos desenvolvidos em torno das etapas procedimentais que criminalizam o sujeito, quais características são atribuídas ao dito “criminoso” inserido no sistema prisional. Ademais, assumindo a tentativa de analisar o fenômeno da criminalização a partir do método materialista histórico, é imprescindível o estudo do contexto histórico pelo qual as prisões se conformaram no mundo e, especialmente, no Brasil.

Assim, antes de adentrar ao tema central e percebendo a não difusão no meio acadêmico das conceituações formuladas por Pachukanis, a primeira parte deste trabalho apresenta o marco teórico que estrutura a análise posterior, qual seja: o conceito geral de direito desenvolvido por este autor.

O segundo capítulo promoverá, inicialmente, rápida abordagem pelas mais diversas correntes teóricas largamente difundidas na academia como uma maneira de desenhar as possíveis percepções acerca do direito e assumir, por honestidade acadêmica, sobre qual teoria este estudo está baseado. Posteriormente, será analisada a conformação do Estado sob as

perspectivas dos marxistas e os conceitos de sujeito de direito, norma, relação jurídica e violação de direito.

Em seguida, o terceiro capítulo examinará o contexto histórico em que as prisões foram conformadas e consolidadas enquanto principal meio punitivo. Os estudos utilizados neste capítulo se debruçarão especificamente no cenário Europeu traçando paralelo para com o modo de produção aplicado em cada período ressaltando a não naturalização deste meio punitivo.

O quarto capítulo delineará o encadeamento histórico específico das prisões e do sistema penal brasileiro. Como é sabido, o longo processo de colonização, genocídio de indígenas, tráfico e escravização de pessoas trazidas de África gerou, na história das prisões do Brasil, especificações que, portanto, exigem análise apurada. Os elementos de raça e classe foram determinantes na constituição do sistema penal no país sendo compreendidos enquanto partes estruturantes.

Examinando o trabalho no cárcere à luz da criminologia crítica, o quinto capítulo objetiva delinear as principais características identificáveis no modo como são executados os trabalhos dentro do sistema prisional sendo, esta, uma das formas de intensificação do controle dos corpos e meio de exploração. Ademais tal abordagem será fundamental para compreender a hipótese máxima desde trabalho: a conformação da figura do criminoso enquanto resultado do processo de criminalização próprio do sistema capitalista.

Por fim, o sexto capítulo tratará acerca dos elementos essenciais do processo de criminalização e a relação para com o modo de produção capitalista a fim de verificar a criação da figura do criminoso enquanto possível categoria jurídica autônoma.

A propositura deste estudo se justifica, essencialmente, pela pouca abordagem das teorias marxistas do direito no âmbito acadêmico e, mais especificamente, relacionando tal conteúdo com o direito penal, a criminologia crítica e processo de criminalização.

Quanto à metodologia utilizada, este estudo propõe pesquisa básica pura a fim de aprofundar os estudos relativos ao processo de criminalização específico do modo de produção capitalista, utilizando método descritivo e investigação realizada por meio de pesquisa bibliográfica. As obras selecionadas para subsidiar as abordagens teóricas terão proposta analítica e, quando pertinente, crítica ou reflexiva, dada a complexidade e aspectos controversos do tema em questão. Serão considerados, ademais, artigos científicos e textos periódicos, sejam físicos (p.ex., revistas) ou mesmo digitais (internet).

2. A TEORIA GERAL DO DIREITO E MARXISMO: OS CONCEITOS FUNDAMENTAIS PARA ANÁLISE PROPOSTA

2.1. O QUE É DIREITO?

Não há uma única resposta para tal proposição e este trabalho não possui a utópica pretensão de resolver, nas linhas que seguem, os problemas em torno da conceituação acerca do fenômeno “direito”. No entanto é fundamental, desde já, esclarecer a pluralidade interpretativa em torno desta questão.

A academia, os doutrinadores, os juristas, a mídia e, conseqüentemente, a população em geral, compõe um senso comum ideológico em torno da concepção de direito que, salvo raras exceções, não se preocupa em dizer, propedeuticamente, qual conceito de direito baseia a análise a que se refere, mas sim, partem de convicções propostas enquanto universais.

Comumente esses conceitos ditos “universais” se autoproclamam atemporais, meramente descritivos e revestidos de suposta “neutralidade epistemológica”.

Muitos teóricos buscaram, durante a história, entender e definir o que é o direito, bem como traçar teorias gerais por meio das quais foram criados conceitos jurídicos abstratos, métodos hermenêuticos de interpretação do fenômeno jurídico e definições gerais. Alguns desses conceitos serão revisados neste trabalho, ainda que sinteticamente, haja vista a necessidade de compreender tal pluralidade e deixar claro, por honestidade acadêmica, sobre qual concepção jurídica esta análise está estruturada afastando, de antemão, a comum tentativa de neutralidade.

Ademais, não se pretende, aqui, identificar qual teoria explica melhor o fenômeno jurídico e demonstra maior ou menor qualificação em termos epistemológicos. Como é sabido, cada teoria possui limitações temporais e, em regra, expressa concepções que partem de um contexto histórico específico.

O jusnaturalismo e o juspositivismo podem ser compreendidos enquanto concepções teóricas que propõe compreender as origens do direito, bem como traçar conceituações abstratas em torno do fenômeno jurídico. O jusnaturalismo, comum na Europa a partir do século XIV, tem caráter generalista, imutável no tempo¹, segundo o qual, o direito deriva da razão humana concedida por forças divinas. Os teóricos jusnaturalistas percebiam a ordem jurídica enquanto existente a priori, isto é, derivada da razão humana, motivo pelo qual as leis deveriam ser gerais para todos os indivíduos independentemente de Estado ou cultura².

¹BOBBIO, N. **O Positivismo jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Márcio Pugliesi; Edson Hino e Carlos E. Rodrigues (Trad. e notas). São Paulo: Ícone, 1995. p. 22-23.

² WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 32.

A contrário sensu, o juspositivismo surge a partir do racionalismo presente no século XVIII e o desenvolvimento das ideias liberais capitalistas³, segundo essa concepção as normas jurídicas são mutáveis, específicas de um Estado e criadas pelos homens, além disso, entende-se que o direito é fruto da sociedade em que está inserido não existindo qualquer dimensão *a priori*⁴.

O historicismo filosófico-jurídico surge no final no século XVIII e começo do século XIX tendo como principal nome Savigny. Tal concepção faz importante crítica ao positivismo jurídico, essencialmente por conta do afastamento das normas para com o contexto histórico-social inserido⁵. Assim, para o historicismo o homem e a sociedade estão em constante modificação e, por este motivo, o direito deve se manter em constante transformação.

A teorização de Savigny baseia-se em cinco pontos essenciais, quais sejam⁶: (1) A individualidade e variedade do homem, nesse caso, refuta a concepção de direito enquanto ideia da razão humana, mas sim, defende enquanto produto da história; (2) Irracionalidade das forças históricas, ou seja, o direito não é fruto de um cálculo racional; (3) conservadorismo da forma jurídica como existia previamente devendo o jurista permanecer em constante desconfiança perante as inovações; (4) O “amor ao passado”; (5) A tradição e o costume enquanto fundamental para a concepção de direito relacionado à história⁷.

O neopositivismo lógico se desenvolveu na Europa a partir da Escola de Viena e teve como principal marco teórico Hans Kelsen. Em “A Teoria Pura do Direito” (1933 e 1934), Kelsen transportou para o campo jurídico o modelo de ciência racional, lógico e antimetafísico com o objetivo de construir, a partir da ideia de pureza, uma ciência do direito autônoma com seus pressupostos lógicos e conceitos próprios principalmente na época do chamado “Círculo de Viena” e o método denominado “Verificacionismo Lógico⁸”.

Com fundamento no contexto científico Neopositivista lógico, Kelsen delimitou a “norma” enquanto único objeto da ciência jurídica, afastando da análise, portanto, a realidade factual. Assim, para Kelsen elementos relativos à política, sociologia, antropologia, etc., apesar

³ Idem, p. 26.

⁴ Idem, p. 16.

⁵ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p.48.

⁶ Caráter positivista de Saviny em seu período Pandectística e do surgimento da jurisprudência dos conceitos.

⁷ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 51-52.

⁸ Entende-se que, por meio verificacionismo lógico, seria possível alcançar no âmbito científico a superação da metafísica por meio da verificação real de dada proposição. LUZ, Vladimir de Carvalho. **Neopositivismo e Teoria Pura do Direito: Notas Sobre a Influência do Verificacionismo Lógico no Pensamento de Hans Kelsen**. Revista Seqüência, Florianópolis, n.º 47, p. 11-31, dez. de 2003. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15276/13880>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

das possíveis conexões com o direito, não podem ser analisados por esta ciência a fim de evitar o que se denomina de “sincretismo metodológico” e conseqüente obscurecimento da essência científica⁹.

Segundo Kelsen, a norma deve ser compreendida enquanto esquema de interpretação dos atos humanos¹⁰. Portanto, o que determinará o sentido jurídico dos fatos é a “lente” de visualização do ato humano (ser), sob a perspectiva da norma (dever ser). Dito de outra maneira: um fato (ação humana) se torna jurídico quando uma norma lhe empresta significação jurídica ou antijurídica¹¹.

Ao verificar a existência de uma norma o jurista deve identificar se há conformidade com as normas superiores a esta, mas não é papel do operador do direito compreender o ato de vontade do legislador ao estabelecer tal regramento. Assim, uma norma deve resultar de outra norma hierarquicamente superior até que se chegue à “norma fundamental pressuposta pelo pensamento jurídico”¹², ou seja: a norma hipotética fundamental.

Desta forma, com o fito de manter o rigor científico e coerência metodológica, Kelsen afasta da norma jurídica (dever ser normativo) a realidade factual (o ser), criando, portanto, a teoria “pura” do direito.

Destaca-se que, apesar das mais diversas críticas feitas à proposta epistemológica de Kelsen, este foi (e ainda é) o principal marco teórico pelo qual se baseiam ordenamentos jurídicos no mundo todo, bem como utilizada enquanto justificção normativista.

O jurista, professor e filósofo brasileiro, Miguel Reale, lastreando o culturalismo jurídico, compreende o direito enquanto composto por três elementos essenciais e indissociáveis: fato, valor e norma. A chamada “Teoria Tridimensional do Direito” (1994) parte do pressuposto de que a existência do direito está diretamente ligada à ocorrência de um “fato” cujo “valor” seja fundado em uma norma jurídica¹³.

Nesse sentido, Reale, diferentemente de Kelsen, inclui na concepção de direito os elementos “fato” (ser) e “valor” (elemento subjetivo). A norma produzida pelo legislador seria, para este autor, produto da dialética entre fato e valor. No entanto, esta formulação pressupõe um ordenamento jurídico coeso e ignora o pluralismo de valores existentes nos complexos agrupamentos sociais. Assim, Reale traça importante sistemática interpretativa que apesar de

⁹KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 12.

¹⁰ KELSEN, Hans. Op. cit., p. 51. p. 4.

¹¹ KELSEN, Hans. Op. cit., p. 4.

¹²KELSEN, Hans. Op. cit., p.24.

¹³ GRUBBA, L.; RODRIGUES, H. O tridimensionalismo de Reale e a cientificidade do Direito. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 5(1): 48-64. jan.-jun., 2013. p. 49

inserir elementos não admitidos na teoria Kelseniana (essencialmente a aproximação da ciência jurídica com questões de fato e valor) estão estruturadas no positivismo jurídico¹⁴ e pressupostos que derivam desse pensamento.

Miguel Reale, o filósofo argentino Carlos Cossio e o professor baiano Machado Neto, constituíram o culturalismo jurídico na América Latina. De maneira sintética, para Cossio o direito é um objeto cultural-egológico enquanto conduta em interferência intersubjetiva. Nesse aspecto a ciência do direito é, ao mesmo tempo, ciência da cultura¹⁵ e ciência da experiência¹⁶. Utilizando as proposições do egologismo de Cossio, Machado Neto, compreende a necessidade de intersecção do “ser” e do “dever ser”, acreditando ser este o papel fundamental da norma. Assim, a cultura e os costumes devem ser levados em consideração no momento da elaboração normativa e aplicação prática.

Ademais, os citados teóricos egologistas não se afastam do positivismo jurídico de sua época e não rompem com a teoria Kelsenina, apesar das proposições de esquema de interpretação inserindo o elemento ontológico (inadmissível para Kelsen) a partir do culturalismo.

De maneira semelhante, Norberto Bobbio, assumindo postura juspositivista, compreende que o direito não pode ser analisado a partir da norma isolada, mas sim a partir do ordenamento jurídico como um todo, desta maneira, Bobbio define o direito como sendo “norma cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada”¹⁷.

Em “*O Que é o Direito*”, Roberto Lyra Filho afirma que, em geral, os conceitos de direito costumam ignorar a base da sociologia, a existência de grupos oprimidos social-economicamente e, mais ainda relevante, a contraposição de classes sociais. Este autor verifica que, normalmente, o direito tem sua conceituação atrelada à lei.

A lei, por outro lado, emana do Estado e o Estado está, em última análise, ligado às classes privilegiadas economicamente que, comumente, criam leis que representam seus interesses mercantis¹⁸. No entanto, compreende, ainda, que o direito não é algo fixo, mas sim “um processo de libertação permanente”¹⁹.

¹⁴GRUBBA, L.RODRIGUES, H. Op. cit., p.51.

¹⁵ MACHADO NETO, A. L. **Compendio de Introdução a Ciência do Direito**. 6. ed. 1988. p. 51.

¹⁶Idem, p.55.

¹⁷ BOBBIO, N. **O Positivismo jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Márcio Pugliesi; Edson Hino e Carlos E. Rodrigues (Trad. e notas). São Paulo: Ícone, 1995. p. 27.

¹⁸LYRA FILHO, R. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 17ª ed. 2003, p. 8.

¹⁹ Idem, p. 82.

Assim, estreitando a relação entre a ideia de direito e utópica libertação, conclui: “O direito, em resumo, se apresenta como posituação da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas sociais e formula os princípios supremos da justiça social que mais se desvenda”²⁰.

Wolkmer, apoiado na historiografia jurídica tradicional, afirma que esta, por muito tempo, limitou-se a "um saber formalista, abstrato e erudito"²¹, isto é: as pesquisas acadêmicas eram feitas apenas em textos legislativos, decisões interpretativas de magistrados, jurisprudência e livros dogmáticos. Nesse sentido, trata-se de análise simplória baseada apenas em valores liberais- individualistas.

Apesar de compreender o direito enquanto produto do meio social criado a partir da necessidade humana de resolução de conflito (sociologismo jurídico), Wolkmer faz importante constatação acerca do fenômeno jurídico moderno, criticando, inclusive, o afastamento da norma com o mundo factual, afirma:

O direito moderno liberal-individualista se assenta numa abstração que oculta as condições sociais concretas tem a pretensão de ser um direito igual, supondo a igualdade dos homens sem tomar em conta condicionamentos sociais concretos, produzindo uma lei abstrata, geral e impessoal²².

Evguiéni Pachukanis, o mais importante teórico Marxista do direito, escreveu no início do século XX sua principal Obra “Teoria Geral do Direito e Marxismo”, onde buscou compreender o direito a partir da aplicação do método materialista histórico dialético teorizado por Marx em “*O Capital*”, a fim de entender a mercadoria. Pachukanis chega à conclusão de que a forma do direito é similar à forma da mercadoria. O direito encontra-se na superestrutura jurídica e é o elemento essencial para a proteção da propriedade privada, bem como para viabilizar trocas de mercadorias, permitir a produção capitalista e, em última análise, o controle e a manutenção do poder Estatal-Burguês.

“Teoria geral do direito” é, para o referido autor, a articulação de conceitos fundamentais e abstrato, dos quais se incluem “norma jurídica”, “relação jurídica” e “sujeito de direito”²³, essas formulações são utilizadas por todos os ramos do direito e seus significados seguem inalterados.

Os conceitos jurídicos fundamentais independem do conteúdo da norma e conservam seus significados independente do conteúdo de lei material, no entanto, ressalta o autor que, em

²⁰ LYRA FILHO, R. op. cit., p.88.

²¹ WOLKMER, António Carlos. op. cit., p. 30.

²² Idem, p. 33.

²³PACHUKANIS, Evguiéni. **Teoria do direito e Marxismo**. Paula Vaz (Trad). São Paulo: Boitempo, 2017. p.81.

verdade, esses conceitos fundamentais nasceram enquanto resultado de uma criação lógica do próprio direito positivo

O referido autor critica duramente as teorias gerais do direito formuladas até então. De maneira geral, essas teorias, inclusive a Kelseniana, desenvolveram conceitos jurídicos fundamentais de caráter universalista inexistindo dependência direta com o conteúdo da norma jurídica. Além disso, tais conceitos mantêm seus significados conservados independentemente do conteúdo de lei material, no entanto, ressalta o autor, que, em verdade, esses conceitos fundamentais nasceram enquanto resultado de uma criação lógica do próprio direito positivo (e não o contrário).

As críticas perpassam essencialmente duas correntes: (1) o normativismo jurídico, principalmente a partir de Kelsen; (2) teorias de natureza psicológicas ou sociológicas.

Os conceitos fundamentais propostos pelo normativismo mantêm forte distância entre o mundo do “ser” (a realidade social como é) e o “dever ser” (a norma como foi positivada). Ademais essas teorias se limitavam à apresentar conceitos abstratos sem preocupação com a aplicação prática gerando uma falsa ideia de “lugar-comum” e “atemporal”, acreditando ser possível a aplicação de tais conceitos em qualquer época e estágio do desenvolvimento social.

Desta maneira, há a tentativa de traduzir a própria “natureza humana” ou mesmo a “comunidade humana”, ao invés de buscar compreender as complexas relações regulamentadas pelo direito em cada momento histórico.

Como anteriormente retratado, Kelsen, utilizando a pensamento lógico-formal, defende que o status de ciência jurídica só está preservado quando há a máxima distância do objeto jurídico (a norma) para com a realidade factual²⁴. No entanto, para Pachukanis, uma teoria que não se aproxima do mundo dos fatos não pode receber o status de “ciência”:

Uma teoria geral do direito que não pretende explicar nada, que, de antemão, recusa a realidade factual, ou seja, a vida social, e lida com as normas, não se interessando nem por sua origem (uma questão metajurídica!) nem pela ligação que estabelecem com certos materiais de interesse, só pode, evidentemente, pretender o título de teoria no mesmo sentido usado, por exemplo, para se referir a teoria do jogo de xadrez. Tal teoria não tem nada a ver com ciência. Ela não se ocupa de examinar o direito, a forma jurídica como uma forma histórica, pois, em geral, não tem intenção de pesquisar o que está acontecendo. Por isso, podemos dizer, usando uma expressão vulgar, que “desse mato não sai coelho”²⁵.

²⁴ NAVES, Márcio B. **Marxismo e Direito**. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 43.

²⁵PACHUKANIS, Evguiéni, op. cit., p. 71.

Quanto às teorias de natureza psicológicas (estudo do direito enquanto produto da psique humana) e sociológicas (resultado dos conflitos sociais), Pachukanis verifica que apesar de possuírem caráter científico, ao buscar a aproximação com a realidade e a avançada compreensão do direito enquanto um fenômeno real, são teorias que propõem estudar ramos conexos ao direito, mas que não sugerem cientificamente uma teoria geral do direito²⁶.

Ressalta o autor que os marxistas do direito não devem buscar formular uma teoria geral do direito proletário, visto que esse tipo de produção proclama a imortalidade do direito, diante da possibilidade de renovação e remodelação. Ademais, no modelo de produção comunista não haveria criação de nova categoria de direito, da mesma maneira que não se vislumbra novas categorias proletárias de valor, capital, renda etc.

Assim, na ocorrência da transição do sistema capitalista para o comunismo não haveria a transição para novas formas de direito, mas sim, haveria total “extinção da forma jurídica em geral”.

As relações jurídicas são, nesse sentido, a célula central do tecido jurídico. É apenas na relação jurídica que o direito realiza seu real movimento. O conjunto de normas que constitui, por si só, não passa de abstração²⁷.

Contraopondo-se à ideia de atemporalidade do direito e a partir da concepção materialista histórica, Pachukanis traça importante distinção entre o direito existente nas sociedades Feudais (pré-capitalistas) e a forma do direito como conhecemos hoje. Segundo ele, no Feudalismo não existia fronteira entre o direito como norma jurídica e o direito como justificação social (aplicação concreta). Portanto, essa forma de direito como conhecemos hoje (em opostos) é fruto da sociedade capitalista e da constituição do Estado Burguês. Nesse sentido o desenvolvimento dos conceitos jurídicos fundamentais reflete o desenvolvimento da própria sociedade Burguesa.

Pachukanis entende que o direito, assim como a troca, é um meio de ligação entre elementos dissociados, isso porque, para Marx, uma mercadoria não vai ao mercado sozinha, é necessário que um “sujeito de direito” a leve para trocar. Assim, os sujeitos necessitam fundamentalmente de dois elementos centrais: liberdade e igualdade.

Portanto, para a teoria Pachukaniana, o direito, estruturalmente, possui uma “forma” muito similar à forma da mercadoria e que só faz sentido existir quando aplicado no próprio

²⁶ NAVES, Márcio B. op. cit., p. 44

²⁷ PACHUKANIS, Evguiéni, op. cit., p.97

sistema capitalista haja vista a necessidade instrumental de manter a proteção da propriedade privada, reger as trocas, a exploração da força de trabalho e a produção de mercadorias.

A definição de Pachukanis é a mais próxima do objeto a ser tratado neste estudo e sua compreensão será fundamental para a análise.

Portanto, o exame a que se propõe este estudo (análise do processo de criminalização e a conformação da figura do criminoso) está estruturado nos conceitos fundamentais teorizados por Pachukanis em “*Teoria Geral do Direito e Marxismo*”, por meio do método materialista histórico dialético marxista: definição de “Estado”, relação jurídica, norma, sujeito de direito e violação de direito.

2.2. DIREITO E ESTADO

Cada teoria geral do direito assume uma definição precisa de Estado que possibilite coerência para com os demais conceitos jurídicos fundamentais. As definições de Estado e direito, nesse sentir, possuem justificção ideológica elegida *a priori*. Não é exigível que essas teorias assumam utópica neutralidade científica, no entanto, é imprescindível que toda teoria evidencie seus pontos de partida.

Os teóricos marxistas possuíram importante função de repensar os conceitos engessados em torno desses elementos, promovendo profunda reflexão quanto às tentativas de formulações universalistas e atemporais. Utilizando o método de Marx é necessário perceber o Estado a partir de um contexto histórico material específico. Nesse sentido, assim como o direito, o Estado não deve ser compreendido enquanto atemporal e comum à todas as fases do desenvolvimento social.

Em “*Estado e Ideologia: Aparência e Realidade*”, Alaôr Caffé Alves delinea a estrita ligação entre a figura do Estado e o sistema de produção econômico adotado. Assim, para esse autor, “o Estado é apenas uma forma de organização política e não pode, por consequência, ser identificado com toda organização política possível”²⁸. Nesse sentido, o Estado é percebido como formação política própria do sistema capitalista tendo surgido, portanto, a partir das revoluções Burguesas e a derrubada do Feudalismo.

O sistema Feudal europeu (sociedade agrária e aristocrática) foi marcado por organização hierárquica e diferenciava os grupos a partir dos privilégios concedidos. O senhor Feudal era a autoridade política e concedia as terras para os vassallos em troca da prestação de serviços. Os servos estavam na base da pirâmide e mantinham relações imodificáveis com o

²⁸ ALVES, A. C. **Estado e Ideologia: Aparência e Realidade**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987. p. 211.

feudo, já os vilões, apesar de estarem no mesmo local de “desprivilégio”, possuíam liberdade para sair das terras. As ligações, nesse sistema, eram marcadas por intensa dependência e dominação político-econômica dos que estavam no topo da pirâmide para com os demais²⁹.

A partir do surgimento das relações mercantis, da conformação do modo de produção capitalista, do comércio, do renascimento, da reforma e das ideologias nominalistas é que os ideais de individualismo e liberdade burgueses se fortaleceram. Nesse sentido, era fundamental a criação de uma nova organização de poder político autônomo e segregado da esfera econômica³⁰, esclarece Alaôr Caffé:

Tal conceito [de Estado] representa um modo de organização política em que, ao contrário das formações políticas pré-estatais, o poder político-possibilidade de exercer de maneira incondicional a coação física legítima- se caracteriza por estar segregado da instância econômica e, ainda, monopolizado e concentrado na unidade do Estado, onde não divisão desse poder, a despeito da existência de múltiplos órgãos dele integrantes desempenhando funções diferentes³¹.

Este é o principal elemento que afasta a ideia de Estado no contexto do Feudalismo: a não separação entre o poder político e o poder econômico nas sociedades pré-capitalistas.

Marx, em 1843, ao estudar a Filosofia do Direito de Hegel, confrontou o conceito de Estado traçado por este autor principalmente por meio da publicação do manuscrito “*Crítica do Estado Hegeliano*” em 1927³². Hegel formulou o conceito geral abstrato de Estado o qual possuiria a capacidade de mediar os conflitos e os interesses individuais da sociedade civil principalmente por meio do monarca, figura racional capaz de expressar a vontade geral: “O Estado, portanto, é o local onde predominam os interesses universais encarnados em um indivíduo singular”³³. A sociedade civil, nesse sentido, surgiu a partir do rompimento do laço harmonioso da “família” (primeira instituição natural da vida coletiva).

Nesse sentido, Hegel, utilizando silogismo, parte de concepção abstrata e universal para chegar à ideia particular de família e sociedade civil e, finalmente, atinge o elemento singular do estado que é o monarca³⁴.

Quanto às críticas feitas por Marx, afirma Celso Frederico:

O eixo da crítica de Marx pode ser assim resumido: Hegel apresenta, em sua Filosofia do Direito, a separação entre a sociedade civil e o Estado, mas, astuciosamente, procura passar a ideia de que as duas esferas, em essência,

²⁹ Idem, p. 214-215.

³⁰ Idem, p. 216.

³¹ Idem, p. 217.

³² FREDERICO, Celso. **O jovem Marx: 1843-1844: As Origens da Ontologia do Ser Social**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009. p. 49.

³³ Idem, p. 57.

³⁴ Idem, p. 56.

estão interligadas. Como essa pretensa integração é conseguida por um artifício hegeliano, responsabilizando-a pela mistificação. Todo o desenrolar da argumentação é visto, portanto, como uma derivação, “um parêntese em relação à lógica”³⁵.

Além da crítica à lógica utilizada por Hegel que levava ao entendimento do Estado enquanto possível conciliador das classes inconciliáveis, Marx refutou a ideia do Estado enquanto resultado da sociedade civil. Para ele o Estado é uma abstração e apenas o povo é concreto e a figura do monarca nada mais é do que uma tentativa de tornar a abstração real, no entanto, um único indivíduo de carne e osso não seria capaz de expressar a universalidade de um povo. É nesse sentido que Marx reivindica a democracia radical propondo o fim do Estado³⁶.

V. I. Lenin, em “O Estado e a Revolução”, interpretando a teoria de Marx, compreende o Estado como resultado do antagonismo inconciliável das classes. Ou seja, a sociedade é dividida em classes econômicas (burguesia e proletariado) e a luta permanente destes gera conflitos inconciliáveis, a partir disso, como resultado, é que surge o Estado. No entanto, este ente não é um eficiente conciliador de classes, mas sim uma figura abstrata utilizada para fins de dominação e manutenção de falso “estado de paz”, fundamental para a exploração da vida econômica. A função única do Estado é consolidar a submissão e suavizar a inevitável colisão de classes³⁷.

Para Roberto Lyra Filho o Estado é dominado por aqueles que comandam o sistema econômico e os meios de produção de mercadoria: os Burgueses. Assim, se as normas e o próprio direito emanam do Estado e sendo esse dominado pelas classes detentoras dos meios de produção, então é possível entender que o Estado, em verdade reflete os interesses da classe Burguesa³⁸.

Compreendendo a teoria Marxista tem-se que a base do capitalismo está na mercadoria produzida através da exploração de trabalho do “homem pelo próprio homem”. E vai mais além, para Marx o trabalho é a principal mercadoria a ser vendida, visto que, o homem despossuído³⁹, ao entrar no mercado, possui como único produto a oferecer, sua própria força de trabalho medida pelo tempo. É por meio deste trabalho que há a formação da mais valia e acúmulo de capital. Assim, é o trabalho humano medido pelo tempo que mantém o sistema capitalista.

³⁵ Idem, p. 57.

³⁶ Idem, p. 83-84.

³⁷ LENIN, V. I. **O Estado e a Revolução**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010. p.27.

³⁸ LYRA FILHO, R. op. cit., p.8.

³⁹ O termo “despossuídos” foi utilizado como título da obra de Daniel Bensaid “*Lessdépossédés: Karl Marx, les voleurs de bois et droit des pauvres*” [Os despossuídos: Karl Marx, os ladrões de madeira e o direito dos pobres] em 1995. Neste trabalho o termo será aplicado quando houver referência a classe proletária despossuída dos meios de produção.

Afirma Marx: “a história de toda e qualquer sociedade, até hoje tem sido a história das lutas de classes”⁴⁰. As classes podem ser entendidas enquanto seguimentos ou ordens sociais hierarquicamente posicionadas, tendo como principal confronto a Burguesia versus proletariado. Assim, o Estado, desde a sua essência, surge com uma falida função: conciliar classes inconciliáveis.

Evguiéni Pachukanis, traçando importante distinção entre os Estados pré-capitalistas e o resultante do processo histórico de revolução Burguesa, afirma que a figura Estatal que surge a partir da modernidade é concebida a partir da inclusão das relações mercantis no projeto de organização do poder da classe Burguesa⁴¹. Antes da consolidação do Estado moderno, a história revela a existência de centralização de poder nas mãos de um grupo específico (exemplo do senhor Feudal no modo de produção de servidão feudalista), mas a relação de troca se dava de forma distinta, sendo possível afirmar a ausência de igualdade e liberdade individual.

Existiam, nas sociedades pré-capitalistas, formas de organização social e regramentos comuns que muitos teóricos intitulam de “direito”. No entanto, levando em consideração o conceito já delineado por este estudo, é necessário ressaltar que, em verdade, o direito na forma como se apresenta atualmente apenas surgiu com a criação do Estado Moderno. Os regramentos sociais existentes anteriormente eram apenas modos de organização social.

Nesse sentido, o desenvolvimento do “Estado de direito” ocorre paralelamente ao desenvolvimento do sistema econômico capitalista e das trocas mercantis. O direito e o Estado estão contidos na “superestrutura” definida por Marx e garantem a possibilidade das trocas de mercadorias e principalmente a venda/exploração da força de trabalho humana. Essa é a base do pensamento de Pachukanis. Como visto, para esse autor, o direito nada mais é do que uma das formas de capitalismo e, principalmente, se impõe através desse sistema de produção.

O Estado Moderno surge como o ente capaz de ser o garantidor da “paz” necessária para a plena realização das trocas mercantis e, essencialmente por meio do direito, o criador da figura do sujeito de direito. Esse “estado de paz”, no entanto, só existe no campo das abstrações, haja vista os constantes conflitos sociais e, inclusive, de classes.

Nesse sentido, Pachukanis compreende que o poder estatal tem sua expressão máxima no direito por meio dos conceitos jurídicos fundamentais bem como das normas de regulamentação. Esses elementos, no entanto, não podem demonstrar todas as funções do Estado, mas apenas é um reflexo ideológico (portanto deformado, da realidade).

⁴⁰MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. 3. ed. Edmilson Costa (Trad e notas). São Paulo: EDIPRO, 2015. p. 62.

⁴¹PACHUKANIS, Evguiéni, op. cit., p.139.

O caráter “público” Estatal surge, exatamente, quando o Estado assume a função de garantidor da paz gerando a “oposição” entre vida Pública e Privada:

A interpretação jurídica, ou seja, racionalista, do fenômeno do poder se torna possível apenas com o desenvolvimento do comércio e da economia monetária. Essas formas econômicas carregam a oposição entre vida pública e privada- oposição esta que, com o tempo, adquire um caráter de algo eterno e natural e consiste no fundamento de toda a doutrina jurídica sobre o poder⁴².

Tal assertiva torna possível perceber a fundamental crítica de Pachukanis com relação à oposição criada abstratamente entre interesse “público” e “privado”. Para ele trata-se de diferenciação meramente formal, visto que a função do “público” é garantir os interesses privados.

Assim, frise-se: o Estado não deve ser visto enquanto força “neutra” colocada acima de todos com a finalidade de conciliar classes, mas sim, enquanto ente que representa os interesses de uma classe específica, qual seja, os detentores dos grandes meios de produção.

Há, no entanto, tendência filosófica e doutrinária em afirmar o Estado enquanto “supraclasse” revestido, como dito, de neutralidade. Nesse sentido, Pachukanis questiona os motivos pelos quais há tal propensão. A primeira resposta, difundida pelo senso comum, refere-se à conveniência em manter, ideologicamente, a neutralidade escondendo o bioma do domínio de classes. A análise, no entanto, não pode se restringir a essa concepção, inclusive porque esta ideia, por si só, não explica os motivos pelos quais haveria interesse na consolidação de tal ideologia.

O modelo estatal da modernidade é baseado na repressão e controle. É exatamente esse o motivo pelo qual este Estado não pode, abertamente, tratar sobre seu caráter de favorecimento de classes, isso porque a coerção deve ser vista como elemento de interesse geral para que se mantenha o caráter de imparcialidade da norma, bem como a igualdade e liberdade individual (elementos inerentes aos sujeitos de direito)⁴³.

É nesse sentido que muitas teorias compreendem o direito e o Estado como elementos “naturais” (para os teóricos naturalistas) ou “fundamentais” de toda e qualquer sociedade⁴⁴. Essas teorias, portanto, não analisam o poder estatal como um fenômeno histórico relacionado à determinada força política e econômica, mas sim de modo abstrato e racionalista. Nesse sentido esclarece Pachukanis: “A burguesia fez desse conceito jurídico de Estado a base de suas

⁴² Idem, p. 141.

⁴³ Idem, p. 146.

⁴⁴ Idem, p. 146.

teorias e tentou colocá-lo em prática. Isso, evidentemente, guiada pelo famoso princípio “na medida do possível”⁴⁵.

Tais teorias⁴⁶ não levam em consideração a histórica guerra de classes e, principalmente, a poderosa arma que representa o Estatal aliado ao direito. Para o autor apenas nos momentos de acirramento da luta de classes é que o Estado de direito deixa de lado a “mascara” de neutralidade e mostra sua real face: “a essência do poder como violência organizada de uma classe sobre as outras”⁴⁷.

Destarte, como já demonstrado, sem Estado não há direito e sem ambos não há garantia das liberdades individuais, igualdade formal e a possibilidade das trocas mercantis. Nesse sentido, o referido modelo de “Estado de direito moderno” reflete, necessariamente, os interesses do sistema capitalista, onde inclui-se a proteção da propriedade privada e os mecanismos de controle exercido de duas formas principais: (1) de maneira ostensiva, como é o caso da punição com pena de prisão aos infratores penais; (2) e de maneira velada, como é o caso do racismo institucional e estrutural e da seletividade criminal.

Por fim, buscando a tão sonhada coerência teórica entre os conceitos jurídicos fundamentais e a definição de Estado é que será utilizado, mais uma vez, a base do pensamento Pachukaniano tratado em “*A Teoria Geral do Direito e Marxismo*” a partir das formulações referentes a relação jurídica, norma, sujeito de direito e violação de direito.

2.3. RELAÇÃO JURÍDICA, NORMA, SUJEITO DE DIREITO E VIOLAÇÃO DE DIREITO

É fundamental, para este trabalho, compreender os pontos principais da teoria de Evguiéni Pachukanis. Nesse sentido, e percebendo a não difusão dos conceitos proposto por esse autor no âmbito acadêmico, é que se faz necessário, previamente, tratar das noções de relação jurídica, norma, sujeito de direito e violação de direito.

Pachukanis revoluciona a teoria geral do direito, bem como os estudos Marxistas de sua época ao elaborar formulações jurídicas com base no rigoroso método utilizado por Marx para compreender o capitalismo e a própria mercadoria.

O autor propõe interpretação materialista da regulamentação jurídica como uma forma histórica determinada, não sendo possível a identificação de qualquer elemento jurídico fora de uma contextualização específica. Nessa perspectiva, as formulações que não possuem por base

⁴⁵ Idem, p. 150.

⁴⁶ Denominadas por Pachukanis de “Teorias Burguesas”.

⁴⁷PACHUKANIS, Evguiéni, op. cit., p. 151.

um estudo materialista histórico dialético são insuficientes para acompanhar o movimento dinâmico do direito⁴⁸.

O direito, diz o autor, não existe apenas na cabeça do jurista especialista como um sistema de ideias, mas sim possui uma forma histórica real que se desenvolve como um sistema específico de relações. Os sujeitos que se inserem nessas relações não entram por escolha da própria vontade, mas porque foram compelidos pelas condições de produção: “o homem se transforma em sujeito de direito por força daquela mesma necessidade em virtude da qual o produto natural se transforma em mercadoria dotada da enigmática qualidade de valor”⁴⁹.

Sinteticamente, a metodologia desenvolvida por Pachukanis para a construção dos conceitos segue a seguinte dinâmica: inicialmente é necessário analisar os aspectos mais abstratos e “puros” para, posteriormente, avançar no caminho da complexidade até alcançar a concretização histórica⁵⁰. Assim, apenas por meio desse tipo de análise torna-se possível verificar o direito enquanto categoria histórica que corresponde a um contexto histórico específico marcado pela contradição de interesses privados e não como um acessório de uma sociedade humana abstrata⁵¹.

Ao tratar especificamente das relações jurídicas, o autor afirma que a sociedade se apresenta como uma cadeia ininterrupta de relações jurídicas, sendo esta a célula central do tecido jurídico. Isso porque a norma isolada não passa de mera abstração, o direito, portanto, encontra seu real movimento no momento em que as relações jurídicas ocorrem. Afirma: “a relação jurídica entre sujeitos é percebida como o outro lado das relações entre os produtos do trabalho tornados mercadoria”⁵².

Hans Kelsen, ao formular a teoria pura do direito, isolou a norma e estudou apenas sob o ponto de vista formal, negando, para fins de análise científica, as relações entre sujeitos. Assim, para a dogmática positivista, a norma possui validade desde que resulte de procedimento legislativo válido e exista “conexão lógica entre dada a situação normativa e uma premissa normativa mais geral”⁵³. Nesse diapasão, não é papel do jurista avaliar as condições de aplicabilidade prática ou a ocorrência prática do fenômeno social que deseja regular. Tal fenômeno pode, diga-se de passagem, nunca ser realizado na prática.

⁴⁸ Idem, p. 83.

⁴⁹ Idem, p. 83.

⁵⁰ Idem, p. 86.

⁵¹ Idem, p. 86.

⁵² Idem, p. 97.

⁵³ Idem, p. 99.

Contrapondo-se a tal concepção, Pachukanis entende que a existência material de uma norma depende da ocorrência real de determinado fenômeno jurídico, caso contrário, não há que se falar em criação de direito: “Se as relações se formarem realmente, significa que se criou um direito correspondente; se não surgirem na prática, significa que houve uma tentativa de criar o direito, mas essa tentativa não foi bem-sucedida”⁵⁴.

Assim, Pachukanis promove importante reflexão frente à superestrutura jurídica. Para ele, a superestrutura jurídica é consequência da superestrutura política. Seguindo a orientação marxista, compreende que as relações de produção e as relações jurídicas estão extremamente próximas, sendo este, portanto, o ponto de partida da teoria geral do direito⁵⁵.

É a norma que estabelece como as relações jurídicas ocorrerão. Nesse ponto o autor deixa claro a ideia de que, em verdade, toda a noção de direito está calcada nas relações privadas. Assim, é no âmbito privado que as relações jurídicas ganham real significado.

A norma determina quem é o sujeito de direito plenamente capaz de exercer atividade civil, os critérios para tais determinações poderão ser percebidos a partir do contexto materialista histórico. Exemplificando tal assertiva, o código civil brasileiro de 1916 não concedia à mulher a plena capacidade de sujeito de direito, sendo esta considerada relativamente capaz para os atos da vida civil (art. 6º, inciso II da Lei nº. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916)⁵⁶.

Esse regulamento era parte da política patriarcal de promoção da subordinação das mulheres para com seus pais até o casamento e, posteriormente, para com seus maridos. Ou seja: não existia qualquer elemento real que inviabilizasse as mulheres de participar da vida civil, mas, apenas, um fetiche (abstração) em torno do conceito de sujeito de direito que excluía as mulheres.

O desenvolvimento das relações jurídicas esteve, durante a história, diretamente interligado ao desenvolvimento do próprio sistema capitalista e das relações mercantis. Assim, para Pachukanis, é na lógica das relações sociais da sociedade de produção mercantil que o jurista deve buscar as raízes do direito privado e não nas resoluções das autoridades⁵⁷.

⁵⁴ Idem, p. 99.

⁵⁵ Idem, p. 101.

⁵⁶ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados do Brasil.** Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 nov. 2019.

⁵⁷PACHUKANIS, Evguiéni, op. cit., p.106.

Desta forma, o caminho para compreender uma relação jurídica deve possuir como ponto de partida a própria relação cujo conteúdo é dado pela relação econômica e, em seguida, analisar a norma que rege tal vinculação, dando, portanto, caráter jurídico.

A dicotomia existente no direito está em ter um aspecto de regulação autoritária externa (por meio da norma coercitiva) e, ao mesmo tempo, uma forma autônoma privada concedida ao sujeito de direito (a liberdade)⁵⁸.

Nesse seguimento, para Pachukanis, “o fim em si mesmo” da ordem jurídica é a circulação de mercadoria:

O sujeito como titular e destinatário de todas as pretensões possíveis e a cadeia de sujeitos ligados por pretensões recíprocas são o tecido jurídico fundamental que corresponde ao tecido econômico, ou seja, às relações de produção da sociedade, que repousa na divisão do trabalho e na troca⁵⁹.

Ou seja: destaca a correspondência entre a tecido jurídico fundamental e o tecido econômico.

Ao tratar especificamente da noção de sujeito de direito, afirma que “toda relação jurídica é uma relação entre sujeitos”⁶⁰. O conceito de sujeito de direito está diretamente relacionado ao conceito de propriedade privada. A forma jurídica em sua versão mais desenvolvida corresponde às relações sociais burguesas e capitalistas⁶¹.

A norma, ao instituir a categoria jurídica de sujeito de direito, estabelece duas características fundamentais: a ideia de liberdade e igualdade formal. A liberdade é elemento indispensável para o exercício das relações mercantis, não sendo possível que o capitalismo exista sem a determinação de sujeitos de direito livres para o pleno uso, gozo da coisa (mercadoria) bem como para levá-la ao mercado de trocas.

Desta forma a liberdade é o elemento central para o desenvolvimento da forma jurídica⁶². Pachukanis não pretende, com essa afirmação, ignorar as relações de subordinação existentes no sistema de produção mercantil, mas ressalta que é necessário pré-determinar o mínimo de liberdade ao sujeito de direito, ainda que essa liberdade não seja material.

Nesse sentido, o autor faz importante comparação entre as relações de produção do sistema capitalista com as relações no sistema feudal. Como é sabido, o modo de produção no feudalismo era marcado pela servidão. A subordinação entre servo e senhor feudal

⁵⁸ Idem, 106- 107.

⁵⁹ Idem, p. 109.

⁶⁰ Idem, p. 117.

⁶¹ Idem, p. 117.

⁶² Idem, p. 118.

impossibilitava qualquer mobilidade de classe. Um servo, ainda que conseguisse acumular riquezas, não conseguiria comprar suas próprias terras e se tornar senhor Feudal.

Já no sistema capitalista a ideia de livre disposição dos bens e liberdade pessoal é juridicamente presente. A relação direta entre empregador e empregado é marcada pela liberdade de negociação. O trabalhador considerado “despossuído” vai ao mercado livremente para vender a única mercadoria que possui: sua força de trabalho. Essa “negociação” é regida pelo contrato⁶³.

Quanto à igualdade, com o advento do modo de produção capitalista e consolidação do Estado moderno fez-se necessário a criação de igualdade perante a Lei que, teoricamente, possibilita a mobilidade de “classe”, acontecimento impensável (ainda que abstratamente) no Feudalismo e nas sociedades escravocratas. Além disso, a igualdade formal cria a ficta ideia de neutralidade normativa estatal.

O autor aponta que o principal “defeito” das relações de propriedade nas sociedades feudais era a sua “imobilidade”, isto é, aqueles que pertencessem a castas específicas (os senhores feudais e o clero, por exemplo) possuíam sempre privilégios determinados e não poderia alienar suas terras.

A partir da concessão, ao homem, de liberdade e igualdade perante lei, este se tornou “sujeito de direito”. Por esse motivo fez-se fundamental a existência de um sistema capaz de reger as relações entre esses sujeitos a fim de possibilitar livres negociações no mercado de troca. É nesse contexto que surge a figura do contrato.

A dogmática jurídica, de maneira geral, tentou explicar o sujeito de direito enquanto uma qualificação jurídica dada aos sujeitos capazes (ou incapazes) de participar da vida civil. No entanto, essa mesma dogmática não explica quais forças criaram a figura do sujeito de direito, portanto, partem de análise atemporal e universalista.

Marx, por sua vez, mesmo em pequenos trechos de “*O Capital*” parte de uma análise histórica para compreender e elucidar as condições materiais que tornaram real esta ou aquela categoria. Para Marx, é o sujeito de direito que gera o vínculo no processo de produção, isso porque as “coisas” objeto de troca (inclusive o trabalho) são inanimadas. Assim, o próprio processo de produção necessitaria da relação entre pessoas (livres e iguais) possuidoras dos produtos.

O ponto chave da compreensão proposta por Pachukanis está na equiparação entre a forma da mercadoria e a forma jurídica: “Por isso, ao mesmo tempo que um produto do trabalho

⁶³ Idem, p.118.

adquire propriedade de mercadoria e se torna o portador de um valor, o homem adquire um valor de sujeito de direito e se torna portador de direitos”⁶⁴.

Em outros termos, assim como um objeto qualquer, ao adentrar ao mercado, recebe valor e se torna mercadoria, o indivíduo inserido no sistema capitalista adquire valor jurídico e se torna sujeito de direito.

Em certo estágio do desenvolvimento do capitalismo o “valor” deixa de ser um fenômeno psíquico (fetiche) atribuído à produção de determinado produto (preço) e se torna uma “categoria econômica” com real significado econômico. Realizando nova comparação com sujeito de direito, afirma Pachukanis:

Tais condições reais são necessárias também para que o homem se transforme de um exemplar de zoológico em *persona* jurídica, sujeito de direito individual e abstrato. Essas condições reais consistem no estreitamento dos vínculos sociais e no crescimento do poder da organização social, ou seja, da organização de classe, que atingem seu apogeu no Estado Burguês “organizado”⁶⁵.

As relações entre as pessoas assumem dois aspectos fundamentais: (1) relação entre as mercadorias (coisas) e (2) relação de vontade entre unidades independentes e iguais umas perante as outras (sujeitos de direito). Assim, surgem dois aspectos fundamentais: um econômico e o outro jurídico⁶⁶.

Esse sujeito de direito que surge a partir dessa análise, como dito, tem sua expressão máxima quando exprime sua vontade de alienar uma coisa e encontra com a vontade de outro sujeito de direito em adquirir esse mesmo objeto. Essa relação se torna possível por meio do estabelecimento de contratos⁶⁷.

É necessário destacar que Marx compreende o trabalho enquanto principal mercadoria do sistema capitalista, isso porque, a classe proletária, quando se insere no mercado, apenas possui sua própria força de trabalho para trocar.

Assim, o direito concede ao homem a capacidade formal de ser sujeito de direito e possuir mercadoria, mas não o faz realmente proprietário⁶⁸.

2.3.1. Violação de direito: o tempo é a moeda do sistema penal

⁶⁴ Idem, p. 120.

⁶⁵ Idem, p. 122.

⁶⁶ Idem, p. 124.

⁶⁷ Idem, p. 127.

⁶⁸ Idem, p. 132-133.

Por fim, tem-se a ideia de “violação de direito” cujo tema apenas é abordado no último capítulo do livro *“Teoria Geral do Direito e Marxismo”* como um *“gran finale”*. A partir da “violação de direito” é que surge para o Estado o dever de punir o infrator, assim, neste ponto, Pachukanis traçou formulações em torno do direito penal.

Para ele o direito penal “assume o papel de representante do direito em geral, sendo a parte que substitui e todo”⁶⁹. O direito penal é a expressão jurídica que possui maior capacidade de atingir o indivíduo de maneira mais direta e brutal⁷⁰.

Propondo interpretação materialista histórico do direito penal, Pachukanis traz à tona a pena enquanto meio de “retribuir” à vítima (ou à sociedade) o mal causado pelo indivíduo dito “criminoso”. Para compreender o funcionamento desta equivalência, o autor cita a regulamentação penal Arcaica, onde existia completa equivalência entre um dano a uma “coisa” (propriedade) e o dano causado à vida humana. Assim, caso houvesse a lesão ao bem jurídico vida o indivíduo poderia “pagar” um valor (em moeda) estipulada juridicamente.

Conforme será largamente analisado, nas sociedades pré-capitalistas as prisões eram utilizadas apenas como elemento processual inexistindo, portanto, o caráter punitivo. As penas variavam entre estabelecimento de multa e castigos físicos (caso o sujeito considerado criminoso não pudesse pagar o valor da condenação).

Em relação às penas públicas, Pachukanis compreende que estas foram introduzidas principalmente para “encher os cofres públicos”⁷¹ e eram aplicadas com a justificativa de “suprir a perda de tempo” do ente público ao verificar a ação criminosa. Posteriormente surge, também, a pena como medida de manutenção da disciplina da população em geral, bem como a proteção e garantia da autoridade do sacerdote e próprio poder militar.

A partir do aumento da complexidade das relações, bem como o “agravamento da divisão de classes e castas” o direito penal foi ganhando a função primordial de repressão da classe proletária e a proteção dos privilégios da burguesia, afirma:

Nessa época, a justiça criminal se torna para o poder já não tanto um meio de provisionamento de receitas quanto um meio de repressão implacável e brutal às "pessoas insolentes", ou seja, na primeira linha estavam os camponeses fugidos da exploração insuportável dos senhorios e do Estado enquanto proprietário, as populações pauperizadas, os vagabundos, os mendigos etc. Papel principal começa a desempenhar o aparato policial e inquisitório. As penas se tornam meios para o extermínio físico ou de intimidação. Essa é a época das torturas, dos castigos corporais e de formas brutais de pena de morte⁷².

⁶⁹ Idem, p. 167.

⁷⁰ Idem, p. 167.

⁷¹ Idem, p. 169.

⁷² Idem, p. 171.

Necessário destacar que, apesar da importante contribuição de Pachukanis para compreensão da conformação do sistema penal, a teoria geral do direito e marxismo foi escrito em 1920 no contexto revolucionário da União Soviética. Isso, por si só, delinea as limitações da análise proposta. Ademais, o processo de formação do sistema penal no Brasil se deu de maneira completamente distinta.

Os caminhos trilhados pelo direito penal devem ser vistos a partir do processo de escravização dos homens e mulheres negros vindos de África. As prisões no Brasil colônia (modelo escravista de produção) possuíam, inicialmente, a função de garantir a posse e propriedade dos negros escravizados, isto é, não possuía função punitiva, mas sim, de controle a fim de garantir a execução dos trabalhos forçados.

Posteriormente, principalmente a partir do código criminal de 1830 (mesmo antes da abolição da escravatura de 1888) as prisões passaram a ter função punitiva e de repressão do povo negro (libertos ou escravizados). Assim, traçando análise comparativa, com a descrição acima citada, é possível afirmar que as "pessoas insolentes", no contexto do Brasil Império, eram pessoas negras escravizadas vindas de África.

Vale ainda destacar que Pachukanis buscou afastar qualquer tentativa da teoria geral do direito penal que afirmassem ser, as políticas criminais, produto do interesse da sociedade como um todo, para este autor o conceito de "sociedade como um todo" apenas existe na cabeça do jurista e afirma:

Qualquer sistema historicamente dado de políticas punitivas traz impresso em si os interesses de classe daquela classe que o realizou (...) "Dessa maneira, os interesses de classe imprimem a marca da especificidade histórica a cada sistema de política penal"⁷³.

Assim como as ideias de "direito" e "sujeito de direito" não devem ser vistas enquanto fenômenos que se desenvolvem na psique humana⁷⁴ (como desejam as teorias psicológicas) e, nem mesmo, como resultado dos conflitos sociais⁷⁵ (como desejam as teorias sociológicas do direito), para Pachukanis, o direito penal não deve ser visto como algo "atemporal" e "universal", mas sim, como produto do interesse das classes que o realizou, sendo, inclusive, parte da superestrutura jurídica.

Ainda no capítulo sobre a violação de direito, Pachukanis faz importante reflexão quanto ao estabelecimento da pena a partir dos elementos dolo, culpa e inimputabilidade.

⁷³ Idem, p. 172.

⁷⁴ NAVES, Márcio B. op. cit., p.45.

⁷⁵ Idem, p. 45.

No processo penal o Estado aparece com a roupagem de duas figuras essenciais⁷⁶: o órgão acusador (promotor ou procurador de justiça) e o órgão julgador (juiz)⁷⁷. A defesa, representando os interesses do acusado, poderá ser composta por representante particular devidamente constituído.

Para o referido autor a lógica contratual surge quando o órgão acusador pede ao juiz que condene o réu à altas penas. O réu, por outro lado, pede a diminuição destas penas (ou a absolvição) e o juiz, a partir de critérios previamente estabelecidos em lei, inclusive analisando culpa, dolo e inimputabilidade, decide qual a pena a ser aplicada no caso concreto.

De maneira geral, no contexto do modo de produção capitalista, em geral, as penas passaram a ser: restritivas de direito, privativa de liberdade e multa. Na sentença penal condenatória onde houver cabimento de pena privativa de liberdade, o resultado quantitativo é dado em dias, meses e anos. Assim, o sujeito (agora rotulado como criminoso) “pagará” pelo crime cometido, com o seu “tempo”.

Os conceitos de culpa e culpabilidade introduzidos ao direito penal constituem níveis de responsabilidade que irão repercutir diretamente na quantidade de pena aplicada ao indivíduo. Afirmo Pachukanis:

A gradação de responsabilidade é um fundamento para a gradação das penas, esse momento novo, ideal ou, se preferir, psicológico, que se une ao momento material do prejuízo e ao momento objetivo da ação para oferecer conjuntamente um fundamento para a determinação da proporção da pena⁷⁸.

Assim, a proporção entre “culpa” e pena se justifica com o argumento de “reparação equivalente”⁷⁹ do injusto causado pelo agente. Tal proposição leva Pachukanis a concluir que a proporção da pena quantificada em dias, meses e anos (além de multas e restrições de direitos), segue a mesma lógica contratual da troca mercantil, no entanto, o sujeito criminalizado paga pelo dano causado com o “tempo”. Equivale dizer: o tempo é a moeda do sistema criminal.

Como dito, Marx compreende o trabalho como a principal mercadoria do sistema capitalista. Os despossuídos (aqueles que não possuem relevante quantidade de propriedade privada), quando vão ao mercado de trocas apenas possuem sua própria força de trabalho enquanto mercadoria. Marx, ao tratar do valor de uso afirma que o valor da mercadoria é

⁷⁶ No processo penal brasileiro atual trata-se das ações penais públicas condicionadas ou incondicionadas à representação da vítima.

⁷⁷ Há ainda a possibilidade de representar o acusado por meio de defensores disponibilizados pelo Estado para representação dos interesses do particular: o que no Brasil atual corresponde à defensoria pública.

⁷⁸ PACHUKANIS, Evguiéni, op. cit., p. 176.

⁷⁹ Idem, p. 177.

determinado pela quantidade de trabalho socialmente necessário para a produção e este trabalho é medido pelo tempo em unidades como minutos, horas, dias, etc⁸⁰.

Significa dizer que o sistema criminal, desde a determinação da pena em abstrato, até o momento da execução da pena privativa de liberdade (justificada por meio do processo penal e da sentença penal condenatória) calcula a moeda de pagamento (tempo) de maneira semelhante a um empregador ao comprar o “tempo” de um trabalhador assalariado.

A privação da liberdade por um prazo determinado de ante-mão e especificado por uma sentença do tribunal é aquela forma específica por meio da qual o direito penal moderno, ou seja, burguês capitalista, realiza o princípio da reparação equivalente. Esse modelo é inconsistente, mas está profundamente ligado ao homem abstrato e à abstração do trabalho humano mensurável pelo tempo⁸¹.

O que torna possível que um indivíduo condenado pague pelo dano causado por meio do seu “tempo de vida” entregue à custódia do Estado é, exatamente, a redução de todas as formas de riquezas à forma simples e abstrata do trabalho humano medido pelo tempo⁸².

Não é à toa que o modelo de sistema penitenciário se fortaleceu no século XIX, momento de ascensão do liberalismo capitalista Burguês. Na antiguidade existiam, também, os calabouços onde, quase sempre, os condenados eram aprisionados até a morte ou até que conseguissem pagar os valores estipulados em dinheiro⁸³.

O preço pelo qual se paga por determinado delito está, antecipadamente, determinado no próprio tipo penal. A política punitiva continha (e ainda contém) o “elemento social de defesa de classe”, antes e depois do aparecimento da sociologia, antropologia e da criminologia.

À frente de seu tempo, Pachukanis questiona a função da pena, isto porque, se o objetivo do Estado é a correção do indivíduo ou a proteção da sociedade, não há motivos para continuar insistindo no modelo de punibilidade que, como dito, tem como base de cálculo o grau de culpabilidade do infrator.

Os conceitos de culpa e culpabilidade introduzidos ao direito penal constituem níveis de responsabilidade que irão repercutir diretamente na quantidade de pena aplicada ao indivíduo: dolo, culpa e inimputabilidade⁸⁴. Assim, a função retributiva da pena é criticada pelo autor que, além de apontar sua ineficiência, demonstra as raízes contratuais deste modelo.

⁸⁰ KARL, Marx, O Capital: **Crítica da Economia Política: livro I**/ Karl Marx; tradução de Reginaldo Sant’Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 33ª ed., 2014. p. 60.

⁸¹ PACHUKANIS, Evguiéni, op. cit., p.177.

⁸² Idem, p. 177.

⁸³ Idem, p. 177.

⁸⁴ Idem, p. 176.

Para Pachukanis a solução está na substituição da pena por medida “médico-pedagógico”, que seria determinada a partir da necessidade do caso concreto, a exemplo de tratamento terapêutico, educacional e, até mesmo, tratamento médico, ou seja, retira a discussão do campo jurídico (civil ou penal).

No caso da aplicação de tratamento médico-pedagógico o interesse deixa de ser na “proporcionalidade” da culpa para com o tipo de pena e passa a ser a correspondência das medidas aplicadas com os objetivos que desejam alcançar, quais sejam: tratamento do infrator e proteção da sociedade.

A pena enquanto medida pedagógica não possui qualquer relação com o conceito de imputabilidade, livre arbítrio etc., mas sim com o desenvolvimento da capacidade de perceber as possíveis implicações geradas por um ato humano.

Influenciado pelo pensamento criminológico de sua época, qual seja, o paradigma etiológico possuindo como principais nomes Cesare Lombroso, Raffaele Garofalo e Enrico Ferri, Pachukanis trata da “personalidade socialmente perigosa”⁸⁵ do indivíduo, ou seja, a periculosidade do infrator e insiste que a solução para resolver o problema da violação de direito está na ideia de “correção” do indivíduo.

O paradigma etiológico, iniciado pela escola positivista italiana no final do século XIX, buscou as causas do crime no sujeito infrator, por meio do método de investigação empírico indutivo.

Dentre os nomes da escola positivista, foi Ferri quem formulou o conceito de periculosidade do indivíduo criminoso e a necessidade de individualização do tipo de tratamento dado ao “delinquente”, inclusive por conta do determinismo biológico Lombrosiano muito presente nas formulações de Ferri. No entanto, há que se destacar que este autor, possuindo formação jurídica, analisou o comportamento criminoso não apenas do ponto de vista biológico, mas sim considerando diferentes circunstâncias sociais. Desta forma, a periculosidade do indivíduo estava diretamente ligada à qualidade de ser mais ou menos antissocial.

Apesar de refletir, em parte, o pensamento criminológico de sua época, Pachukanis tece importantes críticas: trata das diversas tentativas frustradas da criminologia (chamada por ele de criminologia burguesa⁸⁶) em explicar as causas do crime (paradigma etiológico) e combatê-lo.

⁸⁵PACHUKANIS, Evguiéni, op. cit., p.181.

⁸⁶ Idem, p. 80.

Apesar da evidente impossibilidade que possui o direito penal de acabar com o “crime”, este modelo estatal que utiliza como principal resposta à ação delituosa a aplicação de penas desumanas (das quais se inclui a prisão) nunca foi superado. Para o autor essa superação apenas aconteceria por meio da consolidação de outro modelo de produção econômica⁸⁷.

Assim, é possível afirmar que apesar do Pachukanis tratar de “periculosidade do indivíduo” (conceituação já superada no âmbito criminalista) este demonstra pensar à frente do seu tempo ao vislumbrar como ponto de chegada o abolicionismo não apenas do direito penal, mas da forma jurídica como um todo.

Caso houvesse a superação do capitalismo (e a consolidação do sistema econômico baseado na igualdade de classes e ausência de Estado) não haveria que se falar em estabelecimento do poder punitivo por meio da força e do direito penal.

Quanto à ocorrência de crimes nesse modelo de sociedade (comunista), Marx refuta o argumento muito comumente utilizado de que deveriam ser mantidos juízes e leis para a aplicação de punições aos indivíduos que cometessem crimes contra a pessoa humana (haja vista o apelo social em combater esse tipo de conduta). No entanto, para Marx, isso nada mais é do que tomar algo considerado “secundário e derivado” como “principal e fundamental⁸⁸”.

Desta forma, conclui Pachukanis:

Os conceitos de delito e pena, como ficou claro a partir do que foi exposto anteriormente, são definições necessárias da forma jurídica, das quais poderemos nos livrar somente quando der vamos início a eliminação da superestrutura jurídica em geral. E, quando começarmos de fato, não apenas nas declarações, a eliminar esses conceitos e conseguimos nos virar sem eles, esse será o sintoma de que diante de nós, alargam-se os estreitos horizontes do direito Burguês⁸⁹.

Diante do exposto é possível afirmar que o direito penal assume forma similar à forma contratual da troca de equivalentes mercantis, ao passo que o indivíduo violador da norma paga por sua ação com a moeda tempo. Portanto o direito penal surge como elemento integrante da superestrutura jurídica assim como o direito em geral, o Estado e a própria forma da mercadoria⁹⁰.

É possível concluir, por conseguinte, que apesar das limitações científicas criminais de sua época, o autor faz importantes reflexões quanto ao sistema penal e a punição que poderia,

⁸⁷ Idem, p. 80.

⁸⁸ Idem, p. 80.

⁸⁹ Idem, p.183.

⁹⁰Idem, p. 173.

perfeitamente, ser estudado à luz do paradigma da reação social e da criminologia crítica atual como uma das concepções de abolicionismo penal estruturada nas teorias Marxistas.

3. O ESTADO LIBERAL BURGUEÊS E AS PRISÕES ENQUANTO MEIO PUNITIVO

Seguindo o método de interpretação materialista dos fenômenos jurídicos como uma forma histórica determinada e compreendendo o movimento dinâmico do direito é que se faz necessário analisar, historicamente, o processo de conformação da prisão como meio punitivo.

Apesar da atual naturalização da prisão enquanto forma principal de punição e mitológica ressocialização, este modelo de resposta ao crime não esteve presente em toda a história da humanidade. Assim como o direito de maneira geral, o modo de punição possui relação direta como modelo de produção econômico de dada sociedade.

Nessa perspectiva, o delinear histórico a ser tratado nesse trabalho se inicia especificamente a partir da idade média, as características centrais do contexto prisional no Feudalismo europeu e as principais diferenças a partir da conformação modo de produção capitalista. Posteriormente será analisado a maneira pela qual as prisões nasceram no Brasil sendo, este estudo, fundamental para a história do país, de maneira geral.

Georg Rusche e Otto Kirchheimer em “Punição e Estrutura Social” fazem importante análise da constituição e fortalecimento das prisões e a reaplicação de específicas punições a partir das fases do desenvolvimento econômico⁹¹. O sistema Feudal, marcado por coesão social, utilizava o “direito penal”⁹² enquanto ferramenta para preservação da hierarquia e controle por parte dos senhores Feudais e, portanto, para promover manutenção da ordem pública⁹³.

A principal forma punitiva era a aplicação de fiança. Ocorre que a relação de servidão que os servos possuíam com os senhores feudais não permitia o acúmulo de capital, desta forma, muitos não podiam pagar os valores estabelecidos, assim, passaram a ser executadas penas que envolviam castigos físicos, onde incluía-se a prisão:

Um estatuto de Sion, de 1338, previa uma fiança de vinte libras para os casos de assalto; se o assaltante não podia pagar, devia receber um castigo corporal, como ser jogado numa prisão e passar a pão e água até que algum cidadão intercedesse ou o bispo o perdoasse. Esse estatuto não somente ilustra o caráter automático da transformação da fiança em punição corporal, mas

⁹¹RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. **Punição e Estrutura Social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2004. p. 23.

⁹²Rusche e Kurchheimer utilizam a expressão “direito penal”, apesar disso, como demonstrado anteriormente, Pachukanis contrapõe-se a tal nomenclatura, haja vista que, para este autor, não se pode falar em “direito” fora do que sistema capitalista.

⁹³ RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. op. cit., p.24.

mostra também que o aprisionamento era visto como uma forma de castigo corporal⁹⁴.

A prisão, nas sociedades pré-capitalistas, era apenas de caráter processual e, portanto, não era meio punitivo. Nesse mesmo sentido, Dario Melossi e Massimo Pavarini (2006) consideram que há quase unanimidade em considerar o caráter estritamente processual da prisão nesse período.

Com a transição do sistema feudal para o modo de produção capitalista houve a criação de leis penais mais severas e dirigidas às camadas sociais subalternizadas⁹⁵. Os crimes eram, sobretudo, contra o patrimônio e as punições, em geral, se davam pela junção de penas corpóreas e fiança. A burguesia da época preocupava-se em criar leis capazes de combater delitos contra a propriedade privada⁹⁶.

As penas de caráter pecuniário, como é o caso da fiança, eram aplicadas aos que possuíam algum acúmulo de capital e as penas corporais aos “despossuídos” (grande massa de trabalhadores pobres que surgia nas grandes cidades e no campo)⁹⁷.

Os grupos alvos do sistema punitivo da época, isto é: mendigos, desempregados, “vagabundos”, prostitutas, e os que cometessem delitos⁹⁸, eram constituídos por homens e mulheres expulsos das terras a partir do fim do modo de produção feudal. A legislação da época passou a promover constante luta contra a crescente “vagabundagem”. Esclarece Marx:

Os pais da atual classe operária foram punidos, num primeiro tempo, pela transformação forçada em vagabundos e miseráveis. A legislação os tratou como delinquentes voluntários e partiu do pressuposto que dependia da boa vontade deles continuar a trabalhar sob as velhas condições não mais existentes⁹⁹.

Nesse sentido é possível afirmar que o processo de criminalização no sistema capitalista que se constituía a partir da ascensão da burguesia e fim do sistema feudal, se deu, inicialmente, com objetivo de promover o controle desses grupos sociais.

Estima-se que um quarto da população de Paris em 1630 era constituída por homens, mulheres e crianças em situação de extrema miséria¹⁰⁰, tal fato se dava por diversos fatores, os quais se incluem a já mencionada expulsão dessa população das terras anteriormente

⁹⁴Idem, p 25.

⁹⁵ Idem, p. 31.

⁹⁶ Idem, p.33.

⁹⁷ Idem, p.34.

⁹⁸Idem, p. 69.

⁹⁹MARX, K. **O Capital**: crítica a economia política. t. II. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe (Trad.). São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 344.

¹⁰⁰HUBERMAN, L. **História da Riqueza do Homem**: Do Feudalismo ao Século XXI. 22. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017. p.75.

pertencentes ao senhor Feudal, além da ocorrência da guerra dos trinta anos Alemã (1618-1648) e a descoberta das Américas¹⁰¹.

Léo Huberman em “A história da Riqueza do Homem” faz a estrita relação entre o aumento da pobreza nesse período e a exploração de ouro e prata proveniente do “Novo Mundo” (até então não existia nos mapas Europeus)¹⁰². O ouro e a prata explorados nas Américas eram levados para toda a Europa gerando desvalorização da moeda e consequente aumento do preço dos produtos. Os salários da classe trabalhadora, no entanto, não acompanhavam a elevação dos preços¹⁰³.

Na Inglaterra, em 1555, foi criada a primeira casa de correção com objetivo de “limpar as grandes cidades” daqueles considerados “indesejáveis”¹⁰⁴, ou seja, os que não estavam inseridos no sistema de produção:

A essência da casa de correção era uma combinação de princípios das casas de assistência aos pobres (poorhouse), oficinas de trabalho (workhouse) e instituições penais. Seu objetivo principal era transformar a força de trabalho dos indesejáveis, tornando-a socialmente útil¹⁰⁵.

Essas casas utilizavam do poder disciplinar para exercer o controle do contingente de pessoas que não vendiam seu tempo por meio do trabalho ao sistema de produção capitalista. Era necessário, portanto, dominar os corpos dos indesejáveis por meio de sistemas de sujeição: “o corpo só se torna força útil se é ao mesmo tempo corpo produtivo e corpo submisso”¹⁰⁶.

A justificação dada à criação das casas de correção era, exatamente, o aproveitamento da força laboral disponível por meio do trabalho forçado introduzindo, ao mesmo tempo, esses indivíduos ao mercado de trabalho. Ao final do cumprimento de pena, os trabalhadores voltariam ao convívio social buscando, voluntariamente, a inserção no mercado de trabalho, no entanto, isso se deu apenas no mundo das idealizações.

O trabalho nas casas de correção podia ser em favor da administração da instituição ou para alguma empresa privada¹⁰⁷. Na França, em 1656, houve mudança na legislação prevendo que os presos deveriam receber um terço dos ganhos de seu trabalho, tal medida seria um

¹⁰¹ Idem, p. 76.

¹⁰² Esclarecem Lilia Moritz e Heloisa Starling: “Novo, porque ausente dos mapas europeus; novo, porque repleto de animais e plantas desconhecidos; novo, porque povoado por homens estranhos, que praticavam a poligamia, andavam nus e tinham por costume fazer a guerra e comer uns aos outros. Eram canibais, afirmavam os primeiros relatos, cheios de curiosidade, exotismo e imaginação”. SCHWARCZ, L. M.; STARLING, H. **Brasil: Uma Biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 22.

¹⁰³ HUBERMAN, Leo. Otto. op. cit., p.79.

¹⁰⁴ RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. op. cit., p. 67.

¹⁰⁵ Idem, p.69.

¹⁰⁶ FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 29

¹⁰⁷ RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. op. cit., p. 70.

estímulo ao labor¹⁰⁸. Isso não reduz, no entanto, a exacerbada exploração da mão de obra nesses estabelecimentos.

Segundo Michel Foucault, a origem das prisões é anterior à sua utilização enquanto meio punitivo. Em verdade, as prisões foram constituídas fora do sistema criminal sendo consequência do processo que visa tornar os corpos dóceis e úteis por meio de diversas técnicas de controle: a ideia central é retirar do indivíduo criminalizado o máximo possível de tempo e força, mantendo-o em invariável observação para que não reste espaço à rebeldia. Nesse sentido, apesar das técnicas serem utilizadas em diversos locais e durante toda a vida social, é na instituição- prisão que há a mais perfeita aplicação de tais métodos¹⁰⁹.

Portanto, as prisões, assim como os castigos físicos, assumiram função de caráter disciplinador. O objetivo dessas instituições era, de modo geral, “reformatar” os indesejáveis por meio do trabalho obrigatório, bem como do controle e disciplina imposto¹¹⁰.

A ênfase motivacional das casas de correção era, de um lado, o lucro advindo da exploração manufatureira e, de outro, “tornar todo o sistema penal parte do programa mercantilista do Estado”¹¹¹. Assim, as prisões se tornaram negócio autossustentado sem grandes onerações para o Estado e mercado lucrativo para as empresas privadas. Rusche e Kirchheimer apontam ser esse o principal motivo pelo qual a partir dos séculos XVII e XVIII o cárcere passou a ser a principal forma de punição¹¹².

Como demonstrado, a classe trabalhadora, até então, exercia atividade laboral agrícola advinda das vivências nas terras senhoriais, o modo de produção capitalista que surgia nessa época demandava constituição de operariado fabril. À vista disso, a casa de trabalho possuía, também, a função de suprir tal demanda: “promover a transformação do ex-trabalhador agrícola expulso do campo em operário”¹¹³.

Os critérios para aceitação de pessoas nas casas de correção até o século XVIII eram extremamente vagos. As sentenças estabelecidas por juízes da época não seguiam critérios objetivos e o tempo de cumprimento de pena, nesses estabelecimentos penais, era livremente arbitrado pela autoridade judiciária. Além disso, as penas corpóreas ainda eram comuns.

¹⁰⁸ Idem, p. 74.

¹⁰⁹ FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 223.

¹¹⁰ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere e Fábrica: As origens do Sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2010. p. 36.

¹¹¹ RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. op. cit., p. 103.

¹¹² Idem p. 104.

¹¹³ MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. Otto. op. cit., p. 41.

Cesare Beccaria (1764) em “*Dos delitos e das Penas*” propõe mudança no modo de estabelecimento de penas, bem como sua aplicação. A luta, nesse momento histórico, era voltada à “humanização” das penas e a racionalização do sistema penal¹¹⁴ promovendo necessária segurança jurídica.

A denominada “Escola Liberal Clássica” (ou apenas Escola Clássica) apontava a necessidade de estabelecer limites à aplicação de pena. O crime era visto como ação humana natural e determinada pelo livre arbítrio individual. As penas, nesse sentido, deveriam ser previamente determinadas em Lei e teria a função de intervir sobre o infrator em defesa da sociedade de maneira geral. Ademais, as leis penais teriam a função de proteger o dito “criminoso” da mão severa e arbitrária do Estado¹¹⁵.

Assim, a pena de prisão passou a ser vista enquanto alternativa às penas corpóreas, além de ser compreendida enquanto “igualitária”, visto que, a quantidade de pena já estaria previamente estabelecida em lei sendo a função do juiz apenas avaliar, a partir de critérios objetivos, qual a quantidade de tempo a ser aplicado em cada caso concreto.

Para Foucault, apesar da gradual transição das formas de punição, o corpo e sua força permanece sendo o objeto a ser violado e controlado¹¹⁶, inclusive por meio da prisão, visto que nesses estabelecimentos os corpos dos indivíduos criminalizados passam por constante processo de disciplina e por meio das técnicas empregadas, o qual se inclui a vigilância e o trabalho.

¹¹⁴ PABLOS DE MOLINA, A. G.; GOMES, L. F. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 174.

¹¹⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução a sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, instituto carioca de criminologia, 3ª. ed., 2002. p. 31.

¹¹⁶ FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p 29.

4.A CONFORMAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL

O processo histórico de colonização das Américas, genocídio e escravização dos povos originários e posterior tráfico de Africanos são imprescindíveis para a compreensão da conformação do sistema carcerário no Brasil.

Cristovam Colombo, a bordo do navio Espanhol, foi o primeiro Europeu a encontrar as terras do continente Americano em 12 de outubro de 1492¹¹⁷. A partir das informações colhidas por outros navegantes como Américo Vespúcio e Vasco da Gama, a coroa Portuguesa investiu em novas expedições com objetivo de explorar as terras desconhecidas. Em 1500, sob o comando de Pedro Álvares Cabral, o Navio Português atracou na chamada “Terra de Vera Cruz”, atualmente localizada no Estado da Bahia.

Estima-se que em 1500 habitavam no Brasil cerca de 2,4 milhões de índios, esse número foi reduzido para 800 mil em 1819 após o contato com os portugueses. Isso se deu pela propagação de epidemias, guerras e massacres¹¹⁸. Este foi o primeiro genocídio que se tem registro na história do país. A partir desse período e com a exploração das terras, os povos originários eram capturados e escravizados. Com as expedições Jesuítas catequizantes, a utilização da mão de obra escrava do Índio sofreu fortes oposições, tal fato impulsionou o início do tráfico negreiro anos depois¹¹⁹.

Em 1549 iniciou-se o processo de tráfico de Africanos. A instauração do sistema escravocrata no Brasil foi um dos marcos essenciais do período Colonial¹²⁰. Homens e mulheres trazidos de África nos porões dos navios negreiros, eram comercializados e tratados enquanto mercadoria. O aprisionamento, nesse contexto, era utilizado enquanto meio de garantir a manutenção da posse dos negros escravizados.

O regime de extrema crueldade que sempre caracterizou a escravização dos africanos pelos europeus começava com o aprisionamento massivo no interior do “continente negro”, em geral por meio de guerras ou emboscadas. Conduzidos com brutalidade até os portos da costa do Atlântico ou do Índico, os africanos sequestrados eram empilhados em porões de navios infectos e transportados até portos como os do Rio de Janeiro, de Salvador e de Recife. Na chegada, os sobreviventes, agora transformados em mercadorias, passavam por uma triagem cuidadosa e, em geral, eram afastados de conhecidos e familiares, e depois vendidos e destinados a tarefas agrícolas ou domésticas¹²¹.

¹¹⁷SCHWARCZ, Lilia Moritz. STARLING, Heloisa, Otto. op. cit., p. 21.

¹¹⁸ MARCILIO, M. L. **A população do Brasil Colonial- América Latina Colonial**. v. II. Org. Leslie Bethell. Trad. Mary Amazonas Leite de Barros e Magda Lopes. 1. ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo; Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2004. p. 328-329.

¹¹⁹SCHWARCZ, Lilia Moritz. STARLING, Heloisa, Otto. op. cit., p.19.

¹²⁰ FLAUZINA, A. L. P. **Corpo Negro Caído no Chão: O sistema Penal e o projeto genocida do Estado Brasileiro**. 2. ed. Brasília: Brado Negro, 2017. p. 54.

¹²¹SCHWARCZ, Lilia Moritz. STARLING, Heloisa, Otto. op. cit., p. 25.

Cerca de 3,3 milhões de Africanos foram traficados até 1850 (data em que houve a extinção oficial do tráfico)¹²², o comércio de escravizados era extremamente lucrativo tanto por meio da venda desses, quanto pelo trabalho forçado nos engenhos de açúcar. A utilização de violência e aprisionamento foram os elementos essenciais que possibilitaram a escravização dos povos.

O berço do racismo estruturalmente organizado e conservado em suas bases materiais até os tempos hodiernos, teve origem na desumanização do povo negro vindo de África por meio de justificação teológica que mascarava o real propósito: o lucro.

Os negros já nasciam sentenciados à condição de escravos, ao aprisionamento, controle e trabalho forçado. Nesse sentido, Ana Luiza Fluazina em “*Corpo Negro Caído no Chão*” (2017) considera ser esta a primeira função do sistema penal no Brasil:

Mais: era preciso coordenar os corpos, conformá-los ao trabalho compulsório e, finalmente, naturalizar o lugar de subserviência. Está aí anunciada a função primeira de um sistema penal que atravessa três séculos de nossa trajetória, encontrando, no controle dos corpos negros, a herança maldita da qual nunca conseguimos nos desvencilhar¹²³.

Nesse sentido, a constituição da sociedade Brasileira e, conseqüentemente, o próprio sistema criminal foi estruturado no processo de escravização colonial e no próprio racismo. O poder punitivo do período colonial possuía caráter privado: os senhores de engenho determinavam as punições a serem aplicadas aos negros escravizados, bem como a execução dessas. Sintetiza Ana Fluazina: “Ou seja, da relação forjada pelo universo casa-grande *versus* senzala serão concebidas as, matrizes de nosso sistema penal”¹²⁴.

O sistema Imperial escravista, no Brasil, significou importante ruptura e, ao mesmo tempo, preservação organizacional, principalmente no que concerne ao modo de produção escravocrata¹²⁵. Fortemente influenciado pelo liberalismo Francês, a constituição outorgada de 1824 foi importante marco na transição do sistema colonial para o império. Estabelecendo uma Monarquia Parlamentar, a carta Magna concedeu privilégios políticos aos sujeitos de direito possuidores de terras e de relevante poder aquisitivo¹²⁶. Verifica-se, portanto, visível

¹²² MARCILIO, M. L. **A população do Brasil Colonial- América Latina Colonial**. v. II. Org. Leslie Bethell. Trad. Mary Amazonas Leite de Barros e Magda Lopes. 1. ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo; Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2004. p. 328-329.

¹²³FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Otto. op. cit., p. 57.

¹²⁴ Idem, p. 57-58.

¹²⁵ SCHWARCZ, Lilia Moritz. STARLING, Heloisa, Otto. op. cit., p. 56.

¹²⁶WOLKMER, António Carlos. Otto. op. cit., p.69.

contradição entre os ideais de liberdade adotados pela constituição e o modo de produção escravista mantido até a tardia abolição da escravatura de 1888¹²⁷.

O código criminal Imperial de 1830 foi instrumento central para a estruturação do sistema penal da época. Dispondo de 313 artigos, estabelecia limitações ao poder punitivo e estendia ao escravo a possibilidade de ser alvo de tais punições. A contradição é latente, haja vista que o negro na condição de escravo não era considerado sujeito de direito¹²⁸: não gozava de liberdade, igualdade ou qualquer proteção, mas sim, era classificado enquanto propriedade privada. Tal constatação deixa evidente a função primordial de controle exercido pelo sistema criminal que, evidentemente, alcançou quase que exclusivamente a população negra seja ela escravizada ou os escravos libertos.

Vale ressaltar, ainda, que no Título II da Lei, ao tratar do estabelecimento das penas, previa a possibilidade de aplicação da pena de morte, prisão perpétua ou de trabalho forçado no interior do cárcere podendo, inclusive, ser de caráter perpétuo¹²⁹. Ou seja: o homem escravizado e anteriormente submetido a trabalho forçado, caso fosse considerado culpado pela prática de um crime, seria condenado a “novo” processo de escravização, porém agora como medida punitiva. Mais uma vez, esclarece Ana Flauzina: “Apartados da cidadania, a sociedade imperial apreende os negros no desempenho de dois papéis: escravos ou criminosos”¹³⁰.

A partir do intenso processo de urbanização e concentração de negros libertos nos centros urbanos, o sistema de controle foi intensificado. “Era preciso apertar os freios, estreitar ainda mais o controle sobre os escravizados, não deixando escapar os libertos à engenharia do controle”¹³¹.

A criminalização de condutas como a vadiagem¹³² (art. 295 do Código Criminal do Império), a capoeira (art. 402 do decreto Lei 847 de 1890)¹³³, bem como a limitação da liberdade de ir e vir por meio da obrigatoriedade em portar documento assinado por seu senhor para fins

¹²⁷ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N. **Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 424.

¹²⁸ Utilizando a concepção de “sujeito de direito” Pachukaniana.

¹²⁹ BRASIL. **Decreto Lei nº 847, de 11 de outubro 1890. Revogado pelo Decreto nº 11, de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em: 22 nov. 2019.

¹³⁰FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Otto. op. cit., p. 70.

¹³¹ Idem, p. 68.

¹³² Esclarece Ana Flauzina: “Vadiagem, em última instância, é a criminalização da liberdade: aos negros não é facultado o exercício de uma liberdade sem as amarras da vigilância”. FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Otto. op. cit., p. 70

¹³³Art. 402. Fazer nas ruas e praças públicas exercício de agilidade e destreza corporal conhecida pela denominação Capoeiragem: andar em carreiras, com armas ou instrumentos capazes de produzir lesão corporal, provocando tumulto ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal; Pena de prisão celular de dois a seis meses. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm> Acesso em: 27 nov. 2019.

de identificação¹³⁴, são exemplos de efetivo controle e criminalização do povo negro no sistema imperial escravista. Este é, portanto, o cenário do sistema criminal e a função exercida nesse momento histórico.

A abolição da escravidão, adiada até as últimas consequências pela elite imperial, ocorreu apenas em 13 de maio de 1888 por meio da Lei Áurea. Apesar disso, já estava em curso no país um projeto genocida de extermínio da população negra. A política de branqueamento, intensificada a partir de 1850, gerou a vinda de cerca de 3,4 milhões de europeus¹³⁵. Já nessa época, as atividades laborais eram destinadas à população recém-chegada que, apesar das péssimas condições de exercício do trabalho, estavam em local de privilégio em relação aos negros libertos.

Até 1888, outras Leis foram criadas e possibilitaram a liberdade de pessoas escravizadas, a exemplo da Lei do Ventre Livre (1871), a qual libertava os filhos dos escravos, Lei do Sexagenário (1885) que concedia liberdade aos escravos com mais de sessenta anos. De acordo com Ana Flauzina, essas leis não significavam que a libertação dos escravos ocorreu de maneira progressiva, mas sim que a elite branca da época desejava “aprisionar um pouco mais” enquanto buscavam construir um fenótipo europeu para o país por meio do branqueamento¹³⁶.

A utilização do sistema penal enquanto política do controle se manteve desde então. O povo negro, agora liberto, era visto enquanto inimigo da elite branca, bem como dos trabalhadores imigrantes. Era necessário, por tanto, um conjunto de ações e medidas capazes de “domar” e, até mesmo exterminar esse grupo social resistente.

Após a lei Áurea e com a proclamação da República de 1889, a população negra, vítima de constantes ataques do projeto genocida, apenas tinha acesso a trabalhos precários e de baixíssima remuneração. No interior dos estabelecimentos prisionais a violência era o método de coação utilizado para o exercício do controle e execução dos trabalhos forçados¹³⁷.

Ana Flauzina pontua, ainda, a diferença latente entre o processo de criminalização do povo negro e as punições isoladamente aplicadas sobre os imigrantes europeus. A primeira diferença está na criminalização primária¹³⁸, haja vista que a legislação penal da época

¹³⁴ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Otto*. op. cit., p. 68.

¹³⁵ MIR, Luís. *Guerra civil: estado e trauma*. São Paulo: Geração Editorial, 2004.

¹³⁶ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Otto*. op. cit., p.76.

¹³⁷ *Idem*, p. 82.

¹³⁸ “A criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan. 4ª ed. v. 1. 2011. p. 43.

criminalizava atividades culturalmente exercida pelo homem negro ou era voltada à população em situação de rua (ou sem domicílio)¹³⁹.

Traçando paralelo com o histórico europeu apresentado de encarceramento dos ditos “indesejáveis” (homens e mulheres expulsos das terras feudais e que se tornaram mendigos, desempregados, “vagabundos”, prostitutas, e infratores da lei), tem-se, no Brasil, semelhante pretensão de domínio do povo negro visto como inimigo da sociedade e que necessitava de constante vigilância e controle eram (e ainda são em alguma medida) os brasileiros “indesejáveis”.

O racismo foi, portanto, elemento central na conformação do sistema prisional do país. O projeto genocida, do qual se inclui o encarceramento em massa, esteve presente em toda a história do Brasil e tornou-se protagonista na construção ideológica e social brasileira. Teorias criminais racistas deram o suporte teórico fundamental para justificação das ações. A escola criminológica positivista Italiana, por meio da teorização de Cesare Lombroso, Raffaele Garofalo e Enrico Ferri, buscava a explicação para os “crimes” em características biológicas e psicológicas de caráter determinante¹⁴⁰. Adotadas no Brasil principalmente por Nina Rodrigues, essas teorias cumpriram papel de legitimação do discurso e prática racista.

Baseado no determinismo biológico, Lombroso formulou a concepção de “criminoso nato” a partir da análise da massa carcerária presente nas prisões Européias de sua época. Cerca de 25 mil presos foram objeto de estudo, além de autópsias¹⁴¹. De maneira geral, as características biológicas dos presos dessa época refletiam a já presente política racista de aprisionamento de negros e tráfico de escravizados do continente Africano para a Europa.

A partir da década de 1990 o neoliberalismo ganha forças no cenário do país gerando acentuação das desigualdades econômicas e sociais. O racismo se tornou, segundo Ana Flauzina, “pedra angular de um projeto de exclusão social e eliminação de grandes contingentes, incorporado como plataforma prioritária na instrumentalização do sistema punitivo”¹⁴². A política de encarceramento em massa marcada por uma seletividade racista e classista se materializa, atualmente, por meio da famigerada guerra às drogas¹⁴³ sendo os crimes

¹³⁹FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Otto*. op. cit., p.83.

¹⁴⁰ BARATTA, Alessandro. *Otto*. op. cit., p. 38.

¹⁴¹PABLOS DE MOLINA, A. G.; GOMES, L. F. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p. 188.

¹⁴²FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Otto*. op. cit., p.98.

¹⁴³ALEXANDER, M. **A Nova Segregação: Racismo e Encarceramento em Massa**. São Paulo: Boitempo, 2017 p.111.

relacionados ao tráfico de drogas os que mais encarceram jovens e negros no país, cerca de 28% dos presos¹⁴⁴.

Quanto ao trabalho no cárcere, apesar da lei de execução penal (lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) tratar no artigo 28 do trabalho enquanto “dever social e condição de dignidade humana”¹⁴⁵, é compreendido muito mais como um direito, perdendo, portanto, seu caráter obrigatório. No entanto, tal entendimento não reduz sua feição de exploração da mão de obra barata, submetendo indivíduos criminalizados a condições precárias de trabalho e ausente qualquer direito trabalhista (art. 28, parágrafo 2º da Lei de Execução penal¹⁴⁶).

É o processo histórico que demarca o contexto classista e racializado de conformação do sistema penal deste país, percebendo o controle dos corpos negros e trabalhadores como elemento central de análise.

¹⁴⁴BRASIL. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Junho de 2017. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

¹⁴⁵BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 21 nov. 2019.

¹⁴⁶ Art. 28. § 2º da LEP. O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm> Acesso em: 27 nov. 2019.

5. O TRABALHO NO CÁRCERE À LUZ DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Superado o paradigma etiológico da criminologia que buscava compreender as causas do fenômeno do crime e justificar a aplicação de pena como meio de defesa social, os estudos criminológicos a partir do paradigma da reação social e a teoria do interacionismo simbólico (*labelling approach*), tornou as reações das instâncias oficiais frente às ações humanas consideradas crimes seu principal objeto¹⁴⁷.

Assim, a criminologia passou a se debruçar sobre as questões em torno do processo de criminalização dos indivíduos bem como os estigmas gerados pelo cárcere. Eugenio Raúl Zaffaroni categoriza o processo de criminalização em dois momentos principais: a criminalização primária e secundária. Posteriormente a criminologia da reação social desenvolveu um terceiro momento de criminalização marcado pela inserção do sujeito no sistema prisional¹⁴⁸.

Posteriormente, o pensamento Marxista influenciou fortemente o surgimento da chamada “criminologia crítica”¹⁴⁹. De acordo com Alessandro Baratta, os principais desafios do pensamento criminológico crítico atual é:

Construir uma teoria materialista (econômico-política) do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, e elaborar as linhas de uma política criminal alternativa, de uma política das classes subalternas no setor do desvio¹⁵⁰.

Eugénio Raul Zaffaroni compreende a teoria marxista enquanto fundamental fonte de deslegitimação do discurso jurídico-penal nos países centrais. Os Marxistas, de maneira geral, buscaram compreender as questões em torno do crime a partir do paralelo entre as relações de trabalho e o controle exercido sob os corpos dos indivíduos criminalizados¹⁵¹. Pontua Zaffaroni:

Em verdade Marx não analisou profundamente o sistema penal, no entanto, considerou a necessidade de, a partir da compreensão da luta de classes, deslegitimar não só o direito, mas também o direito penal. Está, o direito penal, situado na “superestrutura ideológica” da sociedade¹⁵².

¹⁴⁷BARATTA, Alessandro. Otto. op. cit., p. 86.

¹⁴⁸ “Na criminalização terciária o foco de estudo são as consequências negativas do contato do sujeito com as agências criminalizantes uma vez que se enfatizam as mudanças que a experiência pode provocar nele em sua auto percepção e em sua forma de encarar a sociedade”. ARAUJO, Fernanda Carolina de. **A teoria criminológica do labelling approach e as medidas socioeducativas**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em : <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-06072011-111256/publico/fernanda_final_em_PDF.pdf>. Acesso em: 20 de nov. de 2019. p. 127.

¹⁴⁹BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**, 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 79.

¹⁵⁰BARATTA, Alessandro. Otto. op. cit., p. 197.

¹⁵¹BATISTA, Vera Malaguti, Otto. op. cit.p. 84.

¹⁵²ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema jurídico-penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 51.

Assim, os criminólogos marxistas desenvolveram seus estudos com base no materialismo histórico dialético tendo como pontos centrais a compreensão das funções assumidas e realizadas pelo sistema penal e, em específico, das prisões.

Massimo Pavarini, importante nome da criminologia crítica, em *Control y Dominación*, destaca que, apesar da lei ser majoritariamente vista como instrumento neutro que possui como finalidade solucionar os conflitos, o sistema penal é instrumento através do qual as classes dominantes conseguem impor seus próprios interesses sob os interesses das classes dominadas, ou seja, aqui a lei é vista enquanto instrumento de dominação e sobreposição de interesses. Sinteticamente, essa seria a principal finalidade da lei: fazer valer o interesse de alguns poucos que detêm o poder em detrimento dos interesses da maioria. O principal objetivo daqueles que estão no poder é se manter no poder¹⁵³.

Rusche e Kirchheimer em “Punição e Estrutura Social”, já estudado neste trabalho, fazem importante análise histórica do sistema carcerário a partir do modo de produção específico de cada sociedade. Assim, o tipo de punição a ser utilizada em cada recorte de espaço e tempo está relacionado ao modelo de produção, desenvolvimento econômico e relações de trabalho.

Para Marx o trabalho humano medido pelo tempo é a principal mercadoria do sistema capitalista. O proletário, ao ser inserido no mercado, apenas possui sua própria força de trabalho para a realização da troca necessária à manutenção da vida. O mais-valor, proveniente da exploração do trabalho, gera o excedente e o acúmulo de capital, sendo, portanto, elemento central do sistema capitalista.

A exploração do trabalho no interior das prisões, mesmo não sendo o problema central da punição, assumi papel disciplinador cuja função primordial é converter a mão de obra disponível em força produtiva útil. Como bem explica Angela Davis, o chamado complexo industrial prisional, tem o fito de transformar o corpo do indivíduo encarcerado que, ressalte-se, em sua maioria trata-se de corpo negro, em mercadoria gerando grande margem de lucro às corporações¹⁵⁴.

Como visto, durante a história, a partir da conformação do Estado Burguês e do sistema de produção capitalista, o trabalho em locais de confinamento passou a ser utilizado enquanto forma de punição: seja por meio do sequestro dos ditos indesejáveis, levados para as casas de correção na Europa do século XVI, seja no modelo punitivo adotado no Brasil tendo como alvo

¹⁵³ PAVARINI, M. **Control y Dominación**: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002.

¹⁵⁴ DAVIS, A. **Estarão as Prisões Obsoletas?** 3. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019. p. 95.

os negros libertos ou escravizados (nesse caso ambos seriam novamente escravizados no interior dos cárceres).

Para Pachukanis, a moeda do sistema carcerário é o tempo. Assim, o sujeito encarcerado, “paga” por suas ações consideradas delituosas, através da moeda “tempo” determinada por um juiz a partir do grau de culpabilidade do indivíduo. Ou seja, trata-se de relação de equivalentes semelhante à relação contratual comum nas trocas mercantis.

Ocorre que, o tempo em que este sujeito está sob a custódia do estado não é, de modo geral, utilizado para finalidade mercantil. É nesse sentido que surge a possibilidade de exploração do trabalho no cárcere seja de caráter obrigatório ou “facultativo”.

Há que se ressaltar, ainda, o caráter disciplinador do trabalho no contexto das prisões, visto que um bom processo de adestramento dos corpos passa pela retirada do “máximo tempo de tempo e o máximo de forças”¹⁵⁵ dos indivíduos. Ademais o trabalho tem a função de treinar os corpos em atividades laborais e manuais, características estas comuns ao tipo de trabalho ofertado atualmente nas prisões do mundo inteiro.

Michel Foucault em *Vigiar e punir- Nascimento da prisão* faz reflexões essenciais para compreensão dos processos de disciplina sobre os corpos dos indivíduos sociais. Para o autor, em todas as sociedades existem mecanismos que limitam as ações dos indivíduos. A disciplina atua como uma forma de controle social que se tornou o método de dominação mais utilizado. Explica Foucault: “A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos ‘dóceis’. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência)”¹⁵⁶.

Estado, escola, religião, quartel e família são exemplos de instituições que possuem fortes bases disciplinares. Para Foucault existem três relevantes formas de dominar um indivíduo através da disciplina são elas: (1) os corpos devem ser distribuídos no espaço de maneira que a comunicação seja limitada, ou quase inexistente, desta forma, evita-se que os indivíduos formem grupos, ou coletivos que ajam contra o sistema vigente. Os corpos precisam ser individualizados; (2) deve existir um controle do tempo no adestramento. Os indivíduos devem usar o tempo que possuem para aplicar suas ações com qualidade; (3) há um controle comportamental, as forças que compõem os indivíduos devem atuar como manda o disciplinador¹⁵⁷.

¹⁵⁵FOUCAULT, M. **Microfísica do Poder**. 28. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

¹⁵⁶FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 119, 135-136.

¹⁵⁷FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 139-143.

O cárcere, sob essa perspectiva, cumpre as três técnicas de controle de maneira extremamente eficaz: (1) a divisão do trabalho permite a separação e individualização dos corpos; (2) o controle de horário da massa de trabalhadores corresponde à técnica de controle do tempo e (3) a exigência de eficiência no labor por parte dos patrões, corresponde ao controle do comportamento dos trabalhadores.

Assim, quando o trabalho se insere nesse processo, principalmente por meio de atividades laborais individuais e manuais (como encher estopas, cortar sacos plásticos, costurar bola de futebol etc.) o adestramento se torna mais satisfatório. Essas atividades não desenvolvem a capacidade intelectual dos trabalhadores, mas, por outro lado, impulsiona o processo de castração intelectual¹⁵⁸ diante da constante repetição manual dos afazeres se limitando ao cumprimento sem a possibilidade reflexiva do papel desempenhado por seu labor produtivo. Ademais, o controle de horário e vigilância hierárquica sobre os corpos permite maior eficácia no processo de neutralização dos indivíduos¹⁵⁹.

Um bom adestramento ocorre quando os indivíduos controlados não se dão conta disso. Em todos os sistemas disciplinares existem sanções. Essas penalidades possuem a finalidade de normatizar comportamento de indivíduos que descumprem as regras impostas pelos próprios modelos disciplinares.

Foucault compreende as prisões como instituições de sequestro, que servem especificamente para retirar do meio social os corpos que não foram adestrados, corpos “não dóceis” e considerados inúteis. Os estabelecimentos prisionais permitem manter os indivíduos em constante vigilância e disciplina.

As técnicas de controle se mantêm. Hoje, o trabalho no interior do sistema prisional no Brasil não possui caráter obrigatório. Em verdade, o discurso jurídico-penal¹⁶⁰ vendido é que o trabalho pode proporcionar a mitológica ressocialização do indivíduo rotulado enquanto criminoso, a prática demonstra, por outro lado, que se trata de técnica de controle e antiga forma de exploração da classe trabalhadora composto pela maioria negra e economicamente desfavorecida.

¹⁵⁸BAQUEIRO, F. R. L. **Execução Penal e o Mito da Ressocialização**: Disfunções da Pena Privativa de Liberdade. Curitiba: Juruá Editora, 2017. p. 198.

¹⁵⁹BAQUEIRO, F. R. L. **Execução Penal e o Mito da Ressocialização**: Disfunções da Pena Privativa de Liberdade. Curitiba: Juruá Editora, 2017. p. 348.

¹⁶⁰ A expressão “discurso jurídico-formal é utilizada por Zaffaroni em “Em busca das penas perdidas” onde compreende que tal discurso enquanto ilegítimo e falso baseado na programação normativa que não reflete a realidade fática.

As empresas que se instalam no interior das penitenciárias recebem vantagens econômicas de diversas naturezas. O Estado isenta essas empresas do pagamento de despesas referente ao espaço físico: aluguel, gastos com água, luz elétrica¹⁶¹.

Além disso, de acordo com o artigo 28, § 2º da lei execução penal (Lei n.º 7.210/1984), os trabalhadores presos não estão protegidos pelas garantias previstas na Consolidação das Leis do Trabalho. Isso significa que as empresas são isentas do pagamento de valores relativos à FGTS, INSS ou décimo terceiro salário.

Ademais, de acordo com o mesmo diploma legal, os salários desses trabalhadores poderão ser reduzidos em até 3/4 (três quartos) do salário mínimo estipulado no país (art. 29, *caput*). Esse regramento fere, mais uma vez, o princípio da igualdade perante lei, visto que a constituição Federal por meio do art. 5º, inciso IV determina a fixação de salário mínimo a ser pago aos trabalhadores, sem qualquer distinção aos trabalhadores em situação de cárcere.

Outro elemento fundamental é que, de modo geral, os trabalhos ofertados no interior das prisões seguem o modelo fordista de produção e, de modo algum, possui finalidade de capacitar ou educar profissionalmente os presos. O modo de produção fordista tem por finalidade, por meio da setorização do trabalho, alcançar maior produtividade com o menor custo e em menor quantidade de tempo. Nesse sentido, frisa Fernanda Ravazzano:

É certo que o método de trabalho fordista objetivava justamente e me excluir o trabalhador a própria máquina, fundindo-os, como se fosse um vírgula de maneira que se torna impossível de Xing onde termina o homem e onde começa a máquina; o empregado é somente mais uma engrenagem do cruel sistema capitalista. A finalidade de produzir cada vez mais, em série em um curto espaço de tempo, repetindo as ações por um longo lapso temporal, alienava e debilitava os empregados, e é justamente a repetição desse modelo que se encontra nos presídios não apenas do Brasil, mas em todos os locais do mundo¹⁶².

Desta forma, prevalece duas características centrais que preconizam do trabalho no interior dos estabelecimentos prisionais: (1) A exploração excessiva e direta do trabalhador criminalizado, (2) utilização do trabalho na intensificação da disciplina sob os corpos.

¹⁶¹ BAQUEIRO, F. R. L. **Da necessidade da declaração e respeito aos direitos trabalhistas dos presos e o papel do Ministério Público do Trabalho no combate a exploração da mão-de-obra carcerária**. 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/fernanda_ravazzano_lopes_baqueiro.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2019.

¹⁶² BAQUEIRO, F. R. L. **Execução Penal e o Mito da Ressocialização: Disfunções da Pena Privativa de Liberdade**. Curitiba: Juruá Editora, 2017. p. 211.

6. O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO NO SISTEMA CAPITALISTA

Será analisado, nos tópicos seguintes, os elementos essenciais do processo de criminalização, bem como a categoria abstrata de sujeito de direito, o estudo proposto por Pachukanis a cerca da violação de direito e forma contratual assumida pela penalização dos indivíduos. Assim, tem-se a pretensão de chegar na principal hipótese deste trabalho: a forma da criminalização se assemelha à forma da mercadoria sendo, portanto, o processo de criminalização, como se conhece hoje, método próprio o sistema capitalista.

Por fim, objetiva-se perceber o afastamento da figura do sujeito de direito ao se inserir no cárcere e a criação de uma nova categoria jurídica abstrata: o criminoso.

6.1. A CATEGORIA SUJEITO DE DIREITO E O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO

Será utilizado, nessa abordagem, o método de construção de conceitos formulado por Pachukanis em “*A Teoria Geral do Direito e Marxismo*”, bem como o conceito de “sujeito de direito” elaborado por este autor, para analisar a figura do indivíduo criminalizado enquanto possível categoria jurídica autônoma. É fundamental, para tanto, retomar à metodologia proposta por Pachukanis.

Ademais, a criminologia crítica dará o escopo essencial para compreender o processo de criminalização dos indivíduos, bem como os possíveis elementos utilizados nos três momentos essenciais da criminalização elaborados por Eugenio Raul Zaffaroni (criminalização primária e secundária) e criminalização terciária, essencial com base no *labelling approach*¹⁶³.

Para Pachukanis a elaboração de conceitos jurídicos deve seguir método materialista histórico de análise, segundo o qual o jurista deve, inicialmente, verificar os aspectos mais abstratos e “puros” e, posteriormente, avançar no caminho da complexidade até alcançar a concretização histórica¹⁶⁴. Tal proposição evidencia a fidelidade deste autor ao método preconizado por Marx: o direito enquanto categoria histórica está inserido em um contexto histórico específico, não sendo um mero acessório regulamentador da vida humana.

Sendo a forma jurídica em sua versão mais desenvolvida correspondente à forma da mercadoria que se realiza por meio das relações sociais burguesas e capitalistas, é possível afirmar que todas as relações jurídicas e também mercantis se dão por meio das relações entre sujeitos de direito.

¹⁶³ Ressalte-se que o *labelling approach* possui, essencialmente duas correntes sociológicas: 1. o internacionalismo simbólico inspirado por George H. Mead e 2. a etnometodologia, baseada nos estudos de Alfred Schütz. BARATTA, A. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução a sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2002. p. 87.

¹⁶⁴PACHUKANIS, Evguiéni, op. cit., p.86.

O sujeito de direito corresponde ao somatório de dois elementos essenciais: liberdade e igualdade. Essas duas características permitem ao “homem”, antes um exemplar de zoológico¹⁶⁵, tornar-se sujeito de direito capaz de ir até o mercado e realizar trocas, das quais se inclui a venda de sua força de trabalho. É a “norma” que estabelece, em dada sociedade e em um contexto histórico específico, quem serão os sujeitos de direito.

Foi, por exemplo, por meio de determinação normativa que a política colonial escravista brasileira definiu o povo negro vindo de África enquanto propriedade privada do senhor de engenho, não possuindo, portanto, status de sujeito de direito (faltava-lhe liberdade e igualdade perante a lei). No entanto, esta mesma estrutura escravista previa a possibilidade de aplicação da norma penal incriminadora aos negros libertos e escravizados.

Tem-se, portanto, de acordo com Pachukanis, dois elementos que, apesar de abstratos, são indispensáveis para o exame da categoria sujeito de direito (adotada pelas teorias positivistas): liberdade e igualdade.

É também a norma que determina quem são os sujeitos capazes de realizar atividades da vida civil. Levando em consideração a teoria positivista adotada no mundo inteiro, um negócio jurídico privado apenas pode ser considerado válido se as partes forem livres e civilmente capazes. A dogmática jurídica positivista, apesar de elaborar o conceito de sujeito de direito e capacidade civil, não explica quais forças criam tais figuras, portanto, parte de análise atemporal e universalista.

Quanto à “liberdade”, esta é indispensável para a realização da vida civil. Utilizando exemplificação prática, de acordo com o Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406 de 2002), a ausência de vontade livre para realizar um negócio jurídico pode tornar este negócio inválido ou viciado. De modo geral, o sistema capitalista necessita, para que as trocas ocorram, da determinação de sujeitos de direito livres para o pleno uso, gozo da “coisa” (mercadoria) bem como para levá-la ao mercado de trocas.

Como dito, a principal mercadoria do sistema capitalista, para Marx, é o trabalho humano medido pelo tempo. A negociação entre empregado e empregador é regida pela forma do contrato. A realização do contrato empregatício necessita da concepção abstrata de liberdade, ainda que esta liberdade seja meramente formal. Assim, pela lógica capitalista, o trabalhador vai ao mercado “livremente” para vender a única mercadoria que possui: sua força de trabalho.

¹⁶⁵ Idem, p. 122.

A igualdade se torna fundamental ao passo que apenas os iguais podem exercer as trocas no sistema capitalista. No entanto, trata-se de igualdade perante a lei que, teoricamente, possibilita a mobilidade de “classe”. Nesse sentido, no Brasil, um negro liberto a partir de 1888, teoricamente, poderia se tornar proprietário de terras. Na realidade fática, como se sabe, outros elementos tornaram essa mobilidade de classe inviável. Assim, igualdade formal gera a ideia de neutralidade normativa estatal.

Desta forma, resumidamente, o indivíduo inserido no sistema capitalista se torna, abstratamente, sujeito de direito ao possuir liberdade e igualdade perante a lei.

Por essa perspectiva, sob a ótica positivista, o povo negro no Brasil se tornou sujeito de direito a partir da liberdade conquistada, inicialmente pelas Lei do Ventre Livre (1871), Lei do Sexagenário (1885) e, posteriormente, pela abolição da escravatura de 1888 (Lei Aurea). É necessário destacar, no entanto, que a criação normativa da liberdade aos escravizados e igualdade entre brancos e negros ocorreu apenas no mundo das ideias. Na prática, a política racista manteve-se encarcerando pessoas negras por meio da criminalização de suas atividades, criação da figura do inimigo ou, ainda, pelo tratamento desigual em abordagens policiais, emprego de violência (física e sistêmica) e na condução de eventuais processos criminais.

Como analisado anteriormente, a criminalização desse grupo étnico é parte da política criminal racista de controle, extermínio, exploração do trabalho e conformação do racismo que estrutura a sociedade brasileira.

A partir da conceituação de sujeito de direito e da compreensão do método de construção dos conceitos jurídicos fundamentais Pachukaniano é que será elaborada hipótese de “valor” aplicado no processo de criminalização.

6.2. A LÓGICA CONTRATUAL APLICADA AO DIREITO PENAL: EQUIVALÊNCIA ENTRE CULPA E PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE

Para Pachukanis a forma da mercadoria é similar à forma jurídica. Traçando espelho interpretativo com os conceitos de mercadoria, valor e produto: assim como o produto, ao entrar no mercado recebe um “valor” e se torna mercadoria, o homem recebe um “valor jurídico” e se torna sujeito de direito.

Para Marx as mercadorias possuem dois elementos essenciais: são, ao mesmo tempo, produtos úteis e veículo de valor. Um produto como o “ferro” é um produto natural (matéria prima encontrada na natureza) e não pode ser considerado mercadoria até que seja aplicado “valor” (fetiche) sobre ele:

Mercadorias vêm ao mundo sob a forma de valores de uso, de objetos materiais, como ferro, linho, trigo etc. É a sua forma natural, prosaica. Todavia, só são mercadorias por sua duplicidade, por serem ao mesmo tempo objetos úteis e veículos de valor. Por isso, parenteiam-se como mercadorias, assumem a feição de mercadoria, apenas na medida em que possuam dupla forma, aquela forma natural e a de valor¹⁶⁶.

Marx estabelece, ainda, dois polos de expressão do valor: forma relativa de valor e forma de equivalentes. A equivalência ocorre quando, durante uma análise de equiparação, encontra-se uma mercadoria que corresponda a certa quantidade de outra mercadoria. Exemplo dado por Marx é do linho e o casaco:

Naturalmente a expressão 20 metros de linho= 1 casaco, ou 20 metros de linho valem 1 casaco, compreende, também, a relação inversa, 1 casaco= 20 metros de linho, ou 1 casaco vale 20 metros de linho. Mas, aí, tenho de inverter a equação, para exprimir relativamente o valor do casaco; e, ao fazer isso, o equivalente passa a ser o linho e não o casaco. Na mesma expressão do valor, a mesma mercadoria não pode aparecer, ao mesmo tempo, sob as duas formas. Elas se repelem polarmente¹⁶⁷.

É o trabalho humano medido pelo tempo que gera o valor aplicado à mercadoria. Assim, o trabalho humano é responsável por criar o valor, mas não é ele o “valor” em si¹⁶⁸. Dessa maneira, ao equiparar o linho ao casaco tem-se a quantidade de trabalho empregado para a conformação da mercadoria.

O valor relativo, por outro lado, ocorre quando uma mercadoria (A) tem seu valor expresso por meio de outra mercadoria (B). No exemplo dado: o linho tem seu valor expresso por meio do casaco.

Valendo-se dessa compreensão, Pachukanis traça equiparação entre a forma da mercadoria e a forma jurídica da categoria sujeito de direito: o homem apenas pode ser considerado sujeito de direito a partir da duplicidade: seu caráter natural e aplicação do “valor” de sujeito de direito.

Esse “valor de sujeito de direito” será, aqui, denominado “valor jurídico”. Os dois valores essenciais aplicados sobre o homem, para a teoria Pachukaniana são a liberdade e a igualdade perante a lei.

É fundamental ressaltar que esses “valores jurídicos” são abstrações criadas pela teoria geral do direito enquanto características inatas ao homem, ou seja, o discurso jurídico

¹⁶⁶MARX. **K.O Capital**: Crítica da Economia Política. t. I.33. ed. Reginaldo Sant’Anna (Trad.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 69.

¹⁶⁷MARX. **K.O Capital**: Crítica da Economia Política. t. I.33. ed. Reginaldo Sant’Anna (Trad.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 71.

¹⁶⁸MARX. **K.O Capital**: Crítica da Economia Política. t. I.33. ed. Reginaldo Sant’Anna (Trad.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 73.

propagandeia a atemporalidade e universalidade dos valores jurídicos. Como dito, as análises marxistas vão, por outro lado, compreender os valores jurídicos a partir de um contexto histórico materialista.

No capítulo que trata sobre violação de direito, Pachukanis faz importante reflexão quanto ao estabelecimento da pena a partir dos elementos dolo, culpa e inimizabilidade. No processo penal, ao verificar o grau de culpabilidade do agente, o juiz definirá com qual quantidade de tempo o sentenciado irá pagar pelo crime cometido.

Utilizando o conceito de “valor de equivalentes” da mercadoria, Pachukanis afirma existir proporção entre “culpa” e pena que se justifica com o argumento de “reparação equivalente”¹⁶⁹ do injusto causado pelo agente. Nesse sentido uma quantidade de pena (A) equivale a determinada quantidade de culpa (B).

Conclui, então, o autor, que o processo de punição dos indivíduos segue a mesma lógica produtiva mercantil: dada quantidade de linho equivale a um casaco. No entanto, o sujeito criminalizado paga pelo dano causado com o “tempo”, podendo concluir, portanto, que o tempo é a moeda do sistema criminal.

Ademais, lembrando os estudos feitos por Rusche e Krcheimer, segundo a qual apenas a partir do modo de produção capitalista as prisões passaram a ser utilizadas como meio punitivo, é possível afirmar que a aplicação desta lógica contratual de aprisionamento humano como meio de equivalência ao dano causado é própria do sistema capitalista.

6.2.1. SUJEITO DE DIREITO LIVRE E IGUAL E O VALOR JURÍDICO CRIMINAL

Valendo-se o método comparativo de análise, é possível afirmar que um sujeito de direito possuidor de liberdade (teoricamente) poderia escolher livremente cometer ou não cometer um delito. Caso a escolha fosse positiva, a igualdade perante a lei configuraria obrigatoriedade na aplicação de uma sanção penal anteriormente determinada pela norma.

Quanto à liberdade de ação dos indivíduos, não será proposto, aqui, estudo aprofundado, visto que o paradigma etiológico da criminologia (já superado) se debruçou largamente na busca pelas causas do crime, seja por um suposto caráter determinante ou por livre escolha do agente. Por outro lado, a criminologia da reação social, por meio de diversos estudos, tem apontado a ausência de “igualdade” na aplicação da lei penal no processo de criminalização.

¹⁶⁹Idem, p. 177.

Para Zaffaroni o “sistema penal não atua de acordo com a legalidade”¹⁷⁰, ou seja, não cumpre a função programada. A própria estrutura deste sistema impossibilita o respeito à legalidade, inclusive no âmbito formal¹⁷¹. Nesse sentido o autor aponta a distinção existente entre o discurso jurídico-penal e a realidade fática de aplicação da norma incriminadora. Assim, o discurso jurídico-penal é compreendido como ilegítimo e falso, baseado na programação normativa que não reflete a realidade. A diferenciação entre a norma programada e a realidade da aplicação é evidente nos países marginalizados, inclusive no contexto da América Latina.

Há, portanto, irracionalidade no discurso jurídico-penal, diante da falta de coerência interna entre normas do ordenamento jurídico e as leis penais, além de, como já dito, não existir real aplicação do conteúdo normativo programado. É nesse contexto que a seletividade do sistema se opera de maneira extremamente evidente, afirma Zaffaroni:

Em síntese, e levando-se em conta a programação legal, deve-se concluir que o poder configurador ou positivo do sistema penal (o que cumpre a função de disciplinarismo verticalizante) e é exercido a margem da legalidade, de forma arbitrariamente seletiva, porque a própria lei assim planifica e por que o órgão legislativo deixa fora do discurso jurídico-penal amplíssimo âmbitos de controle social punitivo¹⁷².

Em verdade as agências reguladoras agem, em todas as fases do processo de criminalização, de modo seletivo e desigual. De acordo com Zaffaroni, a criminalização do indivíduo se dá em dois momentos: (1) a primeira diz respeito à criação normativa de tipo penal que incrimina uma ação humana ou permite a punição de pessoas (criminalização primária). De acordo com este autor a quantidade de condutas criminalizadas são extensas que nunca houve real pretensão de punir todas as ações enquadradas enquanto crime. (2) O segundo momento da criminalização (criminalização secundária), refere-se à ação de agentes estatais ao detectar suposta subsunção entre a ação humana e o tipo penal em questão (criminalização secundária). Assim a criminalização secundária se dá desde a seletiva abordagem policial, até a finalização do processo judicial a partir da sentença penal condenatória transitada em julgado¹⁷³.

O terceiro momento da criminalização, desenvolvido a partir dos estudos em torno do *labelling approach*, tratam dos efeitos negativos gerados pelo contato do indivíduo

¹⁷⁰ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema jurídico-penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 21.

¹⁷¹ Idem, p. 26.

¹⁷² Idem, p. 25.

¹⁷³ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N. **Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

criminalizado para com as agências criminalizantes, dos quais se incluem a execução da pena privativa de liberdade¹⁷⁴

Assim, apesar da concepção abstrata de liberdade que possui todo sujeito de direito, bem como a ideia de igualdade perante a lei, é possível afirmar que estes dois elementos não se verificam na praxe.

Por outro lado, no processo de criminalização, são aplicados sobre os sujeitos de direito um “valor jurídico criminal¹⁷⁵” a partir de diversos elementos dos quais se incluem, a formulação normativa, o racimo e as desigualdades econômicas.

A norma penal (primeira etapa do processo de criminalização) tem a função primordial de dar sentido jurídico criminal a uma ação humana isolada. Se tomarmos como exemplo o crime de aborto, é possível afirmar que antes da tipificação deste crime, a ação de uma mulher que, voluntariamente, interrompe uma gravidez nada teria de “jurídico”. O tipo penal que descreve o aborto induzido é uma norma abstrata que pode, ou não, ter aplicação prática. No entanto, a criminalização, como demonstrado, dependerá de outros elementos que compõe a segunda e a terceira etapa.

Desta forma, a norma penal, apesar de concreta, é criada a partir de abstrações (valores considerados pelo legislador no momento da tipificação). Assim, a criação normativa é o primeiro elemento a ser aplicado na forma de valor que aqui se denomina valor jurídico criminal.

Outro elemento aplicado ao valor jurídico criminal em todos os momentos do processo de criminalização é o racismo. O professor Silvio Almeida diferencia três formas pelas quais o racismo se apresenta: concepção individualista, institucional e estrutural. O racismo em seu aspecto individualista se refere a manifestações racistas exercidas isoladamente ou em grupo. Silvio Almeida critica esse tipo de concepção por seu caráter limitado, visto que observa apenas aspectos comportamentais individuais¹⁷⁶.

A concepção institucional, por outro lado, analisa o racismo enquanto resultado do funcionamento das instituições, das quais se incluem o Estado. Por meio dessas instituições há a imposição de regras e padrões racistas utilizadas para fins de controle e manutenção de

¹⁷⁴ARAÚJO, Fernanda Carolina de. **A teoria criminológica do labelling approach e as medidas socioeducativas**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em : < https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-06072011-111256/publico/fernanda_final_em_PDF.pdf>. Acesso em: 20 de nov. de 2019. p. 127.

¹⁷⁵ Definição que se assemelha à dada por Pachukanis para “valor de sujeito de direito”.

¹⁷⁶ALMEIDA, S. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. p. 37.

privilégios raciais concedidos às pessoas brancas¹⁷⁷. Por fim, acerca da concepção de racismo enquanto estrutural afirma: “o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo “normal” com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural”¹⁷⁸.

É a partir da concepção de racismo enquanto estrutural e conformador da sociedade resultante de processo histórico que esta análise se baseia. Como visto, desde o período colonial até os dias hodiernos a política criminal foi, fundamentalmente, baseada em ações eugenistas-racistas com finalidade de controle e exploração do povo negro. A questão racial está, estruturalmente, na conformação do “valor jurídico criminal” aplicado no processo de criminalização. Em primeiro lugar no momento da formulação normativa, depois pelas agências estatais (desde a abordagem policial nas ruas até a condenação criminal por parte do juiz togado) e, por fim, no momento da execução da pena (tratamento dado aos presos).

Ao lado das questões raciais, tem-se, ainda, a desigualdade social enquanto elemento a ser aplicado ao “valor jurídico criminal” por meio da seletividade do sistema. Assim como já analisado, o sistema carcerário, desde sua origem, cumpriu função de controle dos corpos considerados indesejáveis, ou seja, a massa de trabalhadores expulsos das terras feudais que não foram inseridos no mercado de trabalho e perambulavam nos centros urbanos.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de junho de 2017, no Brasil, cerca de 51,3% dos presos não completaram o ensino fundamental e apenas 0,5% possuía ensino superior completo. A taxa de escolaridade pode ser considerada um indicador de renda populacional, ou seja, quanto menor o grau de escolaridade, menor é a renda deste grupo. Ademais, de acordo com dados do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), em 2018 menos de 10%¹⁷⁹ das famílias dos presos recebiam auxílio reclusão, o que demonstra que cerca de 90% da população carcerária não possuía trabalho formal e não eram contribuintes do INSS antes de adentrar no sistema carcerário. Esse é outro indicador de baixa renda dos indivíduos que cumprem pena restritiva de liberdade no Brasil.

Muitos outros elementos podem ser aplicados sobre o valor jurídico criminal no momento da criminalização dos sujeitos de direito, no entanto, percebendo as limitações deste

¹⁷⁷ Idem, p. 39.

¹⁷⁸ Idem, p. 50.

¹⁷⁹ SUDRÉ, L. **Alvo de mentiras, auxílio-reclusão sofre mudanças e põe famílias em risco**. 23 jan. 2019. Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2019/01/23/atacado-por-mentiras-auxilio-reclusao-sofre-mudancas-e-poe-familias-em-risco/>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

trabalho em abordar outros possíveis elementos, deverá ser levado em consideração, essencialmente, os três já apresentados: a norma, o racismo e os aspectos econômicos.

6.3. MERCADORIA, SUJEITO DE DIREITO E CRIMINOSO

Traçando espelho interpretativo com o conceito de sujeito de direito elaborado por Pachukanis, bem como a definição de mercadoria marxista, é possível afirmar que a figura do criminoso surge a partir da duplicidade: ação de um sujeito de direito (elemento natural) somado ao valor jurídico- penal.

Nesse sentido, assim como para Pachukanis o homem recebe o “valor jurídico” e ganha status de “sujeito de direito”, é possível afirmar que um homem que executa determinada ação apenas recebe o rótulo de “criminoso” após os valores jurídicos criminais (dos quais se incluem a tipificação normativa, o racismo e o valor econômico) agirem sobre ele.

Figura 1 – Quadro-Resumo

| | | |
|-------------|-------------------------|--------------------|
| PRODUTO | VALOR | MERCADORIA |
| HOMEM | VALOR JURÍDIO | SUJEITO DE DIREITO |
| AÇÃO HUMANA | VALOR JURÍDICO-CRIMINAL | CRIMINOSO |

Dito de outra maneira: uma ação humana isolada (em momento anterior à aplicação do valor jurídico criminal)¹⁸⁰, assemelha-se ao produto (de acordo com a elaboração de Marx) e ao homem (para a teoria de Pachukanis).

Nesse mesmo sentido, o valor jurídico criminal aplicado sobre a ação humana se assemelha ao “valor” marxista e ao “valor de sujeito de direito” para a teoria Pachukaniana. Por fim, seguindo o esquema interpretativo, a figura do criminoso se assemelha à mercadoria e à categoria de sujeito de direito.

Conclui-se, que, assim como, para Pachukanis, a forma do direito é a forma da mercadoria, o processo de criminalização se dá nos mesmos moldes e segue o mesmo raciocínio lógico.

Portanto, pelos motivos já apresentados, assim como o direito é próprio do sistema capitalista não sendo possível afirmar sua existência fora desse modo de produção, chega-se ao seguinte resultado: o processo de criminalização (como conhecemos hoje) apenas é realizável

¹⁸⁰ Não será tratado, no entanto, valor moral.

no modo de produção capitalista. A criminalização compõe, ao lado do direito, a superestrutura jurídica.

Para Pachukanis, no Feudalismo não existia incoerência entre o direito legislado (norma jurídica) e o direito aplicado cotidianamente (enquanto justificação social). Portanto, a forma de direito que conhecemos hoje (em opostos) é fruto da sociedade capitalista e da constituição do Estado Burguês.

Nesse mesmo sentido, a história revela que a criminalização nas sociedades pré-capitalistas se dava de maneira distinta quando comparado após o estado Burguês. Como se sabe o feudalismo constituía estrutura marcada por coesão social e utilizava o direito penal enquanto instrumento de preservação hierárquica e manutenção do controle dos servos, por parte dos senhores Feudais¹⁸¹. Além disso, o modo de punição dos violadores de direito era, em regra, distinto da prisão.

Como demonstrado, o direito encontra-se na superestrutura jurídica e é o elemento essencial para a proteção da propriedade privada, bem como para viabilizar trocas de mercadorias, permitir a produção capitalista e, em última análise, o controle e a manutenção do poder Estatal Burguês. Para Pachukanis, o direito penal, enquanto inserido na forma jurídica abstrata (em geral) é percebido como o fragmento capaz de substituir o todo, assumindo, portanto, o papel de representante do direito em geral¹⁸².

A própria ideia de Estado, como se conhece hoje, é elemento próprio do sistema capitalista. A figura do Estado tem centralidade na discussão em torno do processo de criminalização, isso porque o direito apenas existe quando vinculado a um poder centralizado e revestido de suposta neutralidade. Assim, apenas por meio do Estado é possível o estabelecimento de regramento normativo que determine o caráter criminal de uma conduta (tipificação normativa), bem como estabeleça regras processuais e possibilite a criação e manutenção das instituições penitenciárias.

Em se tratando das prisões a história revela que a partir da conformação do Estado burguês, as prisões se tornaram o principal meio punitivo o qual cumpriu (e ainda cumpre), junto ao processo de criminalização, a função de controle das classes subalternizadas. As ações humanas consideradas crimes também se modificaram para atender a demanda de controle própria do sistema capitalista.

¹⁸¹RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. op. cit., p. 24.

¹⁸² Idem, p. 167.

Os valores jurídicos criminais aplicados no processo de criminalização, conformam a política criminal aplicada em dado espaço e tempo o que demonstra o constante movimento dinâmico do direito.

Esta é a principal hipótese deste trabalho: sendo a forma da criminalização semelhante à forma da mercadoria, o processo de criminalização como conhecemos hoje, é fruto do sistema capitalista e age com o fito de manter o controle dos “indesejáveis” e preservar o *status quo*.

6.4. TRABALHO NO CÁRCERE E A RETIRADA DOS VALORES DE SUJEITO DE DIREITO: CRIAÇÃO DO CRIMINOSO ENQUANTO CATEGORIA JURÍDICA AUTÔNOMA

Após a aplicação do Valor Jurídico Criminal no processo de criminalização e a inserção do homem (agora criminoso) no interior do sistema carcerário, tem-se enquanto resultado a retirada dos dois valores jurídicos mais essenciais à categoria sujeito de direito: a liberdade e a igualdade. O trabalho no cárcere é o elemento que materializa tal proposição a partir da quebra de igualdade formal gerada por meio da Lei de Execução Penal.

Sob a perspectiva do processo penal, é a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que o homem (enquanto elemento natural) tem seus status de sujeito de direito suprimido e recebe a roupagem de “nova” categoria jurídica: o rótulo de criminoso. No entanto, a análise proposta por este trabalho se restringe aos casos em que se aplica a pena de prisão enquanto meio punitivo.

Utilizando a teorização elaborada pela criminologia, principalmente a partir de Zaffaroni, é possível identificar a fundamental função cumprida pelo Estado (figura criada pelo sistema capitalista) nesse escopo: inicialmente por meio do poder legislativo, agindo na primeira fase do processo de criminalização; em segundo momento por meio das agências estatais desde as abordagens seletivas nas ruas feitas por policiais, posteriormente a investigação criminal, processo judicial e sentença elaborada por juiz togado; por fim, a terceira fase se materializa por meio da execução penal, também realizada pela figura do Estado.

A concretização final do processo de criminalização, nos moldes próprios do sistema capitalista, se dá exatamente a partir da execução penal e inserção do homem (anteriormente sujeito de direito) no cárcere. A partir desse momento é que se verifica, como será demonstrado, a retirada dos dois elementos que, ainda que abstratos, qualificam o homem enquanto sujeito de direito.

A supressão da liberdade, por óbvio, é o elemento mais facilmente verificável. A própria essência da prisão, instituição de sequestro¹⁸³, objetiva o aprisionamento do indivíduo por meio da retirada da ação natural do homem de livre locomoção. Dentro do sistema carcerário os homens e mulheres criminalizados não podem exercer atividades próprias da vida civil que, como demonstrado anteriormente, tem sua expressão máxima nas relações contratuais privadas.

A quebra da igualdade se evidencia, principalmente, com a retiradas de direitos comuns aos demais sujeitos que estão em fora do cárcere, a começar pela própria liberdade de ir vir.

Ademais, a condição de cidadão, dos quais se incluem os direitos civis e políticos, é suprimido (ainda que temporariamente) pela Constituição Federal quando os sujeitos passam a cumprir pena. O artigo 15, inciso III suspende, enquanto durar os efeitos da condenação, os direitos políticos dos sujeitos criminalizados¹⁸⁴. Trata-se, portanto, de exceção que rompe com o princípio da igualdade formal.

No Brasil a materialização real da quebra da igualdade perante a lei, no entanto, ocorre por meio da inaplicabilidade da CLT para os presos que estão inseridos em precários trabalhos no interior dos estabelecimentos penais. Conforme exposto no capítulo referente ao trabalho no cárcere à luz da criminologia crítica, a Lei de Execução Penal em vigor no país prevê, sem justificativa, o regime de trabalho distinto para os presos. Essa lei possibilita, ainda, o pagamento de proventos em até 3/4 (três quartos) do salário mínimo vigente no país.

Nesse escopo, a igualdade formalmente consagrada na Constituição Federal e elemento essencial para o pleno exercício da vida civil na sociedade capitalista mercantil, tem sua aplicação rompida pelo próprio ordenamento jurídico o que possibilita, por consequência, a verificação da supressão do status de sujeito de direito dos indivíduos submetidos ao sistema prisional.

A ausência de aplicação de lei trabalhistas para os trabalhadores inseridos nos estabelecimentos prisionais, em verdade, trata-se de elemento que evidencia tão proposição e possibilita melhor compreensão da criminalização gerada.

O resultado do processo de criminalização é, portanto, a criação de uma categoria jurídica autônoma, regida por normas especiais e ausente os dois elementos que compõem, para Pachuakanis, o valor de sujeito de direito, quais sejam liberdade e igualdade. Tem-se, assim, a criação da categoria jurídica do criminoso.

¹⁸³ FOUCAULT, M. **Microfísica do Poder**. 28. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

¹⁸⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 27nov. 2019.

Os indivíduos criminalizados e inseridos no sistema carcerário perdem os valores jurídicos fundamentais e, assim, perdem o caráter de sujeitos de direito e se tornam, perante o Estado que o tutela, uma categoria jurídica autônoma: o criminoso.

Como visto diante da análise histórica da conformação do sistema prisional no Brasil, a criminalização se dá, basicamente, a partir de contexto classista e racista que determina o modo de aplicação das normas e da política criminal como um todo.

Os presídios deste país continuam repletos de homens e mulheres negros e de baixa renda demonstrando que a política racista desenvolvida desde os tempos da escravidão colonial tem gerado os resultados pretendidos.

O dito “criminoso” recebe etiquetamento que, em geral, se estende após a saída do cárcere. O tratamento desigual naturalizado e justificado ideologicamente pela construção da figura do homem perigoso demonstra a retirada de parte de sua identidade pessoal e construção da categoria jurídica do sujeito criminoso.

Como consequência deste processo, os “criminosos” que conseguem finalizar o cumprimento da pena são comumente conduzidos a trabalhos precários e mal pagos ou novamente levados à prática de novos delitos gerando ciclo constante de retorno ao sistema carcerário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise de Evguiéni Pachukanis frente aos conceitos jurídicos fundamentais abstratos (norma jurídica, relação jurídica e sujeito de direito) e a elaboração proposta por esse autor em torno das categorias jurídicas constituem os pressupostos basilares da análise proposta.

Por esse motivo é que, antes de tratar especificamente da questão central, este trabalho se debruçou, com a profundidade que lhe foi possível, na teorização proposta pelo autor Marxista principalmente em torno do conceito de direito, o papel assumido pelo Estado Moderno frente no modo de produção capitalista, o conceito de Sujeito de Direito, Relação Jurídica, Norma e, de maneira específica, o tratamento dado à Violação de Direito.

Como dito, a forma do direito é a forma da mercadoria não sendo possível encontrar este fenômeno dissociado do capitalismo. Nesse diapasão a figura do Estado surge enquanto uma das formas de organização política que, assim como o direito, apenas pode ser compreendido enquanto fenômeno histórico onde, de acordo com Alaôr Caffé Alves se caracteriza pela separação entre o poder econômico e o poder político permitindo a caricatura de neutralidade. A aplicação do direito apenas é possível por meio do Estado. Para Pachukanis, o desenvolvimento do Estado de direito ocorre de maneira paralela ao desenvolvimento do sistema econômico capitalista.

Sinteticamente: O Estado, por meio da aplicação do direito¹⁸⁵, é o ente capaz de “garantir” a “paz” necessária para que as trocas mercantis ocorram. É por esse motivo que o Estado, assim como o direito, é fruto do modo de produção capitalista.

O sujeito de direito, nesse sentido, surge como a concepção abstrata concedida ao homem por meio da aplicação dos valores de sujeito de direito expressos por meio da liberdade e da igualdade. Esses dois elementos permitem que o sujeito de direito possa ir ao mercado de trocas vender sua força de trabalho e produzir mercadorias. Ademais, teoricamente, essa mesma liberdade permite que o homem “decida” cometer crimes e se determine de acordo com esse entendimento. A função do Estado, após a concretização da ação delituosa será fazer uso do poder punitivo, com base na igualdade perante a lei.

A história das prisões permitiu compreender que esse modelo punitivo não esteve presente em todas as formas de organização social. Nas sociedades pré-capitalistas as prisões possuíam função meramente processual sendo, ao fim do processo, aplicada pena de multa ou, quando não houvesse condições de realização desses pagamentos, as penas eram convertidas

¹⁸⁵ Inclui-se, aqui, a separação de poder elegida pela Constituição Federal e as agências estatais que, de modo geral, são criadas pelo direito e, ao mesmo tempo, submetidas a este.

em mutilações e aplicação de violência corpórea. Apenas com a criação burguesa do Estado e o desenvolvimento do capitalismo é que as prisões se tornaram fundamentalmente o modo punitivo mais usual.

No Brasil, a primeira forma de encarceramento humano se deu no contexto colonial a partir do tráfico de pessoas negras vindas de África, a função do cárcere, nesse contexto, era manter a posse e propriedade dos negros escravizados. Posteriormente, principalmente a partir do código penal de 1830, a política criminal passou a ser utilizada enquanto meio de controle do povo negro liberto estendendo sua aplicação aos ainda escravizados. A construção ideológica da figura do homem negro como perigoso e cruel (o inimigo) foi parte da política de branqueamento e extermínio populacional. Esse é o contexto histórico pelo qual o processo de criminalização se constituiu no Brasil.

O trabalho no cárcere, à luz da criminologia crítica, deve ser percebido, enquanto uma das formas de disciplina aplicadas aos corpos dos indivíduos inseridos neste sistema, além da visível exploração da mão de obra mais barata sendo suprimidos os direitos trabalhistas e, portanto, promovendo a quebra no princípio da igualdade (teoricamente concedida aos presos). As constatações alcançadas por este estudo referente ao trabalho no cárcere são fundamentais para vislumbrar o objeto principal: o processo de criminalização no modelo de produção capitalista.

Por fim, a partir do caminho percorrido, encontra-se a hipótese central proposta: o processo de criminalização do indivíduo proposto, inclusive pela criminologia crítica é próprio do sistema capitalista, isso porque a forma da criminalização se assemelha não só a forma do direito, mas, também, a forma da mercadoria.

Assim como o produto, ao ser inserido no mercado, recebe valor e se torna mercadoria, um homem ao agir livremente, dentro do sistema normativo Estatal, caso receba um valor jurídico criminal se torna criminoso.

Desta maneira, o sujeito criminalizado (tido como criminoso) inserido no sistema carcerário, deve ser compreendido enquanto categoria jurídica autônoma diante da retirada dos dois elementos fundamentais aplicados enquanto “valor jurídico”: a liberdade e a igualdade (principalmente a partir da análise do trabalho no cárcere).

É possível afirmar, portanto, que a figura do criminoso pode ser compreendida enquanto categoria jurídica abstrata autônoma e criada pelo sistema capitalista por meio do processo de criminalização.

A dinâmica da história, no entanto, inviabiliza conclusões eternas. É papel de todo estudioso, do qual se inclui o jurista, manter-se em constante análise histórica dos fenômenos a fim de possibilitar real percepção da realidade material.

Por fim, vale ressaltar a necessidade de estudos que proponham mudança no modo de exame dos fenômenos jurídicos. As teorias que objetivam encontrar um lugar comum de regulamentação aplicável a qualquer sociedade e período histórico estão fadadas a permanecer no campo puramente verbal das abstrações exatamente pelo distanciamento para com a realidade fática.

Como bem preconiza Karl Marx: se houvesse coincidência entre a forma como os fenômenos se manifestam e a própria “essência” das coisas, a ciência possuiria local de menor importância. Sendo esta “coincidência” utópica, as ciências sociais assumem local de extrema relevância.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, M. **A Nova Segregação: Racismo e Encarceramento em Massa**. São Paulo: Boitempo, 2017.
- ALMEIDA, S. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.
- ALVES, A. C. **Estado e Ideologia: Aparência e Realidade**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.
- ANITUA, G. I. **Histórias dos Pensamentos Criminológicos**. Sérgio Lamarão (Trad.). Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2008.
- ARAUJO, Fernanda Carolina de. **A teoria criminológica do labelling approach e as medidas socioeducativas**. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-06072011-111256/publico/fernanda_final_em_PDF.pdf>. Acesso em: 20 de nov. de 2019. p. 127.
- BAQUEIRO, F. R. L. **Execução Penal e o Mito da Ressocialização: Disfunções da Pena Privativa de Liberdade**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.
- BAQUEIRO, F. R. L. **Da necessidade da declaração e respeito aos direitos trabalhistas dos presos e o papel do Ministério Público do Trabalho no combate a exploração da mão-de-obra carcerária**. 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/fernanda_ravazzano_lopes_baqueiro.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2019.
- BARATTA, A. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução a sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2002.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 27 nov. 2019.
- BRASIL. **Decreto Lei nº 847, de 11 de outubro 1890**. Revogado pelo Decreto nº 11, de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em: 22 nov. 2019.
- BRASIL.DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN**. Junho de 2017. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados do Brasil**. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Lei de Execução Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 21 nov. 2019.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**, 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BOBBIO, N. **O Positivismo jurídico:** Lições de Filosofia do Direito. Márcio Pugliesi; Edson Hino e Carlos E. Rodrigues (Trad. e notas). São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, N. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Maria Celeste C.J Santos (Trad.); Claudio De Chicco (Ver. técnica); Tércio Sampaio Ferraz Júnior (Apres.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

DAVIS, A. **Estarão as Prisões Obsoletas?** 3. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019.

FLAUZINA, A. L. P. **Corpo Negro Caído no Chão:** O sistema Penal e o projeto genocida do Estado Brasileiro. 2. ed. Brasília: Brado Negro, 2017.

FOUCAULT, M. **Microfísica do Poder**. 28. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir:** Nascimento da Prisão. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

FREDERICO, Celso. **O jovem Marx: 1843-1844: As Origens da Ontologia do Ser Social**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

GRUBBA, L.; RODRIGUES, H. O tridimensionalismo de Reale e a cientificidade do Direito. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 5(1): 48-64. jan.-jun., 2013.

HUBERMAN, L. **História da Riqueza do Homem:** Do Feudalismo ao Século XXI. 22. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LENIN, V. I. **O Estado e a Revolução**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

LUZ, Vladimir de Carvalho. **Neopositivismo e Teoria Pura do Direito: Notas Sobre a Influência do Verificacionismo Lógico no Pensamento de Hans Kelsen.** Revista Sequência, Florianópolis, n.º 47, p. 11-31, dez. de 2003. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15276/13880>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

LYRA FILHO, R. **O que é Direito.** São Paulo: Brasiliense, 17ª ed. 2003.

MACHADO NETO, A. L. **Compendio de Introdução a Ciência do Direito**. 6. ed. 1988.

MARCILIO, M. L. **A população do Brasil Colonial- América Latina Colonial**. v. II. Org. Leslie Bethell. Trad. Mary Amazonas Leite de Barros e Magda Lopes. 1. ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo; Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2004.

MARX, K. **Manuscritos, Economia y Filosofía**. 11. ed. Madri: Editorial Alianza, 1985.

MARX, K. **O Capital**: Crítica da Economia Política. t. I.33. ed. Reginaldo Sant'Anna (Trad.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

MARX, K. **O capital**: crítica a economia política. t. II. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe (Trad.). São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**.3. ed. Edmilson Costa (Trad e notas). São Paulo: EDIPRO, 2015.

MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere e Fábrica**: As origens do Sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2010.

MIR, Luís. **Guerra civil: estado e trauma**. São Paulo: Geração Editorial, 2004.

NAVES, Márcio B. **Marxismo e Direito**. São Paulo: Boitempo, 2008.

PABLOS DE MOLINA, A. G.; GOMES, L. F. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACHUKANIS, Evguiéni. **Teoria do direito e Marxismo**. Paula Vaz (Trad). São Paulo: Boitempo, 2017.

PAVARINI, M. **Control y Dominación**: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002.

RUSCHE, G. KIRCHHEIMER, O. **Punição e Estrutura Social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2004.

SCHWARCZ, L. M; STARLING, H. **Brasil**: Uma Biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SUDRÉ, L. **Alvo de mentiras, auxílio-reclusão sofre mudanças e põe famílias em risco**. 23 jan. 2019. Direitos Humanos. Disponível em:<<https://www.brasildefato.com.br/2019/01/23/atacado-por-mentiras-auxilio-reclusao-sofre-mudancas-e-poe-familias-em-risco/>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema jurídico-penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N. **Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2011.