



Bráulio da Silva Fernandes

**A influência da propriedade privada na construção da norma
jurídica penal: uma perspectiva crítica abolicionista**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção de grau de Mestre em Direito pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito do
Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientador: Francisco de Guimaraens

Rio de Janeiro,
março de 2022



Bráulio da Silva Fernandes

**A influência da propriedade privada na construção da norma
jurídica penal: uma perspectiva crítica abolicionista**

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção de grau de Mestre em Direito pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito do
Departamento de Direito da PUC-Rio.

Prof. Francisco de Guimaraens

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. João Ricardo Wanderley Dornelles

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Victória-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki

Departamento de Direito – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 21 de março de 2022

Todos os direitos reservados. A reprodução total ou parcial do trabalho, é proibido sem a autorização da universidade, do autor e do orientador.

Bráulio da Silva Fernandes

Graduou-se em Direito pela Fundação Presidente Antônio Carlos (2018). Concluiu a pós-graduação em Ciências Penais pela FUPAC/UBÁ (2020), além de exercer advocacia criminal no escritório Fernandes e Dias desde o começo de 2019, com destaque no Tribunal do Júri.

Ficha Catalográfica

Fernandes, Bráulio da Silva

A influência da propriedade privada na construção da norma jurídica penal : uma perspectiva crítica abolicionista / Bráulio da Silva Fernandes ; orientador: Francisco de Guimaraens. – 2022.

103 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2022.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Capitalismo. 3. Norma jurídica. 4. Prisão. 5. Desigualdade. 6. Abolição. I. Guimaraens, Francisco de. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Agradecimentos

Primeiramente, agradeço a Deus, por sempre me dar forças para continuar, mesmo quando parece não ser possível, dando-me disposição, persistência e, também, humildade para que pudesse concluir o mestrado, que, por anos, foi algo tão desejado por mim.

À minha mãe, Ana Maria da Silva Fernandes, por todo apoio dirigido, desde o começo da graduação em direito, passando pela pós-graduação em ciências penais e, agora, pela conclusão do mestrado. Ela, que se fazia presente no primeiro ano deste percurso, concedia-me condições para focar em meu objetivo, mas que, neste momento, já não está mais entre nós para festejar a conquista. Você, por ter sido a pessoa mais importante da minha vida, sempre estará presente em meus pensamentos.

Ao meu pai, por todo apoio e fortalecimento durante esses dois anos de pós-graduação.

Ao meu irmão, Bruno, por toda força destinada, com palavras de apoio, sempre mostrando que estava ao meu lado.

À minha companheira, Cássia, por acreditar, torcer, contribuir e, principalmente, por me permitir ser pai do Miguel (que está por vir), dando-me mais alegria e força neste final para continuar trilhando o meu caminho.

Ao meu parceiro de defesa, Romário, por sempre se fazer presente nos momentos em que mais precisei, fornecendo-me todo suporte necessário para continuar com o mestrado.

Ao meu orientador, Francisco, pelos ensinamentos durante a orientação.

À coordenadora do curso de direito, Patrícia, e aos alunos da Fundação Presidente Antônio Carlos de Ubá (onde comecei a carreira de professor em 2021), por permitir realizar o meu maior sonho que, desde a graduação, sempre foi lecionar.

Por fim, agradeço a todos os professores que se doaram e contribuíram para a minha formação.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

Resumo

Fernandes, Bráulio da Silva; Guimaraens, Francisco de; **A influência da propriedade privada na construção da norma jurídica penal: uma perspectiva crítica abolicionista**. Rio de Janeiro, 2022, 113p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A presente pesquisa traz como proposta a investigação da propriedade privada no que tange à construção da norma jurídica, em especial, em relação à norma jurídica criminal. Nesse sentido, visando elaborar o trabalho da melhor forma possível, estabeleceu-se a seguinte situação-problema: com a finalidade de se contrapor à legalidade capitalista, na seara penal, é possível apoiar-se em uma proposta abolicionista no que diz respeito aos delitos contra o patrimônio (sem violência ou grave ameaça à pessoa)? Como hipótese fixada pela dissertação, logo após a construção da criação e naturalização da propriedade em Locke e na revolução francesa, além de apresentar os problemas encontrados no nascimento da prisão (sob a ótica de Foucault), busca-se, portanto, examinar se a criminalização dos crimes contra o patrimônio (sem violência ou grave ameaça) estabelecem uma relação direta de desigualdade perante o sistema capitalista, propondo, a partir da referida análise, uma possível abolição desses delitos da esfera penal, uma vez que tais criminalizações representam o interesse apenas de uma classe (dominante) sobre uma classe subalterna, a qual não possui acesso à propriedade privada de maneira cômoda e natural. Para tal, realizou-se pesquisa bibliográfica e documental, a partir das obras relacionadas ao tema, além de se valer de gráficos com a finalidade de demonstrar os problemas da prisão na contemporaneidade.

Palavras-chave

Capitalismo; norma jurídica; prisão; desigualdade; abolição.

Abstract

Fernandes, Bráulio da Silva; Guimareas, Francisco de. **The influence of private property in the construction of the legal norm: an abolitionist proposal about crimes against property.** Rio de Janeiro, 2022, 113p. Master's Dissertation – Department of Law, Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro.

The present research proposes the investigation of private property regarding the construction of the legal norm, in particular, in relation to the criminal legal norm. In this sense, in order to elaborate the work in the best possible way, the following problem situation was established: in order to oppose capitalist legality, in the criminal field, it is possible to rely on an abolitionist proposal with regard to crimes against property (without violence or serious threat to the person)? As a hypothesis fixed by the dissertation, soon after the construction of the creation and naturalization of property in Locke and in the French Revolution, in addition to presenting the problems encountered in the birth of the prison (from the perspective of Foucault), it seeks, therefore, to examine whether the criminalization of crimes against property (without violence or serious threat) establish a direct relationship of inequality before the capitalist system, proposing, from the aforementioned analysis, a possible abolition of these crimes in the criminal sphere, since such criminalizations represent the only interest of a (dominant) class over a subaltern class, which does not have access to private property in a comfortable and natural way. To this end, bibliographic and documentary research was carried out, based on works related to the theme, in addition to using graphics in order to demonstrate the problems of prison in contemporary times.

Keywords

Capitalism; legal norm; prison; inequality; abolition.

Sumário

1. Introdução	8
2.A propriedade privada e os seus desdobramentos	12
2.1.A privatização da propriedade e o seu efeito nas revoluções Burguesas	12
2.2. Relação entre legalidade e capitalismo: a lei como objeto da Burguesia	20
2.3. Capitalismo periférico: o código penal brasileiro e a marca do autoritarismo	26
2.4. A desproporção entre a tutela do patrimônio e a pena restritiva de liberdade: o sistema penal e as suas preferências	34
2.5. A significância do patrimônio	40
3. A prisão e o controle de corpos no capitalismo	49
3.1. As táticas punitivas registradas por Foucault: uma análise das obras vigiar e punir e a sociedade punitiva	49
3.2. A prisão como instrumento da classe burguesa	56
3.3. As teorias legitimantes da pena	81
3.3.1 Teorias Absolutas ou Retributivas da Pena	82
3.3.2 Teorias Relativas ou Preventivas da Pena	83
3.3.3 A Prevenção Geral da Pena	84
3.3.4 A Prevenção Especial da Pena	85
3.3.5 Teoria mista, eclética ou unificadora da pena	86
4. Tendências e perspectivas do abolicionismo penal	88
4.1. O abolicionismo penal em Louk Huslman	93
4.2. Nils Christie e o abolicionismo penal	96
4.3 O abolicionismo em Pachukanis	100
5. Conclusão	106
6. Referências bibliográficas	111

Introdução

O presente trabalho encontra-se firmado na construção da norma jurídica contemporânea, com a finalidade de analisar a relação entre lei e capitalismo e, também, a relação entre código penal, capitalismo periférico e autoritarismo brasileiro. Nesse sentido, tendo por base a criação e a execução da norma jurídica do capital, que estabelece uma desigualdade latente em sua aplicação, a pesquisa buscará revelar quais são os mecanismos que fortalecem os anseios da classe dominante em detrimento de uma classe subalterna, para, ao final, lançar uma proposta abolicionista referente aos delitos patrimoniais.

Com base nisso, é interessante ressaltar que a propriedade privada ganha grande força a partir das revoluções burguesas, mais especificamente, no momento em que se instalam as revoluções inglesa (1640) e francesa (1789). Nesse contexto, pode-se afirmar que os discursos de liberdade e igualdade tomavam conta destes movimentos “revolucionários” e, assim, forjavam os anseios constituídos à época, momento em que a propriedade alcança grande destaque e deixa de ser modelada pelo regime feudal, passando, pelos ideais proclamados por determinada parcela da sociedade (burguesia), ao regime capitalista, com valores próprios direcionados sobre uma classe dominada. Para reforçar, Hobsbawn (2020, p. 114):

Entre 1789 e 1791, a vitoriosa burguesia moderada, atuando através do que tinha a esta altura se transformando em Assembleia Constituinte, tomou providências para a gigantesca racionalização e reforma da França, que era seu objetivo. A maioria dos empreendimentos institucionais duradouros da revolução data deste

período, assim como os seus mais extraordinários resultados internacionais, o sistema métrico e a emancipação pioneira dos judeus. Economicamente as perspectivas da Assembleia Constituinte eram inteiramente liberais: sua política em relação aos camponeses era o cerco das terras comuns e o incentivo aos empresários rurais; para a classe trabalhadora, a interdição dos sindicatos; para os pequenos artesãos, a abolição dos grêmios e corporações.

Busca-se, portanto, discutir, de maneira crítica, o discurso de legitimação da pena de prisão, além de investigar se a criminalização das condutas contra o patrimônio (sem violência ou grave ameaça) estabelece relação direta de desigualdade fortalecida pelo sistema capitalista, propondo, a partir dessa análise e visando à conclusão do tema, uma possível abolição desses delitos da esfera penal, uma vez que tais criminalizações representam o interesse apenas de uma classe dominante sobre uma classe subalterna, a qual não possui acesso à propriedade privada de uma maneira cômoda e natural.

Dessa forma, a partir da mencionada descrição, analisam-se as três possibilidades de se efetivar o abolicionismo penal (Hulsman, Christie e Pachukanis) e, assim, em sendo possível a sua aplicação em relação aos delitos contra o patrimônio, deve-se estabelecer a teoria que melhor se encaixe à proposta abolicionista.

Por essa direção, é de grande importância destacar que o presente trabalho tem por objetivo geral analisar e definir o interesse disposto na norma responsável pela criminalização dos delitos contra o patrimônio, estabelecendo uma relação clara e objetiva no que diz respeito à estrutura política/jurídica dominante, além de, em relação aos objetivos específicos, definir, com base no arcabouço teórico proposto, o real surgimento da propriedade privada; discutir, pela visão do autor Macpherson, a questão da propriedade privada em John Locke; investigar a relação entre norma jurídica e capitalismo instituída pela modernidade; explorar a conexão entre legalidade e capitalismo periférico brasileiro; a partir da análise realizada acerca da norma jurídica capitalista, propor a abolição dos delitos contra o patrimônio do código penal brasileiro (sem violência ou grave ameaça à pessoa).

Tendo em vista toda construção acerca do tema, o trabalho se pautou na seguinte situação-problema: com a finalidade de se contrapor à legalidade capitalista, na seara penal, é possível apoiar-se em uma teoria abolicionista de Pachukanis acerca dos delitos contra o patrimônio?

A metodologia da presente pesquisa será construída da seguinte maneira:

primeiro terá um caráter descritivo, oportunidade em que será desenvolvida uma revisão bibliográfica em relação à temática. Para tanto, utiliza-se da fonte secundária, buscando estabelecer os anseios da sociedade a partir da modernidade até hoje, além de se basear em uma análise crítica marxista, com base nos autores citados no tópico anterior (mais especificamente Pachukanis, Miaille e Mascaro). Nessa linha, a metodologia utilizada será dedutiva, com a finalidade de investigar quais os interesses calcados na criação da norma jurídica, com as revoluções burguesas, além de propor a abolição dos delitos contra o patrimônio (sem violência ou grave ameaça).

Para isso, no primeiro tópico da pesquisa, pela obra “O Calibã e a Bruxa”, de Silvia Federici, da obra “O Capital”, de Marx, e a obra de Engels (A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado), apresenta-se a privatização da propriedade, com a finalidade de discutir, com base nas citadas obras, o começo de todo acumulação capitalista, haja vista que a constituição da propriedade privada levou a grandes problemas que sucederam ao período denominado de cercamento de terras, oportunidade em que a busca pelo excesso se tornou notória, aproveitando dos corpos da classe dominada.

Ainda no primeiro capítulo, a dissertação irá explorar o movimento liberal, a partir da análise do pensamento de John Locke, onde será discutida o termo referente à naturalização da propriedade privada (perpassando e antecedendo a análise do autor liberal para entender a privatização da propriedade e, após, estabelecer a discussão acerca de sua constituição na revolução francesa), e, em um segundo tópico, deve-se discutir as características impostas pela sociedade dominante à norma produzida com a finalidade de resguardar os seus direitos¹, como previsto na obra Teoria do Direito e Marxismo, de Pachukanis, além de encontrar respaldo na Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro e, também, na obra Estado e Forma Política, ambas de autoria do professor Alysson Leandro Mascaro, fortalecendo-se, também, as características do capitalismo periférico brasileiro.

¹ Por que, no caso do direito, as coisas não se dão dessa mesmíssima forma? Pois ele mesmo é uma relação social que, em maior ou menor medida, pinta com suas cores ou transmite sua forma para outra relação social. Sem dúvida, jamais poderíamos abordar o problema com base naquela perspectiva se não nos guiássemos por uma concepção difusa de direito como uma forma em geral, tal qual a economia política vulgar, que não foi capaz de compreender a essência das relações capitalistas partindo do conceito de capital como “trabalho acumulado em geral” (PACHUKANIS, 2017, p. 92).

Por conta do primeiro capítulo, nota-se que o tema se dirige à discussão da criminalização dos delitos patrimoniais (sem violência ou grave ameaça à pessoa), previstos no código penal de 1940, com a finalidade de ratificar que a mencionada criminalização flerta, de maneira direta, com a desigualdade entre proprietários e não-proprietários e com a garantia da propriedade privada, previstas no texto constitucional. Portanto, deve-se ater aos mecanismos que prejudicam e/ou eliminam o acesso direto à propriedade privada por uma classe menos favorecida socialmente.

É nesse sentido que se busca entender a relação entre a superestrutura jurídica e a superestrutura política (capitalista), a qual estabelece normas com reflexos e desejos pré-constituídos, oportunidade em que a desigualdade de propriedade, em uma realidade em que uns possuem muito e outros nada possuem, torna-se um universo discrepante e de questionamentos frente ao princípio referente à igualdade formal constitucional.

Em relação ao segundo capítulo, houve a necessidade de destacar o modelo punitivo contemporâneo, que é a prisão. Há diversos pontos importantes para tratar acerca desta temática, mas um ponto sobressai: o seu nascimento. Analisa-se, neste momento, qual a justificativa para a expansão da prisão, estabelecendo se este modelo punitivo foi criado para fortalecer uma posição humanitária da pena ou se, na verdade, há um interesse maior calcado naquilo que denominam de virada punitiva.

No terceiro tópico da dissertação, far-se-á uma análise acerca do abolicionismo penal, apresentando os abolicionismos de Hulsman, Christie e o abolicionismo de Pachukanis no que diz respeito aos delitos contra o patrimônio, procurando firmar a análise em relação a esta última teoria abolicionista (do autor russo).

Em resumo, a pretensão do presente estudo é conceder ao leitor, pela visão dos mencionados autores, uma análise crítica sobre a propriedade enquanto direito e garantia da sociedade capitalista.

A propriedade privada e os seus desdobramentos

2.1.

A privatização da propriedade e o seu efeito nas revoluções burguesas

Antes de verificar a influência da propriedade privada na construção legislativa, faz-se necessário expor o momento em que tal fenômeno (propriedade) deixa de ser comunal (ou seja, de todos) e passa a ter cunho eminentemente privado. Embora haja divergências no que tange ao seu nascimento, não se pode perder de vista que a propriedade, conforme Assis (2008), nasce e se desenvolve a partir do próprio indivíduo, na passagem do sujeito selvagem para o sujeito sedentário, confundindo-se, mais especificamente, “quando a civilização assenta-se sobre determinados espaços físicos, retirando da terra seu sustento e valores” (Assis, 2008, p. 782).

Primeiramente, há a necessidade de salientar, com base em Federici (2017), que a grande expropriação de terras e bens ocorreu, por volta do século XVII, no continente americano, onde os espanhóis se apropriaram de cerca de um terço das terras denominadas comunais indígenas, pelo sistema conhecido de *encomienda*².

²Com as encomiendas (cujo significado é recomendar, delegar), os colonos espanhóis aperfeiçoaram o sistema de repartimento, conseguindo estabelecer acordos com os chefes tribais dos nativos e, a partir disso, aplicar a mão de obra tanto na extração de metais quanto em pequenas lavouras. Em troca, comprometiam-se a educar os nativos segundo os preceitos da religião católica.

Em relação à Europa, que também foi palco de grandes expropriações no século XV, com arrimo em Federici (2017, p. 134), pode-se esclarecer que a tomada da propriedade se deu da seguinte maneira:

Na Europa, a privatização da terra começou no final do século XV, coincidindo com a expansão colonial. Ela assumiu formas diferentes: despejo de inquilinos, aumento de aluguel e impostos elevados por parte do Estado, o que levou ao endividamento e à venda de terras. Defino todos esses processos como expropriação de terra, porque, mesmo quando a força não era usada, a perda da terra se dava contra a vontade do indivíduo ou da comunidade, solapando sua capacidade de subsistência. Duas formas de expropriação de terra devem ser mencionadas: a guerra – cujo caráter mudou nesse período, uma vez que passou a ser usada como meio para transformar arranjos territoriais e econômicos – e a reforma religiosa.

Como exposto, o sistema de cercamento de terras instalou-se com o intuito de privatizar a terra de todos. Além disso, impunha ônus à classe tida como subalterna na referida época, que, em um curto espaço de tempo, era obrigada a ceder a terra conquistada aos seus superiores. O procedimento denominado de cercamento de terra, ainda com amparo em Federici (2017), era um termo próprio utilizado por fazendeiros ricos, com a finalidade de acabar com o sistema comunal da terra, expandindo a propriedade dos dominantes³.

Tal prática (cercamentos de terra) perpetuou até o século XVIII. A justificativa para o ato de cercar estava calcada, para os modernizadores, na expansão agrícola, visto que “a terra estava esgotada e que, se tivesse permanecido nas mãos dos pobres, teria deixado de produzir (antecipando a “tragédia dos comuns” de Garrett Hardin), enquanto sua aquisição por parte dos ricos permitiu que a terra descansasse” (FEDERICI, 2017, p. 135). Justificativa um tanto quanto sem nexos, uma vez que a agricultura não teve a expansão colocada pelos donos de terra, não aumentando a disponibilidade dos alimentos direcionado às pessoas comuns, contrapondo-se à justificativa dos modernizadores⁴.

³ Cercar incluía também o fechamento das terras comunais e a demolição dos barracos dos camponeses que não tinham terra, mas podiam sobreviver graças a seus direitos consuetudinários. Grandes extensões de terra também foram cercadas para criar reservas de veados, ao passo que vilarejos inteiros foram derrubados para serem transformadas em pasto (FEDERICI, 2017, p. 134).

⁴ Para os trabalhadores, isso representou a instauração de dois séculos de fome, da mesma forma que, atualmente, mesmo nas áreas mais férteis da África, da Ásia e da América Latina, a desnutrição é endêmica, devido à destruição de posse comum da terra e da política de “exportação ou morte” imposta pelos programas de ajuste do Banco Mundial (FEDERICI, 2017, p. 136).

Nesse sentido, pode-se mencionar ainda a passagem do feudalismo para o sistema capitalista, oportunidade em que houve relação, de maneira direta, com o empobrecimento da população rural, mostrando-se como uma espécie de “testemunho da miséria produzida pela privatização da terra” (FEDERICI, 2017, p. 136).

Marx (2017, p. 787), em seu livro um sobre “O Capital”, discorreu sobre a acumulação primitiva:

Na história da acumulação primitiva, o que faz época são todos os revolucionamentos que servem de alavanca à classe capitalista em formação, mas, acima de tudo, os momentos em que grandes massas humanas são despojadas súbita e violentamente de seus meios de subsistência e lançadas no mercado de trabalho como proletários absolutamente livres. A expropriação de terra que antes pertencia ao produtor rural, ao camponês, constitui a base de todo o processo. Sua história assume tonalidades distintas nos diversos países e percorre as várias fases em sucessão diversa e em diferentes épocas históricas.

Além disso, por outro lado, ainda sem discutir a noção de propriedade dentro da modernidade (em Locke e após os ideais revolucionários franceses no século XVIII), pode-se mencionar a grande obra de Engels, a qual se relaciona com o nascimento da família, da propriedade privada e do Estado. Luciana Marcassa (texto online, p. 85), em apontamentos sobre a obra, trouxe importante definição acerca da obra de Engels:

Publicada em Zurique, em 1884, “A origem da família, da propriedade privada e do Estado” de Friedrich Engels é uma obra prima em matéria de Teoria da História, especialmente em relação à história antiga e à história das sociedades primitivas. Coerente com o método que lhe dá suporte, isto é, o materialismo histórico, que criara juntamente com Marx, Engels inaugura, já no século XIX, um debate sobre a história da família que ainda hoje se faz atual.

Assim, para o autor, a privatização da propriedade está atrelada à constituição da família monogâmica, para resguardar o direito à herança. Na monogamia, momento que se deu após a idealização da família sindiásmica (que foi o estágio de evolução para a família monogâmica), o predomínio passa a ser do homem, em uma relação diretamente patriarcal, onde predominava a economia doméstica comunista. A partir desse cenário, tem-se que a concentração de riqueza e o desejo de transmiti-la os bens aos seus (descendentes) foram consequências que levaram a sua privatização. Para Engels (2021, p. 79):

A primeira divisão do trabalho é a que se fez entre o homem e a mulher para a procriação dos filhos [...] O primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre homem e mulher na monogamia; e a primeira opressão de classes, com a opressão do sexo feminino pelo masculino. A monogamia foi um grande progresso histórico, mas, ao mesmo tempo, iniciou, juntamente com a escravidão e as riquezas privadas, aquele período, que dura até nossos dias, no qual cada progresso é simultaneamente um retrocesso relativo, e o bem-estar e o desenvolvimento de uns se verificam às custas da dor e da repressão de outros. É a forma celular da sociedade civilizada [...].

Pela análise descrita acima, oportunidade na qual foi realizada a exposição acerca da privatização da propriedade, passa-se ao estudo referente à propriedade como direito natural, a partir da ótica de John Locke (1632-1704). John Locke é conhecido, com base nos ideais defendidos no tratado do governo civil, como o “pai do liberalismo”, amparado pela teoria contratualista⁵. Locke reafirma a teoria do contrato social descrita em Hobbes, porém, opondo-se diretamente a este autor, entende que os homens não vivem de forma bárbara, ou seja, a frase de Hobbes explorando que “o homem é o lobo do próprio homem” não procede. Nesse sentido, em contraposição, Locke sacramenta seu entendimento de que a vida é pacífica e explicada pelo reconhecimento dos homens por serem livres e iguais.

Na sua obra, segundo tratado sobre o governo civil, o autor explora, com argumento típico liberal, a propriedade. Locke (2019, p. 43) reflete sobre a privatização da propriedade, quando reconhece que todo bem que sofre modificação pelo homem deve pertencer, a partir da relação de produção traçada entre o homem e a coisa, àquele que modificou e/ou agregou algo ao bem:

⁵ No se trata de que todos los intérpretes de la teoría política de Locke hayan descuidado su contenido social. Algunos notables autores modernos han inferido, a partir del lugar central que Locke asigna en su teoría a los derechos de propiedad, que toda la teoría del gobierno condicional y limitado era esencialmente una defensa de la propiedad. La visión del estado de Locke, como si en realidad fuera una sociedad anónima cuyos accionistas habrían de ser los propietarios, ha conseguido bastante aceptación. Ha sido la adoptada por Leslie Stephen, Vaughan, Laski y Tawney. Pero en esta visión hay una grave dificultad. Quiénes eran los miembros de la sociedad civil de Locke? Si solamente los propietarios eran miembros de ella, Cómo podía la sociedad civil obligar a todo el mundo? Como podía ser el contrato social una base adecuada para la obligación política de todos los hombres? Pues no hay duda alguna de que el objetivo del contrato social era encontrar la base de una obligación política vinculante para todos. He aquí una dificultad importante. Que destacados historiadores del pensamiento no la hayan visto como tal acaso se deba a que em muchos casos su interpretación seguía todavía la tradición constitucional; esa interpretación destacaba los límites asignados por Locke al gobierno en interés de la propiedad más que el poder enorme que daba Locke a la comunidad política (la <sociedad civil>, en su terminología) frente a los individuos (MACPHERSON, 1970, p. 194).

Podemos dizer que o trabalho de seu corpo e a obra produzida por suas mãos são propriedade sua. Sempre que ele tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade. Ao remover este objeto do estado comum em que a natureza o colocou, através do seu trabalho adiciona-lhe algo que excluiu o direito comum dos outros homens. Sendo este trabalho uma propriedade inquestionável do trabalhador, nenhum homem, exceto ele, pode ter o direito ao que o trabalho lhe acrescentou, pelo menos quando o que resta é suficiente aos outros, em quantidade e em qualidade.

Segue, ainda, ressaltando que, ao ser humano, não se deve exigir determinada autorização⁶ para se apropriar de algo que, num primeiro momento, é da natureza. Dessa forma, segundo o autor liberal, qualquer um pode se apropriar de qualquer bem que esteja em estado natural, ou seja, entende que “a coisa pertence àquele que lhe consagrou seu trabalho, mesmo que antes ela fosse direito comum de todos” (LOCKE, 2019, p. 43).

Por toda construção realizada por Locke em sua obra, é importante ressaltar que ele ainda discute a respeito da porção de propriedade que excede àquilo que o indivíduo necessita, apresentando, neste contexto, que todos podem usufruir da terra, desde que não haja desperdício em relação aos bens, ressaltando, portanto, que tudo que excede ao percentual necessário para viver deve ser distribuído entre os seus semelhantes, concluindo que “Deus não criou nada para que os homens desperdiçassem ou destruíssem” (LOCKE, 2019, p. 43).

Ainda no contexto da obra, apesar de Locke demonstrar, para determinadas interpretações, que os seus ideais estão calcados na proibição do excesso, há uma outra leitura possível e clara acerca de seu texto. Deve-se, neste momento, expor a leitura de Macpherson no que tange aos conceitos liberais defendidos por Locke. Para Macpherson, há uma inclusão da propriedade no rol daquilo que é naturalizado por John Locke.

⁶ Mas visto que a principal questão da propriedade atualmente não são os frutos da terra e os animais selvagens que nela subsistem, mas a terra em si, na medida em que ela inclui e comporta todo o resto, parece-me claro que esta propriedade, também ela, será adquirida como a precedente. A superfície da terra que um homem trabalha, planta, melhora, cultiva e da qual pode utilizar os produtos, pode ser considerada sua propriedade. Por meio do seu trabalho, ele a limita e a separa do bem comum. Não bastará, para provar a nulidade de seu direito, dizer que todos os outros podem fazer valer um título igual, e que, em consequência disso, ele não pode se apropriar de nada, nada cercar, sem o consentimento do conjunto de seus co-proprietários, ou seja, de toda a humanidade (LOCKE, 2019, p. 43).

Como bem expõe o autor (1970), no capítulo referente a La teoria del derecho de propiedad, há uma confirmação, por parte do contratualista, que a propriedade se mostra essencial para instaurar a doutrina relacionada à sociedade civil, enfatizando que “La finalidad máxima y principal de los hombres que se unen en comunidades, sometiéndose a un gobierno, es la salvaguarda de su propiedad” (MACPHERSON, 1970, p. 196).

Noutro giro, também ressalta que Locke trata da propriedade tanto em seu sentido amplo quanto em seu sentido estrito, durante o seu texto. No entanto, não interessa tal amplitude ou a possibilidade de redução sobre o fenômeno da propriedade. Na verdade, o que realmente importa para o liberal, dentro do capítulo relacionado à propriedade, é que a propriedade é alçada a um nível de equiparação à vida, fortalecendo-se como um direito natural do indivíduo.

A par disso, Macpherson segue, no próximo tópico de seu trabalho, introduzindo uma crítica à limitação de Locke (apresentada acima) a respeito da denominada proibição do excesso, oportunidade em que se discute, de maneira objetiva, quais foram as consequências de introduzir o dinheiro como moeda de troca na sociedade.

Para Macpherson (1970, p. 202), a partir da constituição monetária na sociedade, John Locke se liberta de toda e qualquer possibilidade de limitação e, com base nisso, entende que a propriedade pode ser adquirida de maneira ilimitada pela sociedade:

El pasaje es completamente explicito. La regla de derecho natural según cuyas específicas condiciones se limitaba la cantidad de lo que cada uno se podía apropiarse a tanto como pudiera usar, ya no sigue vigente: «Podría seguir siendo válida [...] si el dinero [...] no hubiera introducido (por consenso) posesiones mayores y un derecho a ellas». La razón de que la regla deje de estar en vigor no es que se haya agotado la tierra: en todo el mundo hay la suficiente para el doble de sus habitantes, aunque solo incluyendo aquellas partes del mundo en que no se ha introducido nunca el dinero. Donde todavía se mantiene la regla antigua, hay grandes extensiones que permanecen incultas, pero esto apenas podría darse entre aquella parte del género humano que ha aceptado el uso del dinero. Donde se introduce el dinero deja de haber tierra sin apropiarse. La invención del dinero ha eliminado por consenso tácito las anteriores limitaciones naturales de la apropiación justa. Y al hacerlo ha invalidado la norma natural según la cual todo el mundo puede poseer solo cuanto es capaz de usar. A continuación Locke procede a mostrar con más detalle como la introducción del dinero elimina las limitaciones inherentes a su justificación inicial de la apropiación individual.

A chegada do dinheiro na sociedade, portanto, faz com que todas as limitações patrimoniais sejam deixadas de lado. Ou seja, neste contexto ressaltado na citação acima, resta claro que o dinheiro possui o poder de trazer a política da apropriação desenfreada, haja vista que “la introducción del dinero posibilita y da una razon (imposible anteriormente) para aumentar sus posesiones más allá de lo necesario para su familia y de una abundante provisión para su consumo” (MACPHERSON, 1970, p. 204).

Assim, por mais que existam leituras no sentido de que Locke não implementava uma política de apropriação ilimitada, pode-se esclarecer que tudo isso muda quando o autor trata da constituição do dinheiro na sociedade liberal, ampliando os horizontes para estabelecer um entendimento inverso ao que pregou no começo do Segundo Tratado sobre o Governo Civil.

Como explanado acima, o trabalho de Locke teve grande importância na modernidade para estabelecer, pós período referente à grande revolução burguesa do século XVIII (revolução francesa), quais os direitos seriam positivados frente ao movimento iluminista que se instaurava à época, mostrando-se como uma passagem do estado de natureza para o estado contratual. Nesse sentido, a liberdade e a igualdade ganharam força para serem positivadas, além da propriedade privada que, como discutida acima, apresentou-se naturalizada pela burguesia que agitava o cenário dos ideais liberais defendidos naquele momento.

Dessa forma, como exemplo da positivação desses “direitos”, pode-se mencionar, segundo o texto construído por Luiz Gustavo Bambini de Assis (2008), acerca da evolução do direito à propriedade, o surgimento da Carta Constitucional norte-americana (1787) e, também, a Declaração do Homem e do Cidadão, de 1789, sendo a propriedade considerada, com base nos textos citados, como um direito absoluto⁷, imprescritível e inalienável.

Importante a menção, neste momento, da visão de Eric Hobsbawn (2020, p. 106), no livro relacionado à Era das Revoluções, onde salienta que a revolução francesa, comandada pela burguesia (fica claro, portanto, tal comando na obra

⁷ Embora essa noção de direito absoluto tenha sido posteriormente contestada,⁶ é cediço que nenhuma lei maior dispensou dar à propriedade seu devido tratamento constitucional, positivando-o como universal. O que se pode constatar, a partir da análise das constituições acerca do tema, é que houve certa flexibilização desses direitos frente ao surgimento de novos direitos, posteriormente positivados como constitucionais (ASSIS, 2008, p. 784).

intitulada “O que é o Terceiro Estado?”, de Sieyès), foi um movimento claro e complexo no que tange às discussões travadas, mas que possuía uma finalidade específica:

Em sua forma mais geral, a ideologia de 1789 era a maçônica, expressa com tão sublime inocência na flauta mágica de Mozart (1791), uma das primeiras grandes obras de arte propagandísticas de uma época em que as mais altas realizações artísticas pertenceram tantas vezes à propaganda. Mais especificamente, as exigências do burguês foram delineadas na famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Este documento é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária. “Os homens nascem e vivem livres e iguais perante as leis”, dizia seu primeiro artigo; mas ela também prevê a existência de distinções sociais, ainda que “somente no terreno da utilidade comum”.

No entendimento de Hobsbawn (2020), havia um consenso em relação à igualdade dos homens, oportunidade em que a Declaração salientava, também, que “as profissões estavam igualmente abertas ao talento” (HOBSBAWN, 2020, p. 106). No entanto, as corridas iniciais para obter o sucesso almejado permaneciam fadadas às diversas diferenças entre a sociedade, que, por si só, direcionavam à realidade própria da desigualdade.

Ora, a igualdade que se tratava, neste movimento revolucionário do século XVIII, era apenas e tão somente formal (perante a lei). Não havia, entretanto, a busca pela igualdade material. Assim, a propriedade (na falácia da igualdade formal) era adstrita, em sua grande parte, aos indivíduos da classe estritamente dominante.

Por fim, ainda no texto de Hobsbawn (2020), a política da burguesia era bem clara e definida. Todo esse quadro desenhado (liberdade, igualdade, fraternidade e propriedade privada) era uma forma de garantir uma estagnação de uma determinada classe, ou seja, a classe subalterna⁸. Os ideais defendidos pela revolução francesa servem para “moderados reformadores da classe média mobilizar as massas contra a resistência obstinada ou a contrarrevolução” (HOBSBAWN, 2020, p. 111).

⁸ Veremos as massas indo além dos objetivos dos moderados rumo a suas próprias revoluções sociais, e os moderados, por sua vez, dividindo-se em um grupo conservador, daí em diante fazendo causa comum com os reacionários, e um grupo de esquerda, determinado a perseguir o resto dos objetivos moderados, ainda não alcançados, com o auxílio das massas, mesmo com o risco de perder o controle sobre elas (HOBSBAWN, 2020, p. 111)

2.2.

Relação entre legalidade e capitalismo: a lei como objeto da burguesia

Saindo das análises acerca da constituição da propriedade privada, com a finalidade de entender como surgiu todo movimento pela sua busca, faz-se necessário, agora, entender a questão da legalidade x capitalismo (que possui amparo na propriedade privada), procurando desmistificar toda a sua construção homogênea (no que tange à legalidade) perante os denominados sujeitos de direitos, numa relação que se mostra inteiramente pessoal, direta e, claro, com caráter de subordinação.

Assim, a construção da legalidade possui diversas questões interessantes para que possam ser discutidas. Por mais que haja grandes pontos a respeito, entender a construção legislativa no mundo capitalista se mostra extremamente necessário para que se possa alcançar a conclusão, visto que os delitos contra o patrimônio retratam traços firmes de legalidade apenas da parte dominante (a qual será apresentada no tópico posterior, onde será discutido a relação autoritária da legalidade no capitalismo periférico).

Tendo por base as lições de Tigar e Levy (1978), é possível afirmar que o direito é um regulador social que está amparado pelo seu tempo. Aliás, mais do que isso, as normas reguladoras do Estado “são construções de um grupo de pessoas em um dado estágio de desenvolvimento da sociedade. Formas jurídicas peculiares não são condições ‘naturais’ ou ‘básicas’ da existência humana.” (TIGAR; LEVY, 1978, p. 269).

É a partir do sentido expresso no parágrafo anterior que se pode afirmar a concepção de que a legalidade faz, sem sombra de dúvidas, parte do capitalismo⁹.

⁹O Estado, tal qual se apresenta na atualidade, não foi uma forma de organização política vista em sociedades anteriores da história. Sua manifestação é especificamente moderna, capitalista. Em modos de produção anteriores ao capitalismo, não há uma separação estrutural entre aqueles que dominam economicamente e aqueles que dominam politicamente: de modo geral, são as mesmas classes, grupos e indivíduos – os senhores de escravos ou os senhores feudais – que controlam tanto os setores econômicos quanto os políticos de suas sociedades. Se alguém chamar por Estado o domínio antigo, estará tratando do mando político direto das classes econômicas exploradoras. No capitalismo, no entanto, abre-se a separação entre o domínio econômico e o domínio político. O burguês não é necessariamente o agente estatal. As figuras aparecem, a princípio, como distintas. Na condensação do domínio político em uma figura distinta da do burguês, no capitalismo, identifica-se especificamente os contornos do fenômeno estatal (MASCARO, 2020, p.17).

Se antes não havia qualquer empecilho à vontade do absolutista, é com a legalidade que isso toma novos rumos na história, fazendo com que o caráter de mando seja figurado na relação entre Estado e sujeito de direito, transferida para uma leitura calma e homogênea da relação instituída pelo capital. Conforme Mascaro (2019, p. 22):

Trata-se de refletir, no fundo, que capitalismo é legalidade, como parece ficar claro historicamente, mas também que legalidade é capitalismo, tendo em vista que a compreensão de uma instância técnica apartada e aparentemente alheada das reais contradições só encontra sua razão de ser na história cindida da exploração. A legalidade, como falsa universalidade, só pode ser uma instância que comece no capitalismo mas que não ecoe, nos termos de sua alienação institucional da realidade, numa sociedade cuja verdade social seja de fato universal.

Segundo Mascaro (2019), no período que se confunde com a idade moderna/contemporânea, houve uma busca incessante por estabelecer direitos e deveres em uma carta maior do Estado para, com isso, fortalecer a ideia de liberdade e igualdade formal em relação aos indivíduos contratantes.

A constituição da legalidade, na visão daqueles que a buscavam, levanta questões de segurança, oportunidade em que “faz o papel de garantidor perpétuo e filtro necessário da reprodução econômica, em lugar de permanente obtenção da vontade política” (MASCARO, 2019, p. 37). Na verdade, a legalidade quer transparecer o seu caráter impessoal e neutro, buscando romper com o privilégio que era uma marca do senhorio.

Ainda assim, amparado pelos ideais de Mascaro (2018), no que diz respeito ao modelo de sociedade capitalista instaurado, pode-se reforçar que há, diferentemente das sociedades pré-capitalistas (as relações não eram instituídas a partir das categorias jurídicas, mas estabelecidas como “um modo de arranjo dos que detêm o poder bruto e direto”, em que “não se separam a instância política e os dominantes da sociedade”), um grande aparato político produzido pelo Estado (em que a falácia da igualdade formal é buscada) e executado pelo direito para estabelecer uma troca entre capitalista e trabalhador, fortalecendo a afirmação de que tanto as coisas quanto as pessoas sejam etiquetadas como mercadoria.

Mas o capitalismo, para mostrar ao dominado que se trata de uma relação entre sujeitos de direito e para consagrar o princípio da igualdade, estabelece a exploração em forma de contrato (como, por exemplo, o contrato de trabalho) para

estabelecer “direitos e deveres” a ambas as partes, transparecendo uma relação natural, sem qualquer abuso notável.

No entanto, aquele que está preso à ordem capitalista não nota, mas permanece nas mãos da parte que detém o poder, produzindo, de forma permanente, um lucro excessivo com a sua força de trabalho, cultivando aquilo que Marx denomina de “mais-valia”.

A respeito do direito e a questão do capitalismo, Tigar e Levy (1978, p. 271):

Desde o fim da era ateniense, as leis têm sido cristalizações de relações de poder em um dado grupo, ou sociedade. As leis encerraram em palavras, expressas sob a forma de injunções, os direitos ou deveres que um determinado grupo defenderá ou aplicará com o emprego do poder de que dispõe, e proporcionam maneiras previsíveis de solucionar os litígios que surgem nesse contexto. O direito é uma superestrutura erigida sobre a base de relações de poder. A extensão em que essas superestruturas vinculadas no tempo são consideradas importantes varia de sociedade a sociedade.

Além das obras relacionadas à teoria geral e marxismo citada acima e ao direito e a ascensão do capitalismo, de Alysson Leandro Mascaro, Michel Miaille também reproduz o tom marxista à teoria do direito. Pela análise da Obra de Miaille (2005), entende-se qual a real vertente instaurada por Marx, o qual se contrapõe às demais teorias do direito. Nessa linha, uma coisa deve ficar clara: não é que somente Marx desvendou a teoria do direito como um fenômeno estritamente social, visto que grande parte dos teóricos entendem da mesma maneira, ou seja, que não há como separar o direito da sociedade.

Entretanto, o que realmente importa, pela visão de Miaille, é que Marx propõe não deixar a visão do social estática, mas entende que “uma reflexão científica tem de ir mais longe e dizer-nos que tipo de direito produz tal tipo de sociedade e porque é que esse direito corresponde a essa sociedade” (MIAILLE, 2005, p. 45).

Por mais que a legalidade¹⁰ queira estabelecer a questão da impessoalidade e da marca da igualdade, pode-se esclarecer que a legalidade, na verdade, busca

¹⁰ O elogio da legalidade é o elogio de um mundo cuja lógica faz com que a exploração seja relegada aos porões da vida social. O mando direto transforma-se no acordo do trabalho. A servidão torna-se trabalho assalariado, e sua forma jurídica é a vontade, não o eito. A riqueza insinua razões e justificativas, e não o acaso de nascimento. Os lucros no negócio são resultado da vontade comum no comércio, não mais resultado do confisco nem do roubo. Os frutos dos crimes passam a ser a

esconder todas as questões visuais que nos levam a uma visão crítica acerca de sua construção frente ao capitalismo. É com isso que a “desigualdade formal” se fortalece em relação ao poder econômico. Com base nisso, Mascaro (2019, p. 27) esclarece que:

A história da legalidade no capitalismo de uma instancia social que completa o ciclo da reprodução econômica e que também legitima pela igualdade formal uma relação existencial de desigualdade. O fluxo destas águas turvas pelas torneiras limpas da lei não deixa esconder, no entanto, que o ciclo desta reprodução social não é nem inodoro nem incolor. Os rompantes da política na Idade Contemporânea ou são o acomodamento do sistema, criando ditames novos – imperialismo, exarcebamento política das taxas de lucros -, ou recomendando as fissuras sociais, por causa de suas falhas – bem-estar social, direitos sociais etc. – a fim de tratar a água que se reproduz no sistema, ou então são as próprias pressões da exploração que rompem esta mecânica de reprodução social.

A legalidade também se encontra estabelecida em uma ideologia dominante. Por ideologia dominante, entende-se o conjunto de preposições elaborados, na sociedade burguesa, com a finalidade de traçar uma similitude entre os interesses da classe dominante com o interesse coletivo, construindo uma determinada hegemonia de classe social.

Com efeito, para comprovar que a legalidade está atrelada a uma ideologia dominante, caso haja uma pesquisa a respeito dos códigos mais importantes surgidos a partir da idade moderna, chegar-se-á à concepção, sem sombra de dúvidas, de que são dois os mais importantes: Código Civil e Código Penal. A importância do Código Civil, por exemplo, se verifica com base nas diversas formas de se garantir a propriedade privada, de se estabelecer a liberdade contratual, tudo isso já disposto no movimento pela constitucionalidade que se criou com o contratualismo.

Por outro lado, há o Código Penal que, nos mesmos ideais, possui o caráter de assegurar a propriedade privada nas mãos daqueles que se julgam detentores, com a finalidade de punir àqueles que adquirem de maneira imprópria (mediante

periferia da órbita econômica. O fundamental do grande mercado mundial do lucro passa a estar dentro da lei, albergado pelas instituições, não fora delas. A lei garante um mundo cuja transação é formalizada pela aparência de equivalência social, e, ao sacralizar a igualdade legal, guarda nos porões escondidos da sociedade aquilo que o altar das leis não vê: a injustiça real, a coerção econômica, a desigualdade que se mantém e a brutal diferença que o sistema social mantém e agrava. Ao olhar para o altar das leis, o caleidoscópio social se inebria daquilo que sob seus pés não é imediatamente percebido: a igualdade jurídica não é a igualdade real, a legalidade não é a justiça (MASCARO, 2019, 26).

furto ou roubo, por exemplo). Esses dois códigos, portanto, representam, na visão de Alysson Mascaro (2020), o núcleo duro da sociedade capitalista, pois conseguem assegurar o grande objeto (que é a propriedade privada) ao dominador.

Pelo caminhar das questões direcionadas entre legalidade x capitalismo, não permanece qualquer dúvida, portanto, de que há umnexo bem íntimo entre a constituição da forma política/forma jurídica. A intimidade aqui não quer dizer que ambas são iguais ou que se equivalem (seria um erro a afirmação, haja vista que as derivações são distintas), mas estão atreladas à mesma fonte, que é o capitalismo, sendo, na visão de Alysson Mascaro (na obra Estado e Forma Política), “pilares estruturais desse todo social que atuam em mútua implicação” (MASCARO, 2020, p. 39).

A forma política, portanto, difunde aquilo que o Estado prega enquanto ente supremo na vida dos governados. Grande parte do mundo possui o poder político calcado no poder que se reveste de uma forma capitalista própria, sem escrúpulos. Mas, na verdade, é interessante relatar que não é só o Estado dito capitalista que se comporta como ente disseminador do capital. Os Estados que são dominados por aqueles que defendem direitos dos trabalhadores ou que possuem uma maior afinidade com as causas das minorias (os quais não se julgam capitalistas em sua essência) também possuem a forma capitalista como a principal arma de ataque. O sistema capitalista consegue navegar por ambas as ideologias, tanto na autoritária quanto no denominado Estado de direitos. Pela visão de Mascaro (2020, p. 46):

Havendo a necessidade de intermediar continuamente a relação de exploração da força de trabalho, por modo assalariado, regulando-a, bem como aos processos contínuos de valorização do capital, o Estado mantém a dinâmica capitalista ainda quando seus dirigentes declaram oposição às classes burguesas. A forma estatal faz com que as ações políticas sejam necessariamente configuradas com base na forma da reprodução contínua do valor. As experiências de muitos países socialistas, no século XX, reputando-se socialistas porque simplesmente tiveram o poder estatal nas mãos de grupos de trabalhadores, ao se movimentarem politicamente por uma forma estatal, mantendo a dinâmica de reprodução do capital, foram, então, não socialistas, mas sim espécies de capitalismo de Estado.

Todas essas questões influenciam também na autonomia de Estado. A autonomia do Estado, guardada pelo movimento constitucional, se faz perceptível dentro da concepção capitalista. Porém, fortalece-se que a autonomia é relativa,

pois a estrutura do Estado também é formada pelo capitalismo, que se mostra completamente inserido no desenho do Estado burguês. Dessa forma, há uma casta burguesa constituída por trás do Estado que rompe com a autonomia, realocando-a na direção de seus interesses.

O Estado possui instituições próprias dentro da administração pública que, pela sua estrutura, dificultam e/ou afastam as causas e as grandes demandas da sociedade. As instituições são tomadas pela ordem capitalista vigente. Conforme Mascaro (2020), os movimentos sociais podem até possuir alguma influência do Estado nos seus arranjos, nas suas buscas, no entanto, é tranquilo vislumbrar que a pasta relacionada ao social nunca será prioridade no Estado capitalista ou revestido pelo capitalismo, já que os interesses são completamente antagônicos.

Tais demandas sociais constituem, entretanto, parte da pasta do governo para que, com isso, possa silenciar os gritos sociais, fornecendo o mínimo possível a essas pessoas, com a finalidade de as demandas não gerarem problemas futuros no desdobramento do Estado.

Mais uma passagem interessante na obra Estado e Forma Política, com a sua publicação de 2020, diz respeito à discussão acerca da forma política, que é uma questão muito mais profunda retratada por Mascaro. Com essa leitura, pode-se direcionar a dissertação no sentido de que, na verdade, o Estado não se torna capitalista por aqueles que o administram, mas o Estado de direito só existe no capitalismo. Sim, não se pode negar que a burguesia estatal (como estabelecido nos tópicos acima) trabalha melhor as questões dentro do Estado, a partir do modelo capital, com base nos seus interesses próprios. No entanto, conforme Mascaro (2020, p. 60) o Estado já nasce com essa estrutura:

Diferentemente das visões tradicionais, que acusam o Estado de ter um caráter burguês porque o domínio de suas instituições está supostamente sendo feito por agentes ou representantes do interesse burguês, o Estado é capitalista porque sua forma estrutura as relações de produção do capital. Por isso, deve-se entender a ligação entre Estado e capitalismo como intrínseca não por razão de um domínio imediato do aparelho estatal pela classe burguesa, mas sim por razões estruturais. Em vez de se apresentar como instrumento político neutro, então ocasionalmente dominado pelas classes burguesas, o Estado é um elemento necessário nas estruturas de reprodução capitalista. Como a forma política estatal é inexorável e específica do modo de produção capitalista, carecem de fundamento as visões que compreendem o Estado como um ente de natureza meramente técnica e indiferente às classes que o controlam, que esteja circunstancialmente sob domínio burguês em sociedades burguesas. A própria forma política estatal, por distinta dos indivíduos, grupos ou classes, erige-se de modo a se apartar da captura imediata

por classes determinadas – o que, é verdade, não a exclui em certas situações excepcionais. Mas as eventuais alterações das classes que mais diretamente dominam o Estado e suas instituições não abolem a forma política estatal e, por meio dela, a continuidade da reprodução capitalista.

Tudo isso é devido à propriedade e à sociedade de classes. Tudo devido à burguesia que se instalou com o intuito de galgar mais e mais patrimônio (como se viu acima com a privatização da propriedade). A legislação defende, portanto, interesses capitalistas, sem dúvidas. Isso se torna completamente notório quando se analisa o movimento da revolução francesa, que foi um movimento que se mantém aceso até hoje e que, com isso, tem na constitucionalização dos Estados a propriedade privada como um de seus pilares, conforme assinalam Tigar e Levy (1978, p. 273):

Um pouco mais próximas da sensibilidade americana são a Constituição de 1789 e a Carta de Direitos de 1791. A teoria social da Constituição, radicada em Locke e Montesquieu, fundamentava-se na defesa da propriedade privada, no estabelecimento de uma forma representativa federal de governo e na instituição de um conjunto de proibições ao governo nacional, destinadas a preservar garantias substantivas e processuais de liberdade.

No próximo tópico, entender-se-á a relação do capitalismo periférico e a marca da legalidade no Brasil, momento em que se discutirá a questão afeta ao autoritarismo, que retrata bem o momento político enfrentado na elaboração do Código Penal e, também, no Código de Processo Penal.

2.3.

Capitalismo periférico: o código penal brasileiro e a marca do autoritarismo

Já que o tópico anterior tratou, de maneira geral, da relação entre legalidade x capitalismo, passa-se à análise, especificamente, do caso brasileiro, em que se destaca a dependência da legislação em relação aos conflitos penais e a relação da própria legislação com o autoritarismo tanto na elaboração do Código Penal quanto do Código de Processo Penal.

Pois bem, os delitos contra o patrimônio foram previstos em diversos momentos da história criminal brasileira (tanto nas legislações coloniais quanto nos

códigos criminais do império e republicano). Isso é importante para que se possa entender que o interesse afeto à propriedade privada nunca se apagou. Na verdade, tornou-se mais intenso pelas revoluções burguesas¹¹, em que a propriedade privada sempre foi destacada e tomou frente dos movimentos constitucionais à época. Marx (2017, p. 37) contribui para a discussão:

A partir do século XVII, com as revoluções inglesa e holandesa, a transformação das formas de propriedade e o surgimento de uma nova divisão entre público e privado tornaram-se assunto delicado. A Revolução Francesa sacralizou constitucionalmente a propriedade, considerada, dentro do espírito liberal revolucionário, o fundamento e a garantia da liberdade individual do cidadão.

Se a garantia à propriedade privada fez parte das revoluções, não é estranho que a defesa da propriedade privada seja realizada via direito penal, como mencionado no tópico acima. Essa é a grande função do ramo do direito que, sem dúvidas, pratica a maior violência imposta pelo sistema capitalista, mostrando-se responsável por proteger os anseios da classe dominante. Isso se dá, na visão de Pachukanis (2017, p. 166), pela sua “máxima tensão” no que tange às criminalizações impostas pela norma criminal:

Dessa maneira, se o direito privado reflete de modo bastante direto as condições mais gerais da existência da forma jurídica como tal, então o direito penal é aquela esfera em que a relação jurídica atinge a máxima tensão. Aqui, o momento jurídico, antes de tudo e mais claramente, destaca-se dos costumes e adquire completa autonomia. No processo judicial, a transformação da ação do homem concreto em ação de uma das partes, ou seja, de um sujeito de direito, atua de modo bastante nítido. Para marcar a diferença entre as ações e as vontades diárias ordinárias e as vontades jurídicas, o direito antigo valia-se de fórmulas e ritos solenes especiais. O caráter dramático do processo jurídico criou visualmente, ao lado do mundo real, uma existência jurídica particular.

Na visão dos dominadores, a propriedade privada deve se manter íntegra. Não se pode atentar contra tal direito (que, pela classe dominante, é um direito, a certo modo, indisponível), haja vista que é mecanismo de estruturação da burguesia, fazendo valer, a partir dos ideais elevados pela modernidade/contemporaneidade,

¹¹ Na acepção em que tomamos o conceito, Revolução Burguesa denota um conjunto de transformações econômicas, tecnológicas, sociais, psicoculturais e políticas que só se realizam quando o desenvolvimento capitalista atinge o clímax da sua evolução industrial. Há, porém, um ponto de partida e um ponto de chegada, e é extremamente difícil localizar-se o momento em que essa revolução alcança um patamar histórico irreversível, de plena maturidade e, ao mesmo tempo, de consolidação do poder burguês e da dominação burguesa (FERNANDES, 2020, p. 207)

tudo aquilo que necessitava para constituir uma ordem capitalista, ou seja, a revolução francesa, além de mencionar a igualdade, liberdade e fraternidade, consagrava a sede pela propriedade privada. Em relação ao tema, Hobsbawm (2020, p. 106) salienta:

Mais especificamente, as exigências do burguês foram delineadas na famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Este documento é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária. “Os homens nascem e vivem livres e iguais perante as leis”, dizia seu primeiro artigo; mas ela também prevê a existência de distinções sociais, ainda que “somente no terreno da utilidade comum”. A propriedade privada era um direito natural, sagrado, inalienável e inviolável. Os homens eram iguais perante a lei e as profissões estavam igualmente abertas ao talento, mas, se a corrida começasse sem handicaps, era igualmente entendido como fato consumado que os corredores não terminariam juntos.

Como apresentado no início do tópico, o Brasil, amparado por uma burguesia que demonstrava um amor específico à propriedade, preocupou-se, ao longo dos códigos criminais, com a criminalização do patrimônio privado¹². Apesar de toda essa preocupação, sabe-se que o processo capitalista brasileiro carrega suas próprias especificidades, não podendo, na visão de Florestan Fernandes (2020), ser comparado aos movimentos do capital que ocorreram na Europa, haja vista que o formato do capitalismo demorou (pelo menos para constituir o nome) para se efetivar no cenário brasileiro. Além disso, o processo capitalista brasileiro é completamente dependente, buscando comparações com o capitalismo europeu.

Procura-se entender a instituição da legalidade no capitalismo periférico, o qual possui o Brasil como exemplo. É interessante destacar, mais uma vez, que o movimento no Brasil é bem distinto do movimento de toda Europa, onde não houve uma política própria capitalista, mas que estava centrada na dependência da burguesia europeia, refletindo diretamente no plano legal do Estado brasileiro. Com base em Mascaro (2019, p. 20):

¹²A sociedade brasileira, escravista, tendo em seu bojo “colorações” ao gosto aristocrático, será pautada por um conservadorismo extremado, que se expressará tanto nas ideias das “classes dominantes” como em sua prática político-econômica. Essa tendência conservadora – que muitos momentos configuram-se como verdadeiramente reacionária – da burguesia agrário-mercantil brasileira, liga-se de maneira intrínseca à própria estrutura da forma de produção: rudimentar autocrática e, de certa forma, estagnante. (MAZZEO, 2015, p. 80).

No caso brasileiro, num povo que não conheceu da legalidade sua forma clássica – a legalidade nascida de uma burguesia nacional, explorando uma classe trabalhadora em sua mais-valia mas que em troca a ela destinasse as migalhas do consumo -, as tarefas de auto-compreensão são mais complexas. A dependência externa, a debilidade da resistência popular interna, a cidadania que não garante nem o mínimo da falsa igualdade formal, todas essas contradições somadas geram um complexo de relações que não se contentarão com as explicações normativistas, institucionalistas e com pretensões universais das teorias políticas, jurídicas e filosóficas do capitalismo central. Trata-se da necessidade de compreensão a partir dos explorados, que será melhor – posto que mais verdadeira – que a compreensão a partir dos exploradores, uma vez que será sempre só a carência que denunciará o excesso.

Essa questão da dependência permanece clara e acentuada por volta do século XX, em que, segundo Mascaro (2020), há uma busca desenfreada pelo crescimento econômico, estabilização de capitais na mão da burguesia, avanço da tecnologia e controle direto da sociedade proletária, oportunidade em que tal período se cruza, exatamente, com o período de elaboração do Código Penal e do Código de Processo Penal (período ditatorial que será esmiuçado mais à frente).

Para além disso, outro fator que modelou toda essa estrutura brasileira diz respeito ao patrimonialismo, que foi uma herança deixada por Portugal, onde a mistura entre patrimônio público e privado acentuou “as peculiaridades e especificidades da formação de uma instância jurídica brasileira” (MASCARO, 2020, p. 87). A ligação entre a burguesia local com o Estado Português, de imediato, produz “uma forma de legalidade que, imediatamente, esvazia o caráter técnico e aparentemente neutro da instância jurídica” (MASCARO, 2020, p.87).

O capitalismo dependente brasileiro, ao contrário do capitalismo europeu, modifica a relação, haja vista que ao invés de fornecer uma determinada relação autônoma privada cria uma espécie de tecnicismo público, “como forma de manutenção da exploração e das rendas do Estado português” (MASCARO, 2020, p. 87). Mascaro (2020, p. 86) ainda ressalta:

Neste sentido, a legalidade no caso brasileiro passa pelos mesmos paradoxos e problemas históricos de toda a estrutura econômica, política e social nacional: um Estado soberano apenas no seu sentido formal, uma realidade econômica que soma relações sociais pré-capitalistas tendo por objetivo lucros numa produção capitalista, uma realidade social cujas formas de organização poderiam até mesmo lembrar resquícios feudais ao mesmo tempo em que se burocratizam, a tensão entre o tradicional e o formal, a corrupção que adquire desde viés paternalista até

descambar em instituições de caráter coronelista. Nessa correlação de elementos aparentemente desconexos a uma tipologia geral da instância jurídica do capitalismo, dá-se no fundo a verdadeira história do direito numa realidade de capitalismo periférico como o caso da realidade brasileira.

É a partir das questões levantadas acima acerca da forma especial capitalista do Brasil e com a finalidade de entender mais a respeito da criminalização específica tratada¹³, que diz respeito à criminalização dos delitos contra o patrimônio, que se deve entender, de maneira breve, qual era o momento político enfrentado durante a edição do código penal de 1940.

Com base em Jambeiro (2003), o final dos anos 20 ficou marcado por uma política estritamente regional, estabelecidos em cada unidade da federação, estados e municípios, preocupando-se, cada um deles, com o seu destino, onde o governo principal era percebido com uma entidade que tratava de assuntos externos. O Brasil só se torna um país centralizado a partir dos anos 30, em que Vargas toma o poder e elabora planos nacionais de desenvolvimento.

Primeiro, é preciso entender, com amparo em Jessé Souza (2019), que, após um processo de modernização próprio atribuído ao Brasil em 1808, passando pela independência, pelo processo de constitucionalização, com a consequente libertação dos escravos em 1888 e pela entrada de imigrantes no começo do século XX, onde se revela a construção tanto de uma classe trabalhadora rural quanto de uma classe trabalhadora urbana, o grande marco registrado na história brasileira, a partir desses acontecimentos, se deve à tomada de poder por Vargas na década de 30.

Conforme Jessé (2019), em forte ligação com as questões firmadas até aqui, neste período, “o grande divisor de águas é a entrada do Estado como variável nova no desenvolvimento brasileiro” (SOUZA, 2019, p.117). Getúlio, portanto, é singular nesse sentido, pois realça a questão (discutida por Marx no livro “O

¹³ O traço da desigualdade material entre Estados não é uma exceção na história do sistema político mundial, mas, sim, uma base constante que permitiu, inclusive, a configuração do capitalismo nos moldes em que atualmente se apresenta. O surgimento do capital se fez acompanhado de um processo de dominação e exploração que estabeleceu distinções sociais ao mesmo tempo internas e externas. Internas na medida em que a acumulação primitiva de capitais operava a separação entre trabalhadores e meios de produção, compungindo massas a vínculos de exploração nas quais se estabeleceram os quadrantes gerais do sistema de extração de mais-valor. Externas na medida em que a própria acumulação de capitais se deu com base na conquista de territórios, riquezas e até mesmo mão de obra escrava em regiões periféricas ao círculo das sociedades capitalistas, engendrando distinções econômicas e políticas entre regiões do globo (MASCARO, 2020, p.102).

Capital”) em relação ao primeiro setor da economia, facilitando a integração industrial, passando pela permissão da criação de bens de consumo propriamente.

Sabe-se que o período da república nova, com o seu início marcado em 1930, foi um período de transição brasileira, pois a proposta outorgada pela república velha girava em torno da denominada política do café com leite, em que os governantes de Minas Gerais e São Paulo revezavam em relação ao poder. Nas lições de Souza (2019, p. 117):

Getúlio Vargas é alçado ao poder por uma coalizão de elites regionais subordinadas que se rebelaram contra São Paulo, já o estado mais rico da federação e que queria também monopolizar o poder político em suas mãos. Getúlio implementa uma política industrializante em um país que havia sido até então eminentemente agrário.

Na verdade, o período datado de 1930 é extremamente importante para que se possa entender a ruptura traçada em dois momentos distintos, que são, de um lado, a república velha e, de outro, a república nova. Em momentos opostos, pode-se fortalecer que a grande diferença em relação aos períodos centra-se nas reformas políticas realizadas por Vargas, conforme esclarece Raymundo Faoro (2020, p. 780), na obra “Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro”:

O resíduo liberal, fixado nos direitos e garantias, não desaparece, desembocando logicamente na assembleia constituinte. A ditadura seria de emergência, para o encaminhamento das reformas políticas, com a libertação do voto, cuja condição prévia seria a jugulação das milícias estaduais. Com isso o coronelismo e as oligarquias se esvaziariam, dando margem a que se fortalecesse o poder central, para as outras reformas, de maior profundidade, muitas delas coloridas ingenuamente de reivindicações de classe média.

Assim, o governo de Vargas foi dividido em três períodos importantes: governo provisório, constitucional e estado novo. A atenção, neste tópico da dissertação, está completamente voltada ao estado novo, que foi um período entre 1937 até a constituição de 1946, onde algumas legislações foram impostas embasadas no autoritarismo (como, por exemplo, o código penal e o código de processo penal - ambos baseados no Código Rocco italiano). Zaffaroni; Pierangeli (2011, p. 199) argumentam:

O projeto ALCÂNTARA MACHADO seguia de muito perto o texto do código Rocco. A inclinação pelas "medidas de segurança", que se inicia em 1913, com o projeto GALDINO SIQUETRA, e que se acentua com o projeto SÁ PEREIRA, culmina, em 1938, com o texto de ALCÂNTARA MACHADO, que se envolve abertamente com o neo idealismo, ainda que com um acento positivista.

A par disso, para demonstrar afinidade no que tange ao Código Rocco, pode-se notar, como espécie de exemplo na legislação do código de processo penal, diversas passagens que estabelecem o apreço por um sistema inquisitório, como a possibilidade de o magistrado buscar provas, a possibilidade de condenação ainda que o Ministério Público (que é o denominado titular da ação penal pública) requeira a absolvição entre outras espécies.

Pois bem, o momento político de 1937 (em que se instalou o período referente ao estado novo – período ditatorial) foi um momento que consagrou o horror ao comunismo, pois o governo, que já estava dando sinais da instalação de uma vertente autoritária, promoveu uma campanha contrária à denominada “onda vermelha”, fazendo menção à ameaça promovida pelo Plano Cohen (mostrando-se, de maneira forjada, uma tentativa de tomada do poder por parte dos comunistas, no ano de 1937)¹⁴.

O Plano Cohen foi denunciado por Vargas no rádio Hora do Brasil, valendo-se desta suposta ameaça para instalar a ditadura, inaugurando o período do Estado Novo, implementando, de fato, um regime autoritário com centralização do poder direta no Executivo¹⁵.

Dessa forma, a censura foi instituída, além de a propaganda política ter sido utilizada de maneira exclusiva para levantar a imagem de Vargas, estabelecendo-se semelhança ao governo de Mussolini na Itália, que se mostrava como o ápice do autoritarismo vigente à época.

¹⁴Alegando a descoberta de um fantasioso Plano Cohen que, segundo o governo, previa a tomada do poder pelos comunistas brasileiros, em aliança com os soviéticos, e a instalação no país de um sistema socialista, Getúlio instaurou a ditadura e promulgou uma nova Constituição que ficou conhecida como Polaca (JAMBEIRO, 2003, p. 88).

¹⁵Estabelecido o "Estado Novo", as críticas formuladas ao projeto SÁ PEREIRA recrudesceram, especialmente na Conferência Brasileira de Criminologia do Rio de Janeiro, em 1936, acabando por ser ele descartado pelo governo, cujo Ministro Francisco Campos, encarregou o professor paulista ALCÂNTARA MACHADO de elaborar um novo projeto, de cuja tarefa desincumbiu-se, em parte, com a entregada parte geral, em 15.05.1938. Era esta acompanhada de uma longa (20 páginas) e muitíssimo bem elaborada Exposição de Motivos, na qual indicava as advertências de ENRICO FERRI, no seu anteprojeto de 1920, e as de EUZÉBIO GÓMEZ e JORGE COLL (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 199).

A saída de uma política econômica do café (a qual teve vigência até o final da primeira república) toma novos rumos na história brasileira, haja vista que o desenho do capitalismo é outro, onde seu amparo se forma a partir da industrialização e urbanização, criando, com isso, certo “espaço à horizontalidade de uma sociedade civil” (MASCARO, 2020, p. 102).

Apesar de garantir alguns direitos como, por exemplo, direitos políticos e civis, tal movimento fortalece ainda mais a estrutura de um capitalismo dependente, mantendo uma espécie de “estrutura econômico-social vinculada a um controle autoritário” (MASCARO, 2020, p. 102).

E a legalidade, mais especificamente em relação à legislação criminal, é movida pelo autoritarismo, oportunidade em que as classes dominadas são completamente fragilizadas no capitalismo dependente (mais uma vez: principalmente no que diz respeito à violência imposta pelo direito penal). É dessa maneira, portanto, que a relação da legalidade com a sociedade se fortalece de maneira vertical, conforme esclarece Mascaro (2020, p. 103):

As relações internas da própria atividade capitalista nacional também instrumentalizam a legalidade a benefício da dominação de classe, seja por meio do controle das instituições e daí manejando as ferramentas da legalidade de acordo com seus interesses, seja por meio de ações nos limites da própria legalidade ou seja por meio da sua recusa. Os privilégios de classe recebem, assim, ou respaldo legal ou na efetividade social ignoram mesmo a legalidade, no caso da universalidade desta.

Na obra *Introdução ao Estudo do Direito*, ainda pela perspectiva de Alysson Mascaro (2021, p. 09), o autor complementa as discussões com as suas visões acerca da legalidade do século XX:

No século XX, com o surgimento dos Estados de bem-estar social, que davam direitos aos necessitados, e mesmo com o surgimento de Estados que arrogavam ser socialistas, como a União Soviética, houve uma série de normas jurídicas de proteção aos trabalhadores, convivendo ao lado de tantas normas ainda autoritárias desses mesmos Estados. Esse direito de apoio aos necessitados e aos trabalhadores não negou, no entanto, o fato de que essas sociedades ainda estavam assentadas sobre forma mercantil, explorando o trabalho e girando em torno do lucro das mercadorias. Em alguns casos, chegou-se, no máximo, ao capitalismo de Estado. A estrutura institucional do direito moderno corresponde, sempre, a uma estrutura mercantil que lhe apoia. A diferença entre os Estados e as sociedades, neste caso, é o quanto de proteção a mais ou a menos se dá ao trabalhador dentro da lógica capitalista, portanto sem se furtrar, no fundo, à sua exploração.

Com as modificações citadas acima, apesar da legislação penal de 1890, houve a necessidade de se instituir uma nova legislação, visto que existia o entendimento de que o código de 1890 estava ultrapassado, necessitando de mudança, com a finalidade de atender e buscar uma criminalização mais completa e robusta, haja vista o interesse imposto pelo mundo capitalista, que fora incorporado pelo novo período brasileiro de uma maneira bastante específica. Nesse caminho, Mariana de Moraes Silveira (2018, p. 65), pesquisadora, em artigo sobre o tema, salientou:

O Direito Penal não escapou, porém, às atenções da nova ordem que se estabelecia - ao contrário, constituiu-se como uma de suas primeiras preocupações. Pouco menos de um mês depois de outorgada a Constituição de 10 de novembro, Francisco Campos, que assumira a pasta da Justiça e se consolidava como um dos ideólogos do Estado Novo, delegou a Alcântara Machado a tarefa de redigir um novo projeto de codificação.

Nota-se, a partir da citação acima, que não era o melhor momento para instituir legislações, principalmente em se tratando do Código Penal e Código de Processo Penal (o Código Penal foi instituído em 1940 e o Código de Processo Penal no ano seguinte, em 1941). Por mais que não fosse o momento mais propício para legislar, não há dúvidas que uma das pastas do governo girava em torno da criação de leis. Pela falta de entraves, não havia melhor momento para exercer a função legiferante, haja vista que o Executivo, pelo caráter autoritário como característica daquele tempo, reinava soberano.

Pelo amparo nas discussões travadas neste tópico, nas visões de Fucilini (2019), o código penal e o Código de Processo Penal nasceram a partir dos esforços de uma única pessoa, que era Alcântara Machado. Tal incumbência foi dada por Francisco Campos, o qual era Ministro da Justiça e, pelo elevado saber jurídico de Alcântara Machado, entregou a árdua tarefa ao ex-senador.

Apesar de um trabalho pesado para elaborar os novos Códigos, segundo Fucilini (2019), a história ainda revela que Francisco Campos (Ministro da

Justiça)¹⁶, por considerar insatisfatória a elaboração dos Códigos (penal e processo penal) realizada por Alcântara Machado, deu um contorno à situação e realizou diversas alterações no texto, sob o argumento de que a legislação penal deveria ser mais séria e dura diante dos conflitos sociais.

Foi a partir dessa modificação que se notou a criminalização mais robusta de alguns bens jurídicos (com menor importância) em detrimento de alguns bens jurídicos que mereciam um maior cuidado, haja vista que tutelam a integridade física e a vida, como, por exemplo, a criminalização do furto se comparada à criminalização da integridade física. Tais discrepâncias legislativas, portanto, serão discutidas no próximo tópico referente à desproporção entre a tutela do patrimônio e a pena restritiva de liberdade.

2.4.

A desproporção entre a tutela do patrimônio e a pena restritiva de liberdade: o sistema penal e as suas preferências

Pode parecer ousadia por parte deste pesquisador, mas, neste momento, deve-se discutir se a relação entre crime e pena (especificamente entre os delitos contra o patrimônio e a pena privativa de liberdade fixada para esses delitos) é uma relação proporcional aos atos criminalizados. Fala-se em ousadia porque entender tal relação vai além de todos os traços subjetivos constituídos pelo legislador que, na verdade, como mostrado anteriormente, possui ligação direta com o mundo capitalista.

¹⁶Francisco Campos foi um jurista, professor e político brasileiro, com grande vertente autoritária. Por ser Ministro da Justiça, foi responsável pela elaboração da constituição de 1937, aliando-se a Getúlio Vargas no período do Estado Novo. Dos grandes ideólogos que trabalharam para o Estado Novo, nenhum foi efetivamente mais influente junto à máquina estatal que Francisco Campos. Dessa constatação surge a perplexidade frente ao fato de que até hoje poucos estudos lhe foram tributados. Tal escassez talvez se explique pela característica de sua obra, marcada pela pouca sistematização. No entanto, isto não deveria representar empecilho, considerando a importância do personagem em questão nos quadros do regime de força que se instaurou em novembro de 1937. Basta lembrar que no âmbito das duas grandes guinadas conservadoras da história republicana, Francisco Campos desempenhou papel de destaque. Além de ser praticamente o autor único da Constituição de 1937, esteve envolvido na redação dos Atos Institucionais números 1 e 2 - consolidando o golpe de 1964, além de tecer importantes sugestões para a Constituição de 1967. Frases célebres como "governar é prender" ou "o povo não precisa de governo, precisa de curatela", marcaram sua trajetória intelectual e sua vida pública, alocando seu pensamento nos quadros do chamado "pensamento autoritário". (SANTOS, 2007, p. 32)

Para o senso comum, pela ótica de Juarez Tavares (2021), atribuir pena a um ato reprovável socialmente pode parecer uma obrigação, ainda mais quando se tratam de valores consagrados moralmente, em que se proclama por justiça de forma direta e de uma maneira bastante peculiar¹⁷.

Por outro lado, no que tange aos denominados “operadores do direito” (uma expressão que causa ao autor deste trabalho certo desconforto no direito), que atuam no direito criminal, há, na maioria das vezes, uma concepção de que os atos punidos pelo direito penal e suas leis especiais passaram por um filtro ao serem estabelecidos dentro da legislação penal brasileira.

Essa parcela, guiada pelo juspositivismo, encontra amparo e justificação na norma, ratificando o seu caráter de supremacia frente aos conflitos penais brasileiros. Não consideram, nesta linha, toda construção de poder por detrás da construção da norma, como ressaltado na obra de Juarez Tavares (2021, p. 116) - obra Crime, Crença e Realidade - e nos capítulos anteriores da presente dissertação:

Quanto mais abstrato é seu conceito e mais espiritualizados são seus elementos, mais força adquire o poder que o enuncia, poder que se dilui no emaranhado da legislação. Quando o poder se dilui na legislação, ocultam-se também as bases de legitimidade de seus atos. Como a definição da proibição não indica seus objetivos manifestos, o ato proibido, qualquer que seja, é introjetado no sendo comum como um ato que naturalmente, deva ser eliminado da convivência humana. O crime é visto, desde então, como um ato naturalmente proibido e que merece alguma resposta.

É por conta dessa crença na norma jurídica, a qual foi questionada no primeiro capítulo, que se dirige o foco deste tópico, pois tal construção possui relação direta com a ordem social vigente, fortalecendo alguns bens jurídicos indispensáveis à sociedade dominante. O fato de o direito, no caso exercido pela norma jurídica, se preocupar de maneira incessante com a proteção à propriedade privada¹⁸ causa grande discussão quando analisada de maneira crítica.

¹⁷O senso comum é agressivo: deve-se punir cada vez mais e cada vez mais a penas longas e cada vez mais com menos benefícios no momento da execução penal – com a banalização dos ditos “crimes hediondos” que, ao contrário de exceção, tende a se transformar em regra – e cada vez mais condutas devem ser tipificadas (CARVALHO, 2020, p. 81).

¹⁸ A técnica jurídica – que, desde o século XIX, se arroga o caráter de ciência normativa e estatal do direito – gera como resultado a egoísta ideia do direito subjetivo, gera a noção impessoal do contrato e da obrigação, não importando circunstâncias ou necessidades, gera o conceito de que a propriedade privada seja *erga omnes*, portanto o mais inabalável dos direitos. O mundo da razão

No caso do direito penal, isso fica mais evidente em relação, por exemplo, à comparação do crime de lesão corporal (o qual tutela o bem jurídico referente à integridade física) aos delitos contra o patrimônio (sem violência ou grave ameaça) fixados no Código Penal.

A proteção ao patrimônio, em que se pode mencionar os delitos de furto, apropriação indébita e estelionato, os quais possuem (furto e apropriação indébita) a pena de reclusão de 01 a 04 anos e multa, além do delito de estelionato que prevê a pena de 01 a 05 anos de reclusão mais multa, demonstra a preferência de um sistema penal oriundo do capitalismo, pois o delito de lesão corporal, previsto no art. 129 do CP (o qual tutela a integridade física), em sua modalidade simples, traz a pena de detenção de três meses a um ano (muito inferior à tutela do patrimônio). Em consonância com a referida análise, ainda é importante mencionar nas visões de Fucilini (2019, p. 38):

De toda sorte, a despeito de o bem jurídico hierarquicamente superior (dever) ser a proteção à vida humana, os elaboradores de nosso Código Penal - em uma clara e sistemática incongruência na forma de tratar o tema -, definiram sanções (isto é, cominaram penas) maiores e, portanto, mais intimidadoras, àqueles delitos que ofendem um bem jurídico preponderantemente individual: o direito à propriedade. Destarte, percebe-se a sanha patrimonialista que permeia o Código Penal, principalmente no que se refere a possuir dispositivos mais rigorosos contra crimes em que o bem jurídico ofendido é preponderantemente o patrimônio, em vez da vida.

Percebe-se que o bem jurídico referente à integridade física não tem o mesmo *status* quando se trata da violação à propriedade, tornando-se (o bem jurídico patrimônio), pela visão de Alysson Leandro Mascaro, “o mais inabalável dos direitos” (MASCARO, 2019, p. 2019).

Por mais que a dissertação tenha se amparado nos questionamentos acerca dos delitos contra o patrimônio sem violência ou grave ameaça à pessoa, pode-se comparar, até para ratificar a importância dada pelo Código Penal em relação ao bem jurídico patrimônio, as diferenças do preceito secundário (pena) no que diz respeito à violação ao patrimônio no caso de violência. O Código Penal é muito

jurídica, o mundo desta *lex mercatoria* institucionalizada, faz do direito a ciência do Estado, mas sua ciência não tem horizontes para além desses limites formais, estando, no entanto, a realidade econômico-social espalhada para mais além (MASCARO, 2019, p. 54/55).

mais rigoroso quando há o envolvimento do patrimônio na prática dos crimes, conforme esclarece Fucilini (2019, p. 42):

Ao imaginarmos, levando em conta as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, um caso hipotético de homicídio simples (art. 121, caput, pena de 6 a 20 anos) em que o agente delituoso trata-se de um réu primário, o crime foi considerado de “baixa” culpabilidade, possua bons antecedentes e conduta abonada por seu meio social, não há laudo psiquiátrico indicando personalidade violenta, os motivos do crime não sejam supérfluos, não restaram consequências agravantes ao crime (como, p.e., uma vítima que não deixou filhos pequenos desamparados), e que o comportamento da vítima tenha de alguma forma colaborado para a consumação do crime pelo agente etc. pode-se, facilmente, obter nestes termos uma pena mais próxima da mínima cominada em abstrato pelo caput do art. 121: seis anos de reclusão. À vista disso, considerando um caso hipotético de roubo simples (art. 157, caput, pena de um a dez anos), em que, diferentemente do primeiro caso, levando em conta as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, o réu seja reincidente, a culpabilidade do crime seja “alta”, isto é, sua conduta seja reprovável, possua maus antecedentes, conduta desabonada por vizinhos e familiares, exista um laudo psiquiátrico indicando personalidade violenta, tenha sido o crime cometido por motivo supérfluo, que tenham restado consequências graves ao crime (ex.: roubou o salário do único provedor de uma família de baixa renda) e que o comportamento da vítima não facilitou a execução do assalto, pode-se, fatalmente, ser o agente delituoso condenado a cumprir uma pena mais próxima da máxima prevista em abstrato para o crime em questão, isto é, dez anos de reclusão.

Outra questão que se pode mencionar no que diz respeito às discrepâncias na aplicação da pena e o bem jurídico violado é em relação ao crime de tráfico de pessoas e, nesta comparação, o furto qualificado. Sabe-se que não é difícil o furto ser qualificado, pois, para isso, conforme o parágrafo quarto do art. 155, basta que haja destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa, abuso de confiança, fraude, escalada, destreza, emprego de chave falsa ou concurso de duas ou mais pessoas. Caso ocorra qualquer destas, a pena do furto será de reclusão de dois a oito anos.

Em meio a tantas possibilidades mencionadas, houve mais quatro inclusões. Primeiro, pode-se citar o parágrafo 4-A, que foi inserido pela lei 13.654/2018, o qual estabelece a qualificadora (com pena de quatro a dez anos), caso haja emprego de explosivo ou artefato análogo que tenha a probabilidade de causar perigo comum. Por outro lado, em relação à segunda inclusão, trazida pela recentíssima lei 14.155/2021, a pena será de quatro a oito anos, em se tratando de furto mediante fraude quando cometido por dispositivo eletrônico ou informático (conectado ou não à rede de computadores, com ou sem a violação de mecanismo de segurança

ou a utilização de programa malicioso) ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.

No que tange à terceira inclusão (que também interessa a presente dissertação), a pena será de reclusão de três a oito anos, em se tratando de subtração de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior. Por fim, a própria lei 13.654/2018 (citada acima) estabeleceu que o furto será qualificado, com a pena de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, caso a subtração seja de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

Pela comparação realizada entre o delito de tráfico de pessoas e quaisquer das qualificadoras mencionadas nos dois parágrafos anteriores da presente dissertação, nota-se, de forma bem clara, que não há proporcionalidade entre a proteção aos bens jurídicos. O delito do art. 149-A (tráfico de pessoas) estabelece as seguintes condutas passíveis de serem consideradas como crime: agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de remover órgãos, tecidos ou partes do corpo, submetendo a trabalho em condições análogas à de escravo ou a qualquer tipo de servidão, adoção ilegal ou exploração sexual, fixando, assim, a pena de quatro a oito anos de reclusão.

Nesse caso, tem-se que o delito de furto qualificado se comparado ao delito de tráfico de pessoas (que é um delito que protege, por exemplo, a liberdade individual e, também, nos fins sexuais do referido delito, tutela-se a dignidade sexual, além de haver ameaça, violência, coação, fraude ou abuso) possuem pena máxima fixada em oito anos, ou, como previstos nos parágrafos 4-A e 7º do artigo 155, o legislador estabeleceu a pena máxima em dez anos, mostrando-se muito superior ao delito de tráfico de pessoas.

Pela visão do ministério público e da magistratura, não é difícil considerar o furto como qualificado. Com isso, nota-se que a pena instituída pela qualificadora ou terá a pena máxima igual a oito anos ou será superior (dez anos), penas que se assemelham ou ultrapassam o preceito secundário do artigo 149-A.

Com as discussões estabelecidas, é notório que, quando se envolve o bem jurídico patrimônio, ainda que haja ou não grave ameaça, a punição é ainda mais rigorosa, tornando completamente desproporcional, haja vista que se privilegia um bem jurídico de menor importância (patrimônio) em detrimento de um bem jurídico

de maior relevância (por exemplo, a vida, integridade física, liberdade individual e dignidade sexual [de maneira genérica no delito do art. 149-A], por exemplo).

Nesse sentido, para que as discussões acerca da importância da proteção à propriedade sejam firmadas e para demonstrar a preferência do sistema penal, é interessante estabelecer o perfil das pessoas que praticam os delitos contra o patrimônio. Primeiro, pode-se esclarecer, com respaldo na pesquisa realizada pelo DEPEN (de janeiro a junho de 2020), que os delitos contra o patrimônio são responsáveis por cerca de 40% dos encarcerados.

Antes, o encarceramento pelos delitos da lei 11.343/06 (lei de drogas) tomava conta, com o maior índice de presos, mas de fato, a partir da pesquisa, a violação ao patrimônio privado ganhou forma no cenário criminal brasileiro. Lógico, há uma gama de violações ao patrimônio com violência ou grave ameaça (como, por exemplo, roubo, extorsão e extorsão mediante sequestro), mas há números grandiosos no que diz respeito à prática de delitos contra a propriedade sem violência ou grave ameaça à pessoa, que levam a consequências carcerárias daqueles que a violam. Baratta (2011, p. 176), em relação ao tema, contribui:

O sistema de valores que neles se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados. Basta pensar na enorme incidência de delitos contra o patrimônio na massa da criminalidade, tal como resulta da estatística judiciária, especialmente se se prescinde dos delitos de trânsito.

O interesse pela criminalização dos delitos patrimoniais fica mais evidente quando a discussão parte para o modelo constituído das pessoas que são acusadas de sua violação. A clientela desse sistema penal é, de maneira bem seletiva, de uma parcela vulnerável da sociedade. Já se traduziu, no tópico anterior e de maneira geral, qual o perfil das pessoas que frequentam o sistema penal brasileiro. Agora, passa-se à análise de um marcador social específico presente nos delitos contra o patrimônio, reforçado pelo DEPEN (2019, p. 34) apud (LEITE, 2021, p. 98-99):

Traçando um panorama geral do perfil da população prisional, é possível observar que aproximadamente 59,6% do total de pessoas privadas de liberdade respondem por crimes patrimoniais ou por tráfico de drogas. Entre os homens, cerca de 77% respondem por um dos seguintes crimes: roubo, tráfico, furto ou receptação. Como

vimos na introdução deste tráfico corresponde à justificativa para o encarceramento de 64% de todo o contingente prisional. Cerca de 50% da população privada de liberdade não tem ensino fundamental completo e menos de 1% possui curso superior completo. Pretos e pardos integram 63% de toda população restrita de liberdade, ao passo que correspondem a pouco mais de 55% da população brasileira em geral.

Leite (2021, p. 99) prossegue a análise:

O foco repressivo em crimes patrimoniais e o descaso com a violência de gênero e assassinatos em geral ajudam a desmistificar a falsa noção de que a expansão da população prisional, entre o fim dos anos 90 e o presente período, teria representado qualquer avanço em termos de “segurança” para a classe trabalhadora. A seletividade penal acarreta não só na definição de quais segmentos da população em geral recebem o rótulo de criminalização, como também quais vítimas são dignas de respaldo pelas instâncias formais de controle social.

Além de todo perfil referente à raça e à falta de escolaridade, fortalece-se a ideia de que são pessoas pobres (que não possuem o básico para sobreviver), não conseguindo se manter frente às desigualdades enfrentadas, pois a conquista do patrimônio é de poucos, de apenas uma parcela da sociedade.

Dessa forma, portanto, a criminalização dos delitos patrimoniais (sem violência ou grave ameaça à pessoa – prevista no código penal desde 1940) sinaliza um importante mecanismo capaz de assegurar a propriedade privada, de patamar constitucional (incluída pelos movimentos liberais).

Assim, ainda que a obtenção da propriedade seja ilegítima (haja vista que há a violação da norma que estabelece como crime o fato de se apoderar de bens de outra pessoa), tal criminalização robusta só serve para demonstrar o real interesse capitalista-liberal do Estado, visto que, além de não fornecer o mínimo de propriedade aos dominados, ainda criminaliza a sua busca.

Nesse sentido, se grande parte da sociedade não possui bens próprios (em que a sua posse é selecionada pelo capitalismo desenfreado), qual a lógica de a Constituição garantir a propriedade privada? A lógica está, sem dúvidas, em assegurar a propriedade dos dominantes. Por fim, pode-se considerar todas essas garantias constitucionais (afetas à propriedade privada) como um mecanismo de seleção atribuído pelo Estado liberal/capitalista centrado na busca da propriedade privada.

2.5.

A significância do patrimônio

Com a finalidade de ratificar que, além de a legalidade ser capitalista, a forma da aplicação de princípios também faz parte desse sistema, é chegada a hora de discutir uma espécie de reformismo relacionado à violação ao patrimônio privado. Fala-se em reformismo, pois o princípio da insignificância tenta passar a ideia de que o patrimônio não é a grande proteção do direito penal (minimizandoo), estabelecendo o entendimento no sentido de que só o patrimônio de grande importância exige a sua proteção, mas que, na verdade, permanece calcado apenas como utopia sem grande efetividade prática.

Ao longo dessa construção, deve-se ficar claro que o patrimônio, seja ele de grande valor ou não, possui a sua importância, haja vista que não há critérios bem definidos para a sua aplicação, além de o Supremo Tribunal Federal fixar parâmetros inalcançáveis diante da violação ao patrimônio. A partir dessas questões, deve-se explorar discussões afetas à dogmática penal e, sobretudo, à teoria crítica criminológica, com a finalidade de expor os problemas e as dificuldades de sua aplicação frente aos tribunais brasileiros. Tavares (2018, p. 228) ressalta:

O que se convencionou chamar de princípio da insignificância constitui uma forma de interpretação da norma proibitiva que visa a excluir do âmbito da tipicidade, mais precisamente, do processo de imputação, aquelas condutas que produzam resultados inestimáveis para a lesão ou o perigo de lesão do bem jurídico.

Para tanto, ressalta-se que não há possibilidade de definir o momento exato em que se começou a discutir a aplicação do princípio da insignificância no direito penal (nem é a pretensão da dissertação). No entanto, pode-se fortalecer que é Claus Roxin quem introduz, em 1964, o referido princípio na seara penal¹⁹, além

¹⁹Em termos penais, o princípio da insignificância é tratado, pioneiramente, por ROXIN e, também, por KRUMPELMANN e DREHER, os quais, destros de suas concepções, buscam equacioná-lo dogmaticamente, principalmente ROXIN, ao propor, já em 1964, uma conciliação entre direito penal e política criminal mediante uma interpretação da norma criminalizadora em função da lesão ao bem jurídico. Sob essa perspectiva, estabelece ROXIN restrições à imposição da pena criminal a fatos que, embora formalmente, venham descritos na lei penal como criminosos, não chegam a

de outras contribuições do autor para a teoria do delito (como, por exemplo, a imputação objetiva).

Com base nesta inclusão, Roxin estabelece, dentro da dogmática penal, qual é a função de afastamento do princípio da insignificância. Afinal, quando o assunto é insignificância, uma dúvida paira no ar: em se reconhecendo a aplicação do princípio da insignificância, afastar-se-á a tipicidade, a ilicitude ou a culpabilidade do ato praticado? Pela visão do autor e dos tribunais superiores em ação, trata-se de exclusão da tipicidade.

Assim, dentre os elementos que compõem o conceito analítico de crime (que é o conceito adotado pelo Código Penal brasileiro), menciona-se que o crime é um fato típico, ilícito e culpável, sendo a punibilidade mero pressuposto de aplicação da pena. Dentro do fato típico, encontram-se a conduta, resultado, nexa causal e, por fim, a tipicidade. É a tipicidade que interessa.

A tipicidade pode ser, portanto, formal ou material. Tipicidade formal diz respeito ao exato encaixe da prática da conduta criminalizada com aquilo disposto na lei penal. Já a tipicidade material relaciona-se com a lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico, podendo ser diagnosticada, diante do caso concreto, se ofereceu ou não perigo ou lesão ao bem jurídico tutelado pela norma de eficácia penal. Fica fácil, a partir desses conceitos, entender o que o princípio da insignificância elimina. Elimina a tipicidade material, tornando irrisória a lesão ou o perigo de lesão oferecido pela prática da conduta pelo indivíduo que a violou.

Por todas essas construções realizadas acerca da insignificância, precisa-se entender a formação dos critérios para a sua aplicação. Segundo Rafael Fagundes (2019, p. 129), a necessidade de critérios se justifica para estabelecer hipóteses concretas para aplicação do princípio:

Todavia, se, por um lado, muitos esforços foram dedicados ao reconhecimento da importância do conceito de insignificância e à definição de sua natureza jurídica, por outro, pouco tem sido feito no sentido de estabelecer critérios objetivos que permitam a aplicação da insignificância em hipóteses concretas. Apesar de toda teorização já existente sobre o tema, até agora não foram satisfatoriamente estabelecidos os parâmetros que permitem determinar se uma conduta é penalmente insignificante ou não.

afetar significativamente o bem jurídico e, portanto, não se amoldam ao tipo de injusto (TAVARES, 2018, p. 230).

Pela análise de Fagundes (2019), por volta de 1980 até os anos 90, a aplicação do princípio na insignificância era de maneira livre pelo julgador, não havendo qualquer norte em relação ao julgamento das condutas. Dessa forma, por mais que não existam critérios seguros em relação à sua aplicação no direito brasileiro, no começo dos anos 2000 (mais especificamente em 2004), o Supremo Tribunal Federal fixou parâmetros para aplicação da insignificância:

E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como **(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada** - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social (STF, HC nº 84.412/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.nov.2004, p. 37. RT 834/477).

A partir da menção do julgado, torna-se interessante a análise de cada vetor para entender quais são seus enfrentamentos, problemas e possibilidades:

A) Mínima ofensividade da conduta do agente: de início, é importante mencionar que a questão afeta à mínima ofensividade da conduta é completamente vaga e imprecisa. Conforme Fagundes (2019, p. 140), com o escopo de demonstrar a imprecisão da matéria, “em primeiro lugar, há que se registrar as dificuldades

encontradas na delimitação do conteúdo da expressão “mínima ofensividade da conduta”.

Ainda em Fagundes (2019), a depender da forma como se interpreta o conceito de mínima ofensividade da conduta (ou seja, interpretar, primeiramente, no sentido de que a ofensividade é realmente mínima, chegando à conclusão de que tal ofensividade não pode se mostrar inferior ao que representa a conduta), pode-se confundir com os três vetores seguintes, que dizem respeito à nenhuma periculosidade social da ação (que será analisado no próximo tópico, onde deverá expor a questão relacionada ao positivismo criminológico), ao reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e, por fim, à inexpressividade da lesão jurídica provocada. Fagundes (2019, p. 141) esclarece:

No primeiro caso, essa expressão já reuniria em si todo o conteúdo da insignificância, pois se a ofensividade (lesividade) de uma conduta não pode ser menor do que a verificada na ação do agente, o fato certamente é insignificante. Nesse cenário, todos os demais vetores estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal tornar-se-iam redundantes. Seria inútil analisar a “periculosidade social da ação”, o “grau de reprovabilidade do comportamento” e a “inexpressividade da lesão jurídica”, se fosse possível determinar, desde já, que a conduta não apresenta ofensividade (lesividade) nenhuma.

Já em relação à segunda hipótese, Rafael Fagundes (2019, p. 142) expõe:

Na segunda hipótese, entender-se-ia que a ofensividade mínima da conduta diria respeito a fatos em que, embora representem uma ofensa (não se sabe exatamente ao que), ela é mínima. Isto é, não se trataria de uma ofensa inexistente, mas de uma lesão (mais uma vez, não se sabe ao que) que existe, mas não chega a ser relevante.

Na primeira questão levantada pelo autor, há que se notar que a primeira interpretação estabelece que não há qualquer ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma e, por conta disso, não há que se falar em relevância da conduta praticada. Noutra dimensão, no que tange à segunda interpretação que Rafael Fagundes realiza (2019), a lesão ao bem jurídico existe, mas, na verdade, não possui qualquer relevância, sendo, portanto, mínima.

Para tentar salvar a análise referente ao primeiro vetor, a mínima ofensividade deve ser interpretada, com amparo em Fagundes (2019, p. 142), “como equivalente ao desvalor da ação, sendo a única forma de conferir a esse

vetor utilidade como critério para avaliação da insignificância de um ato”. Apesar de restringir a interpretação para que se possa haver utilidade do primeiro vetor, ainda assim, poder-se-á ser confundido com a inexpressividade da lesão jurídica, tornando-o sem utilidade.

B) Periculosidade social da ação: Com a finalidade de analisar ou não a questão relacionada à insignificância, não se pode conferir validade a este vetor. Ainda nas lições de Fagundes (2019, p. 143), o conceito atrelado à periculosidade é amparado pelo positivismo criminológico, o qual se tornou “um paradigma cujos ranços, infelizmente, continuam a ser uma grande permanência no pensamento social brasileiro”.

Para entender o positivismo, Fagundes (2019, p. 143) esclarece:

Como se sabe, o positivismo criminológico consistiu em uma escola de pensamento sobre a questão criminal que, renegando a ideia de livre arbítrio (por ser indemonstrável), tentou encontrar “cientificamente” as causas do delito ou o “germe da criminalidade”. Fortemente influenciado pelas descobertas das ciências naturais de sua época, em especial a teoria da evolução e os avanços da medicina, pretendia o positivismo criminológico encontrar as causas do delito (paradigma etiológico), classificar os delinquentes e propor tratamentos para cura ou neutralização do criminoso.

João Ricardo W. Dornelles (1992, p. 37), em sua obra “O Que é Crime”, também trouxe uma definição acerca do positivismo criminológico:

A procura das causas do crime na patologia individual (visão do positivismo tradicional) ou na patologia social (visão do positivismo sociológico) apresenta o inconveniente de se prender a uma analogia biológica, na medida em que trabalha com conceitos de normalidade e doença, de saúde e patologia no quadro da sociedade. Exclui um enfoque histórico-estrutural das contradições internas da formação social. O crime e o desvio passam a ser apenas uma patologia social, um estado doentio desagregador decorrente da disfuncionalidade de alguns órgãos do corpo social, e não o produto das próprias contradições da organização social. São fenômenos entendidos como resultado de uma degeneração de partes da sociedade que se organizam em subculturas desviantes, como comportamentos sociais diferentes do esperado pelo padrão cultural dominante.

A palavra periculosidade faz sim parte do positivismo criminológico e não condiz com um direito penal do fato, mas sim do autor. Tal expressão foi lançada por Garofalo (positivista, de origem racista e autoritária). Segundo Anitua apud

Fagundes (2019, p. 144), “para Garofalo, a pena não devia ser proporcional ao dano ocasionado, mas sim à periculosidade do sujeito”, além disso, o autor (2019, p. 145) complementa:

Como se pode ver, a noção de periculosidade vincula-se a um paradigma determinista e preconceituoso, que enxerga na prática de um delito sinais de uma degeneração moral ou em déficit civilizatório. O criminoso é um ser antissocial que precisa ser contido, tratado ou neutralizado. Às agências judiciais, ficaria relegada a tarefa de medir o grau de perigo do *homo delinquente* para o “corpo social”.

Dessa forma, conforme grande parte dos autores mencionam, se o direito penal e as demais searas estão inseridos em um estado democrático de direito²⁰ (que, na visão deste pesquisador, de democrático não tem nada, pois o Estado se encontra nas mãos dos dominadores), não se pode aceitar tal expressão (periculosidade) dentro dos Tribunais brasileiros, ainda mais lançada pelo Supremo Tribunal Federal, que, com isso, fortalece os tribunais de segundo grau no uso, havendo disseminação de expressões que rememoram a doutrina positivista criminológica na aplicação do direito.

C) Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento: no mesmo sentido do vetor acima, não se pode dar ao grau de reprovabilidade do comportamento qualquer validade. Isso se deve ao fato de que, primeiramente, nas percepções de Fagundes (2019, p. 147), “a noção de reprovabilidade enseja um julgamento ético e moral do sujeito, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito secularizado, em que vige a separação entre direito e moral”.

Noutro giro, também não se pode sustentar o uso deste vetor, pois, como se trata de um princípio (da insignificância) que exclui a tipicidade formal, a

²⁰Além de todos os equívocos metodológico e dos absurdos do positivismo criminológico, o fato é que a periculosidade, enquanto categorização jurídica, é incompatível ao Estado Democrático de Direito. É antagônica também a um direito penal que pretenda o controle da irracionalidade do poder punitivo. Não se pode admitir que um ordenamento jurídico que consagra os princípios da culpabilidade e da responsabilidade penal subjetiva avalie um sujeito não pelo ato que praticou, mas pela (suposta) periculosidade que tal ato revelaria. As agências judiciais ainda não dispõem de um “perigômetro”. Portanto, não é tarefa sua exercer prognósticos sobre a periculosidade de um cidadão ou vaticinar sobre a conduta futura do acusado (FAGUNDES, 2019, p. 146).

reprovabilidade se trata de critério analisado na culpabilidade, sendo uma completa incongruência com a teoria do delito. Fagundes (2019, p. 148), ainda nas críticas aos vetores fixados pelo STF, complementa:

Como sabe-se, a reprovabilidade integra o conceito normativo de culpabilidade. Este conceito foi formulado em oposição à teoria psicológica da culpabilidade, adotada pelo paradigma causalista, que a entendia como vínculo psíquico entre o agente e o fato (dolo e culpa).

Assim, por constituir um critério de cunho moral, além de a reprovabilidade fazer parte do terceiro elemento do conceito analítico de crime, que se denomina de culpabilidade, tal expressão não pode figurar nas questões afetas à análise do princípio da insignificância.

D) A inexpressividade da lesão jurídica provocada: em relação a este último vetor, extrai-se que é o menos problemático de todos os vetores, haja vista que pode ser considerado para fins de aplicação do princípio da insignificância, a depender da análise do caso concreto.

Seguindo Fagundes (2019, p. 153), trata-se de um critério que possui vinculação direta com a lesividade praticada pela conduta, preenchendo “o requisito jurídico da alteridade”. Apesar de não haver grandes problemas no que tange à inexpressividade da lesão jurídica provocada, ainda assim pode ser confundido com o primeiro vetor, o qual se apresenta pela mínima ofensividade da conduta do agente. São critérios, portanto, imprecisos, sem qualquer efetividade prática. Nesse sentido, segue a explicação de Fagundes (2019, p. 138):

Nos termos em que se encontram, os vetores estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal continuam sendo demasiadamente genéricos e, conseqüentemente, inúteis. Persistem as abstrações que habilitam o arbítrio e os juízos de caráter subjetivo. Essa excessiva indeterminação dos vetores não permite que esses critérios cumpram a função a que se propõem: estabelecer parâmetros objetivos que possam balizar as decisões das agências judiciais e proporcionar previsibilidade e segurança jurídica aos pronunciamentos jurisdicionais.

Infelizmente, por conta desta imprecisão, os tribunais, muitas vezes, decidem de forma completamente diferente em relação a casos similares, dando

azo, portanto, a decisões contraditórias, sem qualquer justificativa plausível, gerando enorme insegurança jurídica.

Como exemplo dessas decisões divergentes, pode-se mencionar um caso interessante citado por Fagundes (2019), oportunidade na qual o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela aplicação do princípio da insignificância no caso do furto de uma bicicleta avaliada em R\$ 130 reais. Tal decisão foi proferida através de um recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, onde a acusação não concordava com o reconhecimento da insignificância, em segunda instância.

Em análise específica do caso, ressalta-se que, em primeiro grau, consta que o recorrido foi condenado pelo delito de furto à pena de um ano de reclusão em regime aberto, além de fixar 10 dias-multa. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em apelação interposta pela defesa, reconheceu o princípio da insignificância no referido caso. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial do Ministério Público, manteve a aplicação do princípio da insignificância, sob o seguinte argumento:

Verifica-se que o bem subtraído possui importância reduzida, devendo ser ressaltado que este foi imediatamente restituído à vítima, inexistindo, portanto, repercussão social ou econômica. Além do valor da res furtiva não ser parâmetro único à aplicação do princípio da insignificância, as circunstâncias e o resultado do crime em questão demonstram a ausência de relevância penal da conduta, razão pela qual deve se considerar a hipótese de delito de bagatela (RECURSO ESPECIAL Nº 1.244.828 – RS, rel. Min. Gilson Dipp, data de julgamento: 07/08/2012, T5 – QUINTA TURMA, Data de publicação: DJe 14/08/2012).

Praticamente nos mesmos termos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela não aplicação do princípio da insignificância no furto de uma outra bicicleta no valor de R\$ 130 reais.

Penso que não merece prosperar o pleito de aplicação do princípio da insignificância, eis que, como visto, o acusado subtraiu para si uma bicicleta que estava estacionada em local apropriado de estabelecimento comercial, tendo sido avaliada em R\$ 130,00, valor este que não pode ser considerado ínfimo, não restando caracterizada, portanto, a inexpressividade da lesão jurídica provocada (STJ – HC: 199412 SP 2011/0038131-5, Relator: Ministro HAROLDO RODRIGUES [DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE], Data de julgamento: 07/04/2011, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/05/2011).

Qual é o verdadeiro parâmetro para a aplicação da insignificância? Não se sabe. Em duas decisões semelhantes, percebe-se decisões completamente opostas. A verdade é que não se obtém resposta concreta a respeito dessas ocorrências, levando, cada vez mais, à descrença pela insignificância.

Seguindo nesta direção, que, para este pesquisador, possui convergência com o tema tratado sobre a insignificância, há um projeto de lei 4540/2021, de autoria da deputada Talíria Petrone (PSOL/RJ), tramitando na câmara dos deputados. Percebe-se, pela leitura do projeto, que se busca incluir na legislação a previsão do furto por necessidade e, também, em relação ao furto insignificante, além de a ação penal do delito de furto se proceder mediante queixa-crime, onde o ofendido decidirá se propõe ou não a ação no prazo decadencial de 06 meses, a contar do conhecimento da autoria do fato.

A deputada propõe, na verdade, de maneira expressa, o parágrafo primeiro, com dois incisos. O primeiro inciso diz respeito ao furto por necessidade e traz a seguinte redação: “quando a coisa for subtraída pelo agente, em situação de pobreza ou extrema pobreza, para saciar sua fome ou necessidade básica imediata sua ou de sua família” e, no inciso II, “se insignificante a lesão ao patrimônio do ofendido”. Nos dois casos, a proposta é no sentido de não considerar crime.

A justificativa para a proposta gira em torno da diminuição do encarceramento em massa, pelas questões de seletividade racial, além de mencionar, a partir da pesquisa realizada por Carolina Costa Ferreira, na Universidade de Brasília, um maior rigor em relação à investigação dos crimes contra o patrimônio quando comparado com crimes contra a administração pública, por exemplo. Em consulta ao site da Câmara dos Deputados, retirou-se um trecho em que a Deputada menciona a pesquisa de Carolina:

Os dados empíricos trabalhados na pesquisa de Ferreira ajudam a compreender como o crime de furto, mesmo sendo delito cometido sem violência e contra o bem jurídico patrimônio, ocupa lugar importante nas estatísticas de encarceramento por tipo penal. A pesquisadora da Universidade de Brasília observou empiricamente que o judiciário aplica com maior rigor e intensidade a pena privativa de liberdade nos crimes contra o patrimônio, através de diversos mecanismos como penas bases mais altas, resistência em substituir pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito e predileção pelo regime fechado. Em muitos casos, a seletividade se manifesta de forma sutil, através, por exemplo, da imputação de crimes complementares, especialmente de tipos associativos, o que normalmente não ocorre nos casos de peculato.

No projeto de lei, pode-se notar que Talíria Petrone também menciona que a necessidade de constar os dispositivos na lei (criando o parágrafo primeiro do artigo 155, do código penal) se deve ao fato de o princípio da insignificância passar por grande instabilidade frente aos tribunais brasileiros, em que decidem de maneira completamente distinta sobre casos que possuem grande semelhança, como exposto nas decisões citadas acima.

Portanto, o princípio, pela dificuldade encontrada na interpretação dos vetores estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, como também mencionado no tópico anterior, só confirma a tese de que não há segurança no que diz respeito à sua aplicação, pois há entendimentos divergentes sobre os vetores fixados pelo tribunal superior.

3**A prisão e o controle de corpos no capitalismo****3.1.****As táticas punitivas registradas por Foucault: uma análise das obras vigiar e punir e a sociedade punitiva**

O leitor pode se perguntar o porquê de tratar da prisão logo após levantar as questões da legalidade, entendendo que são assuntos diferentes entre si. Com efeito, sim, são matérias distintas, mas que possuem o mesmo amparo. Tanto a prisão quanto a legalidade fazem parte de uma sociedade dominante, que possuem finalidade (cada qual a sua maneira) de assegurar os direitos próprios de uma classe.

Além do mais, nesta toada, é interessante levantar o tema para que se possa ter uma visão crítica e entender que a prisão só existe por conta de uma legalidade que lhe dá amparo. E a legalidade (objeto de estudo no capítulo antecedente), como se conhece na modernidade, só existe por conta do capitalismo.

Buscando relacionar com o tema afeto à punição, é importante salientar que, quando se trata do caminho percorrido pela pena frente ao contexto mundial, principalmente em relação ao ocidente, não se pode deixar de citar um dos maiores analistas do fenômeno punitivo: Michel Foucault²¹. Interessante mencionar que

²¹Michel Foucault (1926-1984) foi um filósofo francês, que exerceu grande influência sobre os intelectuais contemporâneos, conhecido por sua posição contrária ao sistema prisional. Diplomou-se em Psicologia (1949) e Filosofia (1948), lecionando nas universidades francesas e obteve a cátedra com o tema História dos Sistemas de Pensamento no Collège de France. Dentre suas obras clássicas, estão a Doença Mental e Personalidade (1954), História da Loucura na Idade Média

Foucault não é da área do direito, mas tem grande influência no mundo jurídico, ainda mais em se tratando da aplicação da pena, propriamente em relação ao nascimento da prisão. Mascaro (2018, p. 434), em sua obra sobre a filosofia do direito, dá ênfase à grande contribuição de Foucault para a filosofia do direito, oportunidade em que menciona a discussão do autor acerca da relação de poder em suas obras, como, por exemplo, História da loucura, Arqueologia do saber, Nascimento da clínica, Vigiar e punir, História da sexualidade: a vontade de saber, História da sexualidade: o uso dos prazeres e a História da sexualidade: o cuidado de si.

Sua indagação não é a respeito da harmonia da sociedade, de seu funcionamento contratual, mediante a concordância dos sujeitos. Pelo contrário, é a respeito dos instrumentos e mecanismos da dominação, que estão nas grandes questões políticas e sociais, mas também nos pequenos e quotidianos arranjos do poder, na família, no grupo social, na vizinhança e na escola, por exemplo.

Assim, apesar de a presente dissertação se amparar em um estudo crítico (com base nas teorias críticas), mais especificamente em Marx e naquele que introduziu a sua teoria ao direito, que é Pachukanis²², não há como deslocar dentro da referida cadeia punitiva sem antes entender o pensamento daquele que tem uma visão diferenciada a respeito do fenômeno burguês ocorrido no século XVIII. Por mais que Pachukanis seja anterior a Foucault, este é quem, na visão do trabalho, traça uma importante análise sobre a construção do atual modelo punitivo, perpassando pelos suplícios até a constituição do cárcere, como se discutirá a seguir.

Não é que Pachukanis não dedique parte de sua obra para tratar do direito penal e seus problemas. Não é isso. O autor teve a sua contribuição e, talvez, tenha sido quem mais se desdobrou para estabelecer o pensamento de Marx dentro da teoria do direito, em sua obra Teoria do Direito e Marxismo, apresentada e discutida no capítulo seguinte. Para tanto, dever-se-á problematizar aspectos interessantes

(1961), tese de doutorado na Sorbonne. Ainda, publicou o Nascimento da Clínica (1966), As Palavras e as Coisas e Arqueologia do Saber (1969), Vigiar e Punir o Nascimento da Prisão (1975) e a História da Sexualidade (1976).

²²Pachukanis foi um dos primeiros a captar o ponto de vista marxiano pelo qual, para além da contraposição abstrata e escolástica entre estrutura e superestrutura, o direito é dialeticamente considerado forma do processo real da troca, face do valor de troca.

sobre o sistema punitivo, estabelecendo importantes marcos acerca do seu caminho trilhado na história.

A partir do contexto apresentado nos dois parágrafos anteriores, entende-se que a aplicação da pena é algo que vem sendo questionado há bastante tempo no mundo todo. Segundo Fernandes; Ferreira e Martins (2021, p. 297) “muito dessa discussão se deve ao episódio desumano e sangrento em toda sua história, visto que a pena corporal (que perpetuou por muito tempo no sistema penal) atentava diretamente contra a famigerada “dignidade humana²³” e foi constituída por diversas fases até chegar ao patamar que se encontra nos dias atuais (pena de prisão)”.

Nesse sentido, portanto, destaca Fernandes; Ferreira e Martins (2021, p. 297) que o modelo de pena se constituía, em sua grande maioria, com grande rigor e, assim, “em sua essência, disseminava angústias e decepava quaisquer valores humanitários”. Por conta disso, torna-se bastante relevante, em relação à discussão da proposta da dissertação, entender a aplicação da pena durante os séculos passados, fixando o surgimento do cárcere na contemporaneidade.

Deve-se, no presente momento, entender o sistema de poder no qual os corpos vivos estavam inseridos para, de fato, perceber quais são as características impostas pela sociedade que domina as ações. Pela análise dos suplícios aplicados, segundo Feitosa e Santos (2020), o corpo estava preso a uma manifestação de poder que, diferente dos tempos atuais, era visível e concreta, onde havia uma relação de submissão direta e eficaz para os padrões constituídos naquele tempo.

Seguindo a análise proposta relacionada à discussão do modelo punitivo, primeiramente, tratar-se-á, dentre as quatro táticas punitivas contempladas por Foucault, da prática da exclusão²⁴, tendo como principal objetivo o banimento. Pelo amparo do autor (Foucault), a exclusão é empregada no sentido estrito, ou seja, na

²³Conforme será apresentado no decorrer do capítulo, a dignidade da pessoa humana fica presa ao campo abstrato da teoria. A evolução da pena, para alguns, se deu por conta da fixação de conceitos humanitários à pena. Não é verdade! Há um interesse dominante por trás do caminho percorrido pela pena.

²⁴Excluir. Esse termo é aqui empregado no sentido estrito, e não, como no texto de Lévi-Strauss, no sentido de encarcerar, mas no sentido de exilar, expulsar, pôr para fora. Com essa tática punitiva, trata-se de proibir a presença de um indivíduo nos lugares comunitários ou sagrados, de abolir ou proibir em relação a ele todas as regras de hospitalidade. Trata-se de privá-lo de sua casa, suprimir até a realidade de seu lar, como quando se queima a casa de um banido ou também – segundo um direito medieval que se prolongou por muito tempo, até nas práticas revolucionárias – [quando se] incendeia o teto da casa da pessoa que se quer banir. Essa tática foi posta em prática de maneira privilegiada na penalidade da Grécia arcaica (FOUCAULT, 2018, p. 8).

modalidade de excluir, colocar para fora o violador da norma penal, ratificando a possibilidade de expulsar o indivíduo dos lugares considerados humanitários e divinos tido pela sociedade da época, com a finalidade de “abolir ou proibir em relação a ele todas as regras de hospitalidade” (FOUCAULT, 2018, p. 7). Foucault (2018, p. 9) ainda segue reforçando:

Na tática da exclusão, o que significa confiscar bens? É certa maneira de suprimir ou de comprometer o direito de residência, de suspender assim os privilégios políticos, os direitos civis referentes a essas propriedades assim suprimidas. É certa maneira de apagar a cidadania do infrator. É obrigá-lo a ir buscar alhures um lugar ao sol. É impedi-lo de deixar bens atrás de si, depois da partida ou da morte. A tática da multa, dentro de um sistema de exclusão, desempenha o papel de exílio in loco ou de exílio indireto.

Já no que tange à segunda tática punitiva, verifica-se o ressarcimento²⁵. Nessa oportunidade, fala-se em impor uma espécie de compensação. Dessa forma, diferentemente da tática referente à exclusão (em que não se fala em compensação, mas na retirada de cena do infrator), há o estabelecimento de práticas que visam a reparação da conduta praticada. Conforme Foucault (2018), a grande busca aqui é vincular o infrator às diversas formas de obrigações.

A tática punitiva, nesse momento, é definida pela arte de marcação²⁶, ou seja, há a necessidade de deixar marcado o corpo que violou a norma penal da época, fortalecendo e dando cor à punição, nas suas mais sangrentas e violentas

²⁵Num sistema de ressarcimento, a morte-castigo era, no fundo, a compensação da dívida: essa era a maneira como um assassinato devia ser pago. E a melhor prova de que era apenas isso é que o assassinato podia ser punido com a morte não do culpado, mas de um de seus parentes. Era preciso que a execução equivalesse ao reembolso da dívida, e não ao castigo do indivíduo considerado culpado (FOUCAULT, 2018, p. 11).

²⁶Marcar. Fazer uma cicatriz, deixar um sinal no corpo, em suma, impor a esse corpo uma diminuição virtual ou visível, ou então, caso o corpo real do indivíduo não seja atingido, infligir uma mácula simbólica a seu nome, humilhar seu personagem, reduzir seu status. De qualquer maneira, trata-se de deixar sobre o corpo visível ou simbólico, físico ou social, anatômico ou estatutário, algo como um vestígio. O indivíduo que tiver cometido a infração ficará assim marcado por um elemento de memória e reconhecimento. Nesse sistema, a infração já não é aquilo que deve ser ressarcido, compensado, reequilibrado, portanto até certo ponto apagado; ao contrário, é aquilo que deve ser ressaltado, que deve escapar ao esquecimento, ficar fixado numa espécie de monumento, ainda que este seja uma cicatriz, uma amputação, algo que gire em torno da vergonha ou da infâmia; são todos os rostos expostos no pelourinho, as mãos cortadas dos ladrões. O corpo visível ou social, nesse sistema, deve ser o brasão das penas, e esse brasão remete a duas coisas. [Por um lado] à culpa, de que ele deve ser o vestígio visível e imediatamente irreconhecível: sei muito bem que és ladrão, pois não tens mãos; e, [por outro lado,] ao poder que impôs a pena e, com essa pena, deixou no corpo do supliciado a marca de sua soberania. Na cicatriz ou amputação, visível não é apenas a culpa, mas também o soberano. Foi essa tática da marcação que preponderou no Ocidente desde o fim da Alta Idade Média até o século XVIII (FOUCAULT, 2018, p. 8).

formas, onde o poder se estabelece como algo dominador e explorador do corpo alheio, sem qualquer medida que fosse utilizada para reter a violência imposta.

Foucault (2018, p. 11) complementa:

Na prática da marcação, é fácil ver como a morte é uma operação física especificada, um trabalho com o corpo, uma maneira ritualizada de inscrever as marcas do poder no corpo do indivíduo, sua situação de culpado, ou de inscrever pelo menos no medo do espectador a memória da culpa. Se do fim da Idade Média ao século XVIII assistimos a uma variedade tão luxuriante de suplícios, é porque, precisamente, era necessário levar em conta toda uma série de variáveis: por exemplo, o status do culpado, e assim temos a decapitação, que é a morte marcada pelo selo do nobre, e a forca, morte que marcará o camponês. Têm-se a fogueira para o herege, o esquartejamento para os traidores, o desorelhamento para os ladrões, o furo da língua para os blasfemadores etc.

Seguindo a análise, Fernandes; Ferreira e Martins (2021, p. 298) salientam:

Nesse contexto, é certo que o poder punitivo tinha, na respectiva época (período compreendido entre a idade média até a fase do iluminismo penal [1453 D.C. e se estende até o século XVIII]), a “mão pesada”, ou seja, as penas eram destinadas a castigar fisicamente (mediante açoites, torturas físicas e psicológicas), e, na maioria das vezes, desenhava-se num cenário de horror para o violador das regras e para os expectadores da cerimônia. Salienta-se, ainda, que não havia um limite preestabelecido para aplicabilidade das penas, nem havia “a falsa proibição do excesso” – atrelado ao princípio da proporcionalidade – tal como se encontra hoje no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, em caráter de semelhança aos suplícios narrados (onde há um exemplo claro no que tange à morte por marcação²⁷), mostra-se interessante citar uma das últimas execuções da França, relatada por Foucault (2014, p. 09), logo no início da obra “Vigiar e Punir”, em que descreve o sofrimento de um camponês (Damiens), no século XVIII, em 02 de março de 1757²⁸.

²⁷É possível lembrar uma das cenas mais prodigiosas dessa morte por marcação: a execução de Damiens em 1757. Damiens, que de início foi condenado à retratação pública, depois foi colocado na roda, seus membros foram quebrados a golpes de barra de ferro, seu peito foi lacerado, e sobre as chagas foi derramada cera ferventes, sendo ele depois esquartejado com o corte das articulações e incinerado; suas cinzas finalmente foram lançadas ao vento. Tudo isso funcionou, até na imaginação do tempo, como a derradeira encenação dessa enfiada de suplícios. O soberano havia sido arranhado por um alucinado que saíra da multidão. A esse gesto o poder político respondeu com a exibição mais cabal de seu brasão penal. Exibiu os traços mais atrozes e ao mesmo tempo mais rituais de seu direito na justiça. O soberano mostrou o que podia fazer com o corpo de um homem ((FOUCAULT, 2018, p. 11).

²⁸ Finalmente foi esquartejado [relata a *Gazette d' Amsterdam*]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas. Afirma-se que, embora ele sempre tivesse sido um grande praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas as dores excessivas

[Damien fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na Praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas, e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.

A execução citada demonstra como a aplicação da pena atingiu o auge dos atos mais violentos praticados à época. Período interessante para entender que a violação à norma estabelecida naquele tempo possuía um único e claro objetivo: demonstrar para a sociedade que a transgressão à lei corresponderia à aplicação de uma pena sem dosagem e, também, sem qualquer finalidade reintegradora do denominado “criminoso”. O suplício aplicado era a demonstração de poder firmada na prática da retribuição, com a finalidade de extirpar a vontade daqueles que algum dia pensaram em violar a norma penal vigente no período do soberano.

Por mais que tenham havidos tempos nebulosos no que diz respeito à punição, com base em Fernandes; Ferreira e Martins (2021, p. 299), que se mantiveram durante um tempo atrelados aos castigos aplicados mundo afora (oportunidade em que a própria obra de Foucault ressalta uma importante passagem no que se diz respeito à aplicação dos suplícios), no decorrer das fases punitivas, por voltado século XVIII e começo do século XIX, salienta-se que as punições tomaram diferentes rumos na história²⁹.

faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetia: “Meu Deus, tende piedade de mim; Jesus, socorrei-me” (FOUCAULT, 2014, p. 09).

²⁹ O famoso artigo 3º do Código Francês de 1791 – “todo condenado à morte terá a cabeça decepada” – tem estas três significações: uma morte igual para todos (“Os delitos do mesmo gênero serão punidos pelo mesmo gênero de pena, quaisquer que sejam a classe ou condição do culpado”, dizia já a moção votada, por proposta de Guillotin, a 1º de dezembro de 1789); uma só morte por condenado, obtida de uma só vez e sem recorrer a esses suplícios “longos e consequentemente cruéis”, como a força denunciada por Le Peletier; enfim, o castigo unicamente para o condenado, pois a decapitação, pena dos nobres, é a menos infamante para a família do criminoso. A guilhotina utilizada a partir de março de 1792 é a mecânica adequada a tais princípios. A morte é então reduzida a um acontecimento visível, mas instantâneo. Entre a lei, ou aqueles que a executam, e o corpo do criminoso, o contato é reduzido à duração de um raio. Já não ocorrem as afrontas físicas; o carrasco só tem que se comportar como um relojoeiro meticuloso (FOUCAULT, 2014, p. 17/18).

O corpo, nessa época, já passa a não ser mais o alvo principal da escala punitiva, ou seja, não é visto mais como imprescindível para a aplicação da repressão penal, surgindo, portanto, como forma de tornar as penas aplicadas “mais humanizadas”, a aplicação da “morte rápida”, sem qualquer sofrimento atribuído ao transgressor das normas. Finalmente, a pena, segundo Foucault, deixa de ser um “teatro” e passa a se preocupar efetivamente em “desviar o homem do crime”.

Com o decorrer do tempo, ainda sob o amparo de Fernandes; Ferreira e Martins (2021, p. 299), pode-se afirmar que a pena aplicada direcionada ao corpo do supliciado “não conseguia cumprir a sua real finalidade, pois por mais que fosse aplicada com o intuito de amedrontar os expectadores da cerimônia penal, não era compreendida pela maior parte³⁰”.

A pena aplicada dessa forma estava, naquele contexto, estimulando a prática de novos crimes, visto que a plateia começou a gozar de um sentimento de pena para com aquele que sofria com os suplícios e, muitas das vezes, achava correta a posição do “criminoso”. Nesse período, surge, como método alternativo, a medida referente à suavização da pena, que tinha como finalidade não mais o sofrimento do “criminoso”, mas sim se apresentar como uma medida que estimulasse a não violação das normas proibitivas constituídas pela classe social da época.

Com base na máxima introduzida pelo iluminismo penal (tendo todo seu amparo em Cesare Beccaria), a guilhotina³¹, por volta de março de 1792, volta a ser instituída pelo médico francês Joseph-Ignace Guillotin (1738-1814), embasado em Fernandes; Ferreira e Martins (2021, p. 300), “sob a justificativa de que seria um método punitivo mais humanizado, haja vista que o enforcamento ou a decapitação com machado ainda causava sofrimento àquele que fosse condenado à morte”. Pelo lema da revolução francesa, não havia justificativa melhor que se coadunava com

³⁰ Dentre tantas modificações, atendo-me a uma: o desaparecimento dos suplícios. Hoje existe a tendência a considerá-lo; talvez, em seu tempo, tal desaparecimento tenha sido visto com muita superficialidade ou com exagerada ênfase como “humanização” que autorizava a não analisá-lo. De qualquer forma, qual é a sua importância, comparando-o às grandes transformações institucionais, com códigos explícitos e gerais, com regras unificadas de procedimento; o júri adotado quase em toda parte, a definição do caráter essencialmente corretivo da pena, e essa tendência que se vem acentuando sempre mais desde sempre mais desde o século XIX a modular os castigos segundo os indivíduos culpados? Punições menos diretamente físicas, uma certa discrição na arte de fazer sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação, merecerá tudo isso acaso um tratamento à parte, sendo apenas o efeito sem dúvida de novos arranjos com maior profundidade? No entanto, um fato é certo: em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal (FOUCAULT, 2014, p. 13).

³¹ Quase sem tocar no corpo, a guilhotina suprime a vida, tal como a prisão suprime a liberdade, ou uma multa tira os bens. Ela aplica a lei não tanto a um corpo real e susceptível de dor quanto a um sujeito jurídico, detentor, entre outros direitos, do de existir. Ela devia ter a abstração da própria lei (FOUCAULT, 2014, p. 18).

o movimento humanitário que se criou, onde houve oposição direta no que tange à pena que fornecia mais e mais sofrimento ao corpo do condenado à época.

Portanto, da pena deve-se retirar todo e qualquer espetáculo e, assim, fortalecer o objetivo de causar temor a terceiros, com a finalidade de fazer com que a sociedade não viole mais a norma. No entanto, no que diz respeito ao criminoso, que violou uma norma de eficácia penal, a pena não deve tomar o seu corpo. Pela proposta de Beccaria, chega-se à conclusão de que “quanto mais atrozes forem os castigos, tanto mais audaciosos será o culpado para evitá-los. Acumulará os crimes, para subtrair-se à pena merecida pelo primeiro” (BECCARIA, 2011, p. 59).

Com base, portanto, no século das luzes, perpassando a fase do poder soberano para o “avanço” da pena privativa de liberdade (prisões da liberdade, igualdade e fraternidade – ideais que compõem a revolução burguesa do século XVIII), no que tange à última tática punitiva descrita por Foucault (2018), dentro da obra “A Sociedade Punitiva”, houve a apresentação da arte do encarceramento, em que é utilizada de maneira predominante quando o assunto é aplicação/cumprimento da pena na contemporaneidade. É o grande momento da dominação do chamado “humanismo da pena”, onde se estabelece o início de sua aplicação (pela pena de prisão), com o conseqüente fim da pena corporal.

3.2.

A prisão como instrumento da classe burguesa

Para que se possa entrar nas discussões mais importantes acerca do nascimento da prisão, primeiro deve-se entender alguns fenômenos que antecederam e impulsionaram o movimento da sociedade capitalista. Dentre alguns acontecimentos que regeram o período do século das luzes, pode-se citar, em relação à constituição da prisão, os ilegalismos populares.

Como estabelecido no tópico anterior, a escala punitiva, no decorrer da história, tomou novo rumo, deixando claro qual era os anseios e as preferências do sistema da época (os mencionados anseios e preferências serão mencionados neste capítulo, nos parágrafos posteriores). O ilegalismo popular foi, com aparato na obra “A Sociedade Punitiva”, de Foucault (2018, p. 130), um desses caminhos

desenhados pela burguesia para fortalecer seus ideais diante de sua ascensão ao poder, trilhando o percurso que fortalecia o sistema:

Com efeito, parece-me que o mecanismo que trouxe a formação desse sistema punitivo é, em certo sentido, mais profundo e mais amplo do que o mecanismo de simples controle da plebe sediciosa. Aquilo que foi preciso dominar, que o aparato estatal precisou controlar por meio do sistema penitenciário a pedido da burguesia, foi algo que teve a sedição apenas como caso particular e constituiu um fenômeno mais profundo e mais constante: o ilegalismo popular. Parece-me que, até o fim do século XVIII, certo ilegalismo popular era não só compatível com o desenvolvimento da economia burguesa, como também útil a ele.

O ilegalismo popular foi o grande *start* para que se começasse a fortalecer o sistema capitalista. Primeiro, tal fortalecimento se deu para que pudesse transpor as regras impostas pelo sistema naquele tempo. É o caso, por exemplo, dos tecelões de Maine, no oeste da França. Pela ótica de Foucault (2018), é interessante citar o mencionado caso, pois, conforme o autor, a profissão de tecelão foi a que, de maneira acelerada, era, naquele momento, candidata a entrar no sistema capitalista, no século XVIII.

Era uma prática exercida entre o campo e a cidade, mas que, logo após, estabeleceu-se como a mais importante do crescente sistema capitalista. Foi, portanto, instrumento da burguesia. Havia regras instituídas pelo controlador geral de finanças, oportunidade em que regulava o mercado, estabelecendo, como exemplo, a qualidade dos materiais, o tamanho das peças, a marca registrada do artesão em uma agência reguladora. Para desviar das regras instituídas, tecelões e comerciantes estabeleceram uma prática de dupla ilegalidade, transpondo regras em detrimento do interesse maior. Foucault (2018, p. 131):

Tanto o mercado, que devia comercializar, quanto o tecelão, que tinha fabricado, entendiam-se diretamente, passando por cima dos regulamentos, para tentar esquivar-se deles. Firmavam contratos antecipados, fora do mercado oficial; graças a esse entendimento direto, as duas partes estavam diretamente em contato e estabeleciam entre si algumas relações comerciais que de certa forma eram leis do mercado; por fim, o comerciante podia dar adiantamentos ao tecelão, que assim podia adquirir novos instrumentos de produção. Dessa maneira, aos poucos, o modo de produção capitalista injetou-se, inseriu-se num sistema propriamente artesanal, graças a essa prática de dupla ilegalidade.

Mas, afinal, o fomento ao ilegalismo seria interessante para a burguesia? Não há dúvidas de que sim, pois esse sistema fortalecia o capitalismo nascente à

época. Para isso, houve o fortalecimento de quatro espécies de ilegalidades (funcional, sistemático, econômico e político e oscilante). Em um primeiro momento, ainda em Foucault (2018), a classe dominante amparou-se na forma denominada de ilegalismo funcional³². Isso mesmo. Nem de longe tal prática era vista como algo que prejudicasse à classe burguesa, ou seja, o autor estabelece que “em vez de ser um obstáculo, de contribuir para a redução do lucro do capital em via de industrializar-se, possibilitava o surgimento de uma relação de lucro que é própria ao capitalismo” (FOUCAULT, 2018, p. 131).

Por outro lado, tratava-se de uma espécie de ilegalismo sistemático, onde se estabelecia formas de ilegalismos praticados por toda sociedade. Na concepção de Foucault (2018), tais ilegalidades eram praticadas por todos, constituindo, no século XVII, quatro ilegalismos, que atuavam uns contra os outros: popular, comercial, privilegiado e o ilegalismo do poder.

Passando, efetivamente, para a discussão em relação à prisão, com base em Fernandes; Ferreira e Martins (2021), entende-se que não se pode concluir que os primeiros registros de prisão partem apenas quando os suplícios são eliminados enquanto pena. Na verdade, a pena referente à privação de liberdade já existia antes mesmo desse marco e se mostrava como “sala de espera” para executar as penas ditas infamantes³³. Apesar da importância do tema, discutir ou não o momento exato da criação da prisão não se mostra imprescindível para a conclusão do presente trabalho. Salienta-se, na verdade, o real contexto em que o modelo penal, o qual segue sendo aplicado em grande parte do mundo, foi fortalecido e pintado para o mundo como prisão-pena.

Além do mais, ela (prisão) surge num cenário ideal para os anseios daquela sociedade dominante (ou seja, capitalista), conforme foi (a partir dos ilegalismos criados pela burguesia) e será demonstrado no decorrer do texto. Mostrava-se como

³² Esse ilegalismo não se opunha absolutamente ao lucro comercial, mas à cobrança feudal, tanto à cobrança direta do senhor quanto à cobrança indireta e estatizada. Opunha-se a toda uma série de cobranças feitas por meio de direitos e multas. Portanto, não era um ataque à propriedade material, era um ataque aos direitos. Não era um roubo, era uma fraude antifeudal, que servia a burguesia. Era uma espécie de linha avançada da luta da burguesia por uma nova ilegalidade (FOUCAULT, 2018, p. 131).

³³ Nova tática, pois, apesar das aparências, a prisão não é um castigo velhíssimo cujo sucesso nunca teria deixado de crescer ao longo dos séculos. Isso porque, até o fim do século XVIII, ela nunca foi realmente um castigo dentro do sistema penal. A introdução da prisão [nesse sistema] data do fim do século XVIII, conforme demonstra o *Code criminel* [Código criminal] redigido em 1767 por Serpillon: “A prisão não é vista como uma pena, de acordo com nosso direito civil”, ou seja, laico em oposição ao canônico (FOUCAULT, 2018, p. 59).

uma espécie de mecanismo que reprimia os delitos praticados, mas não se apoderava mais, de forma direta, da vida dos sujeitos delinquentes, haja vista que até a guilhotina (que era uma evolução da época) foi retirada da aplicação da pena e apresentada um novo modelo àquele corpo social, que era a privação de liberdade. Foucault (2014, p. 21) reforça:

O afrouxamento e a severidade penal no decorrer dos últimos séculos é um fenômeno bem conhecido dos historiadores do direito. Entretanto, foi visto durante muito tempo, de forma geral, como se fosse fenômeno quantitativo: menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e “humanidade”. Na verdade, tais modificações se fazem concomitantes ao deslocamento do objeto da ação punitiva. Redução de intensidade? Talvez. Mudança de objetivo, certamente.

Com base nesse formato em que a privação de liberdade recebeu com o passar dos anos, não há dúvidas de que foi um sistema dotado de grande perversidade em relação a determinada classe social constituída à época (classe subalterna/dominada). E a culpa, sem sombra de dúvida, pode ser atribuída ao crescimento desenfreado da primeira fase do capitalismo e, a partir disso, algumas diferenças próprias desse sistema de produção, que possui a repressão como seu principal instrumento.

Nessa toada, tem-se que o mercantilismo³⁴ surgiu no século XV e se findou no século XVIII, logo após a passagem pelo feudalismo, e sempre se mostrou como uma medida apta a fortalecer a classe burguesa, além do lucro estabelecido pelo sistema econômico do século. Rusche; Kirchheimer (2004, p. 43), em relação ao tema, salientou:

O surgimento de grandes e prósperos setores urbanos criou uma demanda crescente por certos bens de consumo. A estabilidade da demanda e o crescimento financeiro levaram a uma constante extensão dos mercados; a possibilidade de o empresário colocar seus produtos tornou-se quase desprezível.

³⁴ Nessa linha, Rusche e Kirchheimer estabeleceram a relação entre os vários regimes punitivos e os sistemas de produção em que se efetuam: assim, numa economia servil, os mecanismos punitivos teriam como papel trazer mão de obra suplementar – e construir uma escravidão “civil” ao lado da que é fornecida pelas guerras ou pelo comércio; com o feudalismo, e numa época em que a moeda e a produção estão pouco desenvolvidas, assistiríamos a um brusco crescimento dos castigos corporais – sendo o corpo na maior parte dos casos o único bem acessível; a casa de correção – o Hospital Geral, o Spinhuis ou Rasphuis – o trabalho obrigatório, a manufatura penal apareceriam com o desenvolvimento da economia de comércio (FOUCAULT, 2014. p. 28).

Apesar desse período favorável à classe empregadora, segundo Rusche e Kirchheimer (2004), alguns fatores (guerras religiosas e outros conflitos internos, por exemplo) fizeram com que houvesse uma desproporcionalidade entre a oferta de trabalho e, de fato, o número de trabalhadores daquela sociedade³⁵ (mais emprego e menos mão de obra disponível), demonstrando um período em que a população caiu de maneira estrondosa. E tal acontecimento incomodava demais a classe dominante, que tentava por vários caminhos resolver o impasse, visto a baixa taxa de empregados do século. Por vezes, adotaram medidas referentes à restrição da liberdade individual e à tentativa de estímulo à taxa de natalidade, com o objetivo de aumentar o índice populacional. Rusche; Kirchheimer (2004, p. 47-48):

As classes dominantes usaram todos os meios para superar as condições do mercado de trabalho. Introduziram-se várias medidas rigorosas restringindo a liberdade individual. Tais medidas são mencionadas em todos os escritos sobre o período e têm sido razoavelmente discutidas. A mais importante de todas as medidas foi a relacionada às tentativas de estímulo à taxa de natalidade. Muitos autores a condenaram como um sinal de estupidez, falta de visão e mesmo degenerescência moral. Para os contemporâneos, entretanto, nada parecia mais óbvio. Visava amenizar a falta de trabalhadores através da promoção de uma alta taxa de nascimentos.

Nessa parte do texto, não se pode deixar de mencionar, ainda na ótica de Rusche e Kirchheimer (na obra “Punição e Estrutura Social”, de 2004), a contribuição da doutrina calvinista em relação ao acúmulo de capital pela classe burguesa.

Conforme se extrai dos textos dos autores, houve um fortalecimento, mesmo em relação ao momento vivido pelos proprietários das indústrias, no que diz respeito ao encorajamento da realização de grandes negócios, além de estimular a renúncia pessoal, legalizando e atribuindo diretamente à vontade de Deus o “impulso da aquisição³⁶”. Rusche; Kirchheimer (2004, p. 63), acerca do calvinismo, mencionou:

³⁵A falta de constância no fornecimento de mão-de-obra e a baixa produtividade do trabalho significaram uma grande mudança na posição das classes proprietárias. Ao mesmo tempo em que a extensão dos mercados e o crescimento da demanda por equipamentos técnicos exigiam mais investimento de capital, o trabalho tornava-se relativamente um bem escasso. Os capitalistas do período mercantilista podiam obter força de trabalho somente no mercado livre, através do pagamento de altos salários e garantindo condições de trabalho favoráveis (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004, p. 47).

³⁶As privações aceitas pelas classes dominantes eram estendidas às classes subalternas num grau muito mais elevado. Quando o suprimento de mão-de-obra estivesse baixo, tornavam-se necessárias medidas especiais para forçar as pessoas ao trabalho, para que os lucros capitalistas fossem

Essa atitude religiosa ajudou a preparar o terreno para uma das condições necessárias ao surgimento do capitalismo moderno: a acumulação de capital. De longe, ultrapassou as velhas doutrinas da Igreja, propiciando ao empregador uma ótima justificativa para sua atitude em relação às classes mais baixas.

A partir desta noção, surge um mecanismo de controle capaz de “corrigir” os socialmente indesejáveis pela parte dominante da sociedade. É exatamente neste contexto que surge a casa de correção, com uma “política de adestramento”. Ou seja, para Rusche e Kirchheimer (2004), os mendigos, vagabundos, desempregados, prostitutas e ladrões (em sua maioria pretos e pobres) deveriam ser enviados a estas casas para que, na verdade, os empregadores da época pudessem extrair, de forma obrigatória, o trabalho da classe subalterna e, com isso, uma vez adquirida a “liberdade”, os internos procurariam emprego sem qualquer esforço. Eram, portanto, doutrinados a trabalhar³⁷.

Nesse sentido, com o passar dos anos, o chamado “capitalismo industrial” tomou conta do mundo, sobretudo, com o advento da Revolução Industrial, a qual garantiu o surgimento da indústria e consolidou o processo referente à formação do capitalismo e, assim, o processo de adaptação ao trabalho restou ainda mais presente na sociedade.

A revolução surgiu com base num interesse maior, que foi idealizado pela classe dominante. Pachukanis (2017, p. 132), em sua obra teoria geral e marxismo, traz a realidade da classe burguesa, que se opunha a alguns ideais praticados pela comunidade feudal:

A propriedade capitalista é, em sua essência, a liberdade de transformar o capital de uma forma em outra e de transferi-lo de uma esfera para outra com o objetivo de obter o máximo lucro fácil. Essa liberdade de dispor da propriedade capitalista é impensável sem a presença de indivíduos desprovidos de propriedade, ou seja, de proletários.

mantidos. Calvino era frequentemente citado e suas afirmações interpretadas no sentido de que o povo, a massa de trabalhadores e artesãos seguia obedientemente a Deus quando estava em estado de pobreza (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 63).

³⁷Pouco depois, em resposta ao pânico moral do negro crime, os antigos estados confederados inventaram o *convict leasing*, ou seja, a locação de condenados aos empregadores privados, que apresentava a dupla vantagem de gerar somas colossais para as caixas do estado e de fornecer uma mão-de-obra cativa abundante para trabalhar os campos, construir diques, colocar trilhos, aterrar pântanos e cavar minas em condições mortíferas". De fato, o trabalho penal, sob a forma de "*convict leasing*" e de suas herdeiras, as brigadas acorrentadas (*chain gangs*), desempenhou um papel decisivo no desenvolvimento econômico do Novo Sul durante o primeiro terço do século XX, "reconciliando modernização e perenidade da dominação racial" (WACQUANT, 2003, p. 120).

Do pensamento de Alessandro De Giorgi (2006), a partir da criminologia crítica (em seu auge, no ano de 1970), retira-se que a penitenciária é criada numa espécie de “economia política da pena³⁸”, em que a produção industrial é atrelada à prisão, sendo estabelecida pela sociedade dominante, reservando, no cárcere, um perfil de organização bastante semelhante à estrutura dos chamados “locais de produção³⁹”.

Tal contexto referente à mudança punitiva, constituído especificamente no século XVIII, torna-se um estabelecimento forjado (onde determinada categoria específica de indivíduos [pobres], seguindo mandamentos direcionados que deveriam ser obedecidos), representando uma espécie de modelo próprio proposto pela sociedade capitalista industrial.

Assim, conforme o autor, a pena privativa de liberdade, naquele momento, fora constituída para que todos estivessem “em condições de interiorizar a nova concepção capitalista do tempo como medida do valor e do espaço como delimitação do ambiente de trabalho” (DE GIORGI, 2006, p. 44).

Toda essa construção afeta ao cárcere (que não é lá uma narrativa muito simples de se construir, pela complexidade que o tema exige) se justifica, entre outros pontos, pelo movimento capitalista (sobretudo, como citado acima, por movimento burgueses instalados no século XVIII), o qual se fortaleceu de maneira segura e como uma das saídas do absolutismo. É nesse momento que, ainda amparado pelos escritos de Foucault (2018, p. 129), que há o giro punitivo:

Tentei mostrar a ascensão de um sistema coercitivo de natureza e funcionamento heterogêneo em relação ao sistema penal do século XVIII. É o sistema que vimos funcionar nas sociedades moralizadoras e nos mecanismos das origens régias. Esse sistema coercitivo foi sendo transferido pouco a pouco em seus pontos de aplicação e seus instrumentos, sendo assumido pelo aparato estatal no fim do século XVIII,

³⁸ Elas se caracterizam por serem incumbidas pelo Estado da sociedade burguesa de gestão dos vários momentos da formação, produção e reprodução do proletariado de fábrica; elas são um dos instrumentos essenciais da política social do Estado, política que persegue o objetivo de garantir ao capital uma força de trabalho que – por hábitos morais, saúde física, capacidades intelectuais, conformidade às regras, hábito à disciplina e à obediência etc. – possa facilmente adaptar-se ao regime de vida na fábrica em seu conjunto e produzir, assim, a quota máxima de mais-valia extraível em determinadas circunstâncias (MELOSSI; PAVARINI, 1990, apud DE GIORGI, 2013, p. 44).

³⁹ Tal disciplina é condição fundamental para a extração de mais-valia e, portanto, o único ensinamento real que a sociedade burguesa tem a propor ao proletariado. Se fora da produção pode imperar a ideologia jurídica, no seu interior opera a servidão, a desigualdade. Mas o local da produção é a fábrica. Eis a razão pela qual a função institucional que primeiro a casa de trabalho e depois a prisão assumem é o aprendizado, por parte do proletariado, da disciplina de fábrica (MELOSSI; PAVARINI, 1990, apud DE GIORGI, 2013, p. 45).

e pode-se dizer que ao fim dos vinte primeiros anos do século XIX o aparato estatal encarregou-se essencialmente do sistema coercitivo, que por sua vez se enxertou no sistema penal, de modo que se teve um sistema penal que, pela primeira vez, era um sistema penitenciário. Em suma, estamos diante de algo que chamo de sociedade punitiva, ou seja, uma sociedade na qual o aparato estatal judiciário desempenha, ademais, funções corretivas e penitenciárias. Esse é o ponto de chegada.

Como discutido acima, pode-se considerar que a pena mudou o seu destino se comparada ao que representa hoje com o que representava nos períodos anteriores ao século XVIII (período em que a pena privativa de liberdade é adotada como principal no sistema brasileiro). A pena, portanto, deixou propriamente de ser um “teatro” e passou a se preocupar definitivamente em “desviar” o homem do crime, ou seja, com a aproximação do século XIX, o modelo punitivo relacionado à privação de liberdade deixou de ser apenas uma espécie de “sala de espera” e passou a ser o grande modelo punitivo constituído à época⁴⁰. Valois (2020, p. 50) complementa:

O que há na hipótese foucaultiana é uma pena que se adaptou aos novos valores. Onde o tempo é primordial e pode ser estimado em dinheiro, a única forma de se punir o excluído é com o tempo. Embora tenha havido projetos de inclusão em um mecanismo manifestamente excludente, estes foram passageiros, naturais das circunstâncias do momento. A pena de prisão sempre foi e continua sendo pura exclusão e seu poder corretivo é o mesmo dos terrores da antiguidade e da Idade Média, originado do medo, medo este cada vez menos presente, cada vez mais ignorado. Como os suplícios, que perderam a graça, foram deixando de ter efeito, a prisão vai seguindo o mesmo caminho. Vulgarizada, vai se tornando uma punição sem qualquer efeito dissuasório, mas tão somente de exclusão.

O grande ganho com a narrativa de Foucault, apresentada na obra *Vigiar e Punir: O Nascimento da Prisão*, em consonância com Valois (2020), é que, além de discorrer sobre a farsa da prisão e do sistema como um todo, a tese do autor ainda faz um alerta: coloca a sociedade para pensar até quando a punição ficará presa a um modelo punitivo que está em atividade há mais de três séculos com grande capacidade segregatória, servindo como mecanismo do poder burguês,

⁴⁰ [...] A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um “fecho” ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os expectadores a uma ferocidade de que todos queriam se parecer com criminoso, os juizes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e admiração. (FOUCAULT, 2014, p. 14)

fortalecendo um perfil de população carcerária única, possuindo, assim, total seletividade sobre o aprisionamento de corpos (o qual se porta como mais um mecanismo de poder da sociedade capitalista). Naves (2008, p. 60-61) apud Leite (2021, p. 63-64) aponta:

[...]Se continuarmos a tomar o direito penal como matéria de análise, poderemos perceber que a diferença entre o direito pré-burguês e o direito burguês reside em que só neste se consagra a ideia de que a pena possa estar relacionada com a privação de certa quantidade de tempo. Ora, só em uma sociedade na qual o trabalho humano medido pelo tempo é a forma social dominante, onde, portanto, domina o trabalho abstrato, é que esta ideia pode triunfar. É neste momento que surgem as prisões e, não por acaso, a sua constituição se dá sob o modelo da fábrica, ambas sendo postas em funcionamento sob o controle do cronômetro.

Seguindo as discussões e partindo para um outro olhar sobre a temática (mas que guarda uma relação bem próxima aos escritos lançados até aqui), com amparo na criminologia crítica (em relação à prisão), pode-se firmar a discussão na obra de Wacquant, denominada de *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*, onde o autor apresenta fatores que convergem à tese firmada nos parágrafos anteriores em relação ao cárcere (construção que se dá pela segregação e pelo interesse da classe dominante), passando por uma forma de prisão social, que é o gueto, e, após, por uma espécie de gueto judiciário (que é a prisão).

É importante discorrer, de maneira breve, a respeito da constituição do gueto e, posteriormente, avançar para a prisão. Primeiro, no que tange à formação do gueto (que, no Brasil, se assemelha bastante às favelas), nota-se que é caracterizado, de uma maneira bem específica, de quatro ações importantes ligadas ao estigma, ao limite, ao confinamento espacial e, por fim, ao encapsulamento institucional. É assim que o gueto se constitui, elevando as questões de distanciamento de um determinado grupo, servindo paralelamente como “um dispositivo socioespacial que permite a um grupo estatutário dominante em um quadro urbano desterrar e explorar um grupo dominado portador de um capital simbólico negativo” (WACQUANT, 2003, p. 116).

Nas descrições do autor (2003), o gueto se mostra como uma espécie de “gaiola”, onde é retirado qualquer forma de possibilidade de progressão dessas pessoas, possuindo apenas uma realidade fechada, alheia às demais formas de construção social, em que a sua engenharia é parecida com a arte de prender, com

a prisão, “a fim de assegurar ao grupo estatutário dominante que reside em suas paragens a monopolização dos bens e das oportunidades materiais e espirituais” (WACQUANT, 2003, p. 117).

Avançando, pode-se notar que a constituição do gueto é completamente adstrita à forma de se prender, tanto no que diz respeito ao que é trabalhado pelo autor na obra (Punir os Pobres – uma realidade dos Estados Unidos) quanto à forma de prisão constituída no mundo todo, principalmente no Brasil. A prisão é o lugar dos socialmente indesejáveis, daqueles sem qualquer importância social. Wacquant (2003, p. 118):

... assim também a prisão limpa o corpo social da infâmia temporária que lhe é infligida por aqueles entre seus membros que cometeram um crime, isto é, segundo Emile Durkheim, os indivíduos que atentaram contra a integridade sociomoral da coletividade infringindo “estados fortes e determinados da consciência coletiva”. Os observadores da “sociedade dos prisioneiros”, de Donald Clemmer e Gresham Sykes a James Jacob e John Irwin, destacaram repetidas vezes que os detentos desenvolvem papéis específicos, sistemas de trocas e códigos de conduta próprios, seja em reação às “dores do encarceramento”, seja pela importação seletiva do exterior de valores do ambiente criminal ou das classes populares, assim como os habitantes do gueto elaboraram ou intensificaram uma “subcultura separada” para fazer frente a seu muramento sócio-simbólico.

Com efeito, para Wacquant (2001), não há dúvidas de que a prisão, portanto, guarda conexão direta com a expansão do liberalismo (na formação do neoliberalismo), haja vista que desenvolveu uma política de diminuição do estado social e, por outro lado, uma política de expansão do estado penal.

O autor estabelece tal relação nos Estados Unidos da América. No entanto, pode-se trazer tal expansão para o Brasil. Primeiro, nota-se uma expansão referente ao número de pessoas presas. A doutrina relacionada ao neoliberalismo teve seu auge, no Brasil, no final dos anos 90, exatamente quando a prisão cresce de maneira desenfreada por aqui e, também, em outros países da Europa. Em relação a essa questão, é possível entender a incoerência liberal.

De maneira mais aprofundada, o liberalismo, nas demandas criadas pela sociedade, prega uma abstenção do Estado, além de julgar o fracasso pessoal não como um problema social, mas individual. Ou seja, é a velha falácia da meritocracia. Porém, quando se trata da criminalidade, o liberalismo prega uma atuação direta e eficaz do Estado, contradizendo aos seus próprios princípios de

atuação quando se depara com os problemas sociais. É exatamente a partir desta questão que o Estado penal é utilizado como a principal fuga dos problemas sociais implantados pela desigualdade.

Por fim, a partir das apresentações acima, nota-se que a prisão nasce num contexto um tanto quanto questionador do ponto de vista de uma pena mais humana através do iluminismo penal. De fato, tem-se que a prisão é criada a partir de uma relação de poder (orientada pelo incremento da produção capitalista por meio da disciplina do corpo e do tempo do trabalhador e de seu condicionamento psíquico) e não para fortalecer ideais humanitários frente à aplicação da pena. O cárcere, desse modo, desde a sua criação, dissemina farsas e promessas que são impossíveis de cumprir.

3.3

As teorias legitimantes da pena

Tendo finalizado a questão afeta ao nascimento da prisão, notou-se a necessidade de se analisar a questão da finalidade da pena adotada pelo direito penal brasileiro. Afinal, qual é a finalidade das penas? Nesse sentido, com a finalidade de realizar um estudo sistemático do tema, entender-se-á, de maneira mais completa, segundo Fernandes; Lopes e Turini (2019, p. 434) “quais são os fins a que as penas se destinam e quais as suas funções e/ou justificações perante o sistema penal”.

Dessa forma, pode-se afirmar que as teorias legitimantes da pena serão abordadas tendo por finalidade a explicação de duas indagações: por que se deve punir? e para quê punir? Em relação às teorias da penas, as seguintes teorias, conforme Fernandes; Lopes e Turini (2019, p. 434), possuem destaque: “teorias absolutas ou retributivas, teorias da prevenção (onde será analisado tanto a prevenção geral quanto a especial) e as teorias unificadoras ou ecléticas”. Dessa forma, passa-se à análise das respectivas teorias.

3.3.1 Teorias Absolutas ou Retributivas da Pena

Não se pode falar das teorias absolutas sem antes esclarecer sobre o período

em que tais teorias tiveram o seu esboço na história. Com base em Bittencourt (2015), trata-se do período em que estava em vigor o Estado dito absolutista. Era um período, portanto, de transição na história, em que determinadas pessoas na Idade Média, que não possuíam um poder econômico elevado, começaram, a partir da constituição da sociedade liberal (que se dá com o crescimento da burguesia), a acumular um considerável patrimônio.

Com base nessas questões, amparado por Bittencourt (2015), as preocupações, da sociedade que se criava, são em relação aos bens acumulados, havendo, portanto, na visão de Fernandes; Lopes e Turini (2019, p. 434), “a necessidade de implementação de meios para proteger o capital, produto da riqueza dos novos capitalistas. Exatamente neste contexto, surgem as denominadas teorias absolutas da pena”.

Na obra denominada Direito e Razão, Ferrajoli (2015, p. 204) contribui bastante para o entendimento das teorias retributivas da pena:

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como “castigo”, “reação”, “reparação” ou, ainda, “retribuição” do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento.

Pode-se mencionar uma característica importante no que tange às teorias retributivas da pena. Dentro desta característica, a pena, para a referida teoria, apresentava-se efetivamente como uma retribuição, um mal. Assim, buscava cumprir a função de devolver aquilo que o delito causou a vítima do delito”. A pena, portanto, não estabelecia qualquer viés ressocializador, nem se importava em passar determinada mensagem no sentido de que as pessoas não deveriam violar a lei penal, mas apenas em retribuir o mal causado pelo crime.

3.3.2 Teorias Relativas ou Preventivas da Pena

Após o estudo acerca das teorias retributivas que, conforme explanado no tópico anterior, possuíam apenas um caráter retributivo do mal causado pelo criminoso, em outro extremo têm-se as chamadas teorias preventivas da pena que, como o próprio nome menciona, são aplicadas com base em um caráter de

prevenção, mais especificamente, com o intuito de que o delinquente não volte a violar as leis do seu Estado.⁴¹.

Nesse sentido, Fernandes; Lopes e Turini (2019, p. 435) complementam:

Assim, diferentemente das teorias absolutas, as teorias preventivas se preocupam com o futuro, ou seja, a pena passa a não ser um fim em si mesmo, sua justificação não permanece mais calcada no fato passado (teorias retributivas), mas, sim, passa a ser concebida como uma ponte para o alcance de fins futuros.

Luís Carlos Valois (2020, p. 94), em sua obra *Conflito entre Ressocialização e o Princípio da Legalidade Penal*, também salienta que:

Além do simples fim de retribuição, o qual a doutrina abriga na chamada teoria absoluta, os demais fins propostos para a pena compõem a teoria relativa e estão divididos entre os que têm caráter geral, isto é, são direcionados à sociedade, e os que têm caráter especial, os quais visam ao autor do delito. O fim dado à pena por Hegel, expresso acima em rápida citação, tem caráter geral, pois, para ele, a pena é uma reafirmação do ordenamento jurídico, portanto serve para reforçar os valores que foram violados com o descumprimento da norma penal.

Beccaria (2011, p. 59), na obra denominada *dos delitos e das penas*, em uma passagem que retrata a questão das teorias realtivas, salientou que “os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime”.

Nestes termos, com base em Fernandes; Lopes e Turini (2019), tem-se por necessário ressaltar a divisão entre as teorias preventivas da pena, em que se estabelece, de um lado, a prevenção geral (tendo como destinatário a coletividade) e, por outro lado, há a prevenção especial, onde o principal expoente é o delinquente.

3.3.3 A Prevenção Geral da Pena

⁴¹ Coerentemente com o critério de máxima utilidade para o maior número de pessoas, corresponde à primeira das duas versões retro expostas do utilitarismo penal, todas as doutrinas utilitaristas sempre conferiram à pena um objetivo único, qual seja a prevenção dos futuros delitos, tutelando, assim, a maioria não desviante, e deixando de lado aquele da prevenção das reações arbitrárias ou excessivas, tutor da minoria desviante e daqueles assim considerados, a ponto de justificar a indistinta qualificação das mesmas como doutrinas da “defesa social” em sentido lato. (FERRAJOLI, 2015, p. 212)

A prevenção geral da pena tem por objetivo fortalecer, na consciência da sociedade, a ideia pela pena registrada no Código Penal e nas Leis Especiais (prevenção geral negativa) ou, por outro lado, que tenha uma função futura (prevenção geral positiva), afastando a viabilidade da prática de um delito. No que diz respeito à prevenção geral da pena, toumo-se por necessário apresentar as prevenções.

Pela análise da prevenção geral negativa, pode-se registrar que a fixação da pena, com base na referida teoria e com amparo em Fernandes; Lopes e Turini (2019, p. 436), “serviria para pressionar a sociedade a não delinquir, comportando-se como uma espécie de ‘coação psicológica’”. Bittencourt (2015, p. 144), no que diz respeito à presente prevenção, ressalta:

A teoria defendida por Feuerbach sustenta que é através do direito penal que se pode dar uma solução ao problema da criminalidade. Isto se consegue, de um lado, com a cominação penal, isto é, com a ameaça de pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá; e, por outro lado, com a aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada.

A prevenção geral positiva tem o seu surgimento calcado em uma espécie de ‘produção de acordo’ entre a sociedade e o Estado, com a finalidade exclusiva de manter a ordem sem intimidar a coletividade, fortalecendo, dessa forma, a reintegração dos membros que compõem o corpo social.

Por fim, ressalta-se que a mencionada prevenção possui três grandes efeitos. Nas lições de Bittencourt (2015), os efeitos são: a) a criação da aprendizagem através da motivação pedagógica dos membros da sociedade; b) ratificar a confiança no direito penal; c) a pacificação da sociedade gerada pela pena aplicada, com a finalidade de solucionar o conflito gerado pelo delito (BITTENCOURT, 2015).

3.3.4 A Prevenção Especial da Pena

Por mais que as prevenções (geral e especial) façam parte do gênero que diz respeito às teorias preventivas, ressalta-se que as prevenções não são passíveis de serem confundidas, pois se apresentam com ideias diferentes, mas que se complementam. Com base no primeiro extremo da teoria, conforme apresentado

acima, a prevenção geral preocupa-se diretamente com os destinatários da lei penal. Por outro lado, tem-se a denominada prevenção especial da pena, que diz respeito às políticas relacionadas estritamente ao delinquente. Nesse sentido, Bittencourt (2015, p. 152) reforça:

A teoria da prevenção especial procura evitar a prática do delito, mas, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que este não volte a delinquir. De acordo com a classificação de Ferrajoli, as teorias da prevenção especial podem ser formalmente divididas em teorias da prevenção especial positiva, dirigidas à reeducação do delinquente, e teorias da prevenção especial negativa, voltadas à eliminação neutralização do delinquente perigoso.

Além das diferenças confirmadas, nas lições de Ferrajoli (2015), pode-se tratar ainda de uma nova divisão dentro da prevenção especial. Em relação a essa nova divisão, ressalta-se a primeira, a qual trata a respeito da prevenção especial positiva, sendo, pela análise de Fernandes; Lopes e Turini (2019, p. 438) “aquela que visa a apresentar ao violador da norma penal alguns critérios de ‘ressocialização’, ou seja, possui, como ponto central, a reeducação do infrator para que de fato possa ser reinserido à sociedade, fortalecendo, assim, a aplicação das penas alternativas”.

Por outro lado, menciona-se a prevenção especial negativa, destacando-se por não haver, em sua essência, meios alternativos (que são meios ligados à ressocialização). Conforme Bittencourt (2015, p. 153), “são voltadas à eliminação ou neutralização do delinquente perigoso” e, conforme Valois (2020, p. 94), serve para tolher o criminoso “da possibilidade material de cometer outros crimes”. Na Visão de Ferrajoli (2015), a prevenção especial negativa tem com exemplo a pena privativa de liberdade.

3.3.5 Teoria mista, eclética ou unificadora da pena

A teoria mista da pena foi introduzida já no século XX e representou a reunião da teoria retributiva com a teoria preventiva da pena. Foi criada com a finalidade de atingir um conceito único no que diz respeito à finalidade da pena: Bittencourt (2015, p. 156), em relação ao tema, esclarece:

As várias versões unificadoras limitaram-se, inicialmente, a essas teorias justapondo o fundamento retributivo com os fins preventivos, especiais e gerais, da pena, reproduzindo, assim, as insuficiências das concepções monistas da pena. Posteriormente, em uma segunda etapa, a atenção da doutrina jurídico-penal fixa-se na procura de outras construções que permitam unificar os fins preventivos gerais e especiais a partir dos diversos estágios a norma (cominação, aplicação e execução).

Completando as visões acerca da teoria eclética, em artigo sobre o tema, Fernandes; Lopes e Turini (2019, p. 439)

Assim, a mencionada teoria tem por escopo reproduzir as outras duas estudadas nos tópicos anteriores, haja vista que se apresenta a partir de uma ponderação entre a aplicação da pena com base tanto na retribuição do mal causado pelo delinquente à vítima quanto em relação à prevenção de delitos futuros. Nessa esteira, é de extrema importância mencionar que tal teoria vigora perante o ordenamento brasileiro, uma vez que trata, no artigo 59 do Código Penal, a respeito da “reprovação” e “prevenção” do crime. A reprovação atrelada à retribuição e, pela própria nomenclatura, a prevenção ligada à ressocialização.

Apesar dos autores (como, por exemplo, Nucci e Bittencourt) acreditarem que o direito penal adotou a teoria mista, tal afirmativa não pode ser confirmada. A partir da demonstração do sistema penal brasileiro, oportunidade em que se desenhou uma realidade própria do cárcere, chega-se à conclusão de que a finalidade das penas não perpassa, nem um pouco, pela questão da ressocialização⁴². Valois (2020, p. 111) estabelece:

E a seletividade do sistema penal, constatada e reforçada pela seletividade das instituições carcerárias indica o oposto do que se pode pretender com o objetivo ressocializador, visto que este pressupõe, em seu inerente idealismo, uma quebra dessa mesma seletividade. A prática judiciária, o discurso do dia a dia, as manifestações na imprensa, os manuais do direito, todos com referências à possibilidade de ressocialização no cárcere, constituem-se em um bombardeamento para o homem fragilizado, seja pela força do trabalho seja pela descrença na sua própria evolução como ser social.

Na verdade, nota-se, tão somente, um apreço enorme pela retribuição desproporcional ao mal causado pela violação da norma, não havendo qualquer

⁴²No Brasil, a situação é mais grave, porque há uma séria tendência em se atribuir a falha na ressocialização à ineficiência comum do serviço público brasileiro, como se somente as penitenciárias daqui deixassem de cumprir o fim que a lei determina. E, com relação a este ponto, foi salutar a bibliografia alienígena até agora indicada, porque em nenhuma delas, em nenhum país, há a informação de que a prisão cumpre o ideal ressocializador, mas, ao contrário, em todas se verificam os mesmos males de uma prisão criminógena, favorecendo o aumento da criminalidade, com drogas, mortes e as demais mazelas que bem conhecemos (VALOIS, 2020, p. 110).

aparato estatal no que tange às políticas públicas ressocializadoras, nem tampouco há interesse dos aparelhos estatais para se colocar em prática tais questões atinentes à função preventiva da pena privativa de liberdade.

Para finalizar a questão, Amilton Bueno de Carvalho (2021, p. 146), em sua obra sobre o Abolicionismo Penal em Nietzsche, consegue estabelecer bem quais são os defeitos do sistema prisional:

O direito penal prisional não cumpre, nunca cumpriu e jamais cumprirá as promessas que tentam legitimá-lo – não recupera, não gera medo, não inibe o crime, não pacifica a comunidade. E não se admite seja ele mero instrumento de vingança: agressividade ao estado democrático de direito

Por esse caminho estabelecido, Zaffaroni fortalece as críticas em relação às teorias citadas acima, as quais buscam estabelecer a função da pena. Para o autor, tanto a questão da função absoluta quanto da função relativa da pena são, pelo olhar de Zaffaroni, farças reproduzidas pelo sistema penal, pois jamais colocarão em prática aquilo que realmente prometem, sobretudo, em relação à teoria relativa. Além disso, o autor também acredita que o conceito de pena não está atrelado à concepção jurídica, mas sim a um conceito estritamente político, o qual concede legitimidade às teorias da pena. Silva (2013, n.p) discutiu questões interessantes referente às teorias da pena:

A abordagem das teorias legitimantes se deve ao fato de os discursos penológicos clássicos ainda permearem as legislações pátrias, sendo base estrutural do modelo de penologia oficial(izado). O que agudiza a necessidade de reprodução do discurso oficial é, a despeito de sua total incompatibilidade com os próprios fatos em que se dá a realidade do sistema penal, a sua constante (re)formatação a partir dos atuais discursos de maximização do poder punitivo e que não obstante encontram guarida em novas formas de manifestação da tecnologia e programação punitivas como aponta a nova penologia (new penology).

Daí se pode afirmar, pela análise de Silva (2013), a necessidade de se construir um caminho que nega todas as questões propostas pelas teorias legitimantes. Tal questão negativa se deve ao fato de a teoria positiva não fornecer qualquer aparato de melhora no que diz respeito à aplicação da pena e, por outro lado, pode-se afirmar agnóstica por ter o discurso formado em, de fato, não conhecer a legitimação das penas como proposta. Silva (2013, n.p) traz, de forma clara, a concepção de Zaffaroni:

Neste sentido, explica o criminólogo argentino que a programação dogmática do direito penal, adotando a dispensabilidade de uma “teoria da pena”, poderia assegurar à jurisdição penal o papel de “Cruz Vermelha” redutora do poder punitivo tendo como estratégias basilares de seu manuseio a salvação do maior número de vidas humanas, a diminuição da desigualdade e a tentativa de evitar o maior sofrimento possível, instrumentalizando, em última análise, tecnologia jurídica de contenção da (arbitrária) manifestação do poder político punitivo, isto é, política de redução de danos.

4

Tendências e perspectivas do (s) abolicionismo (s) penal

Antes de efetivamente apresentar as tendências abolicionistas, torna-se importante a discussão acerca da criminologia, com a finalidade de preparar as discussões que deverão inaugurar o abolicionismo penal. Nesse sentido, com base em uma visão completamente diferente do direito penal, ciência discutida acima, a criminologia possui, como principal vertente, o método empírico, ou seja, tem seu estudo pautado na realidade como ela é, enfrentando-a diretamente. Além disso, com base em Fernandes; Lopes e Turini (2020, p. 439) “é uma ciência que tem por finalidade explorar um caminho inverso ao do Direito Penal (que utiliza um método dedutivo), haja vista que analisa o particular para depois considerar a sociedade no geral (opta-se, dessa forma, pelo método indutivo)”.

Pode-se mencionar, portanto, que a criminologia tem uma maior proximidade com tudo que acontece no dia-a-dia, não guardando relação com o direito penal. O direito penal possui como objetivo estudar, tendo por base Fernandes; Lopes e Turini (2020, p. 439), “tão somente o fato descrito na norma penal (não estudando, propriamente, a realidade social). Nesta oportunidade, tratar-se-á de duas teorias importantes que antecederam o abolicionismo penal, que são a teoria do etiquetamento e a teoria crítica”.

Assim, pode-se fortalecer que a teoria do *labelling approach* (ou teoria do etiquetamento) surgiu a partir daquilo que denominou como “giro sociológico da criminologia”, em que a análise da criminalidade foi, com a chegada dos anos 60, totalmente modificados.

Em relação à criminologia clássica, tem-se que o foco era outro, pautando-se o estudo no “desvio primário” e na “criminalização primária”, compreendendo-se o desvio primário, segundo Fernandes; Lopes e Turini (2020, p. 440) “como

determinados fatores que levam o desviante a violar, pela primeira vez, uma norma que possui eficácia penal, e, o segundo, como aquelas condutas que levam à tipificação delitiva, além de centralizar o seu estudo no crime no criminoso”.

Salienta-se que a “criminologia clássica” (que possui as escolas clássica e positivista como exemplo), muitas vezes, valeu-se dos conceitos atrelados ao direito penal para alcançar as definições no que tange ao comportamento criminoso, amparando-se em critérios eminentemente objetivos para definir tal comportamento⁴³.

Noutra dimensão, a denominada “teoria da reação social” quebrou o paradigma utilizado pelas escolas citadas no parágrafo anterior, uma vez que se debruçou sobre o estudo dos chamados “desvios secundários” e nas “criminalizações secundárias”, sendo aquele (desvio secundário) referente às ações de controle que rotulam o criminoso como tal (polícia, Poder Judiciário, Ministério Público), e, este, entendido como a imputação do “status” de delinquente àquele que transgrediu a norma penal. A mudança de estudo é nítida pela mencionada teoria (teoria da reação social), pois o comportamento criminoso, que era o grande objeto da criminologia tradicional, já passa a não ser mais o ponto forte do “novo viés criminológico”, mas, sim, os fatores que contribuem para que o indivíduo viole o bem jurídico protegido pelo direito penal (DE GIORGI, 2013).

Alessandro Baratta, em sua obra *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, no que tange à mudança de enfoque da criminologia, salienta que:

O que distingue a criminologia tradicional da nova sociologia criminal é visto, pelos representantes do *labeling approach*, principalmente, na consciência crítica que a nova concepção traz consigo, em face da definição do próprio objeto da investigação criminológica e em face do problema gnosiológico e de sociologia do conhecimento que está ligado a este objeto (a “criminalidade”, o “criminoso”), quando não o consideramos como um simples ponto de partida, uma entidade natural para explicar, mas como uma realidade social que não se coloca como pré-constituída à experiência cognoscitiva e prática, mas é construída dentro desta experiência, mediante os processos de interação que a caracterizam. Portanto, esta realidade deve, antes de tudo, ser compreendida criticamente em sua construção. (BARATTA, 2011, p. 86)

⁴³ A criminologia positivista e, em boa parte, a criminologia liberal contemporânea tomam por empréstimo do direito penal e dos juristas (como se disse no capítulo I) as suas definições de comportamento criminoso, e estudam este comportamento como se sua qualidade criminal existisse objetivamente. Do mesmo modo e ao mesmo tempo, tomam por evidente que as normas e os valores sociais que os indivíduos transgredem, ou dos quais desviam, são universalmente compartilhados, válidos a nível intersubjetivo, racionais, presentes em todos os indivíduos, imutáveis etc. (BARATTA, 2011, p. 87)

Conforme as lições de Alessandro Baratta apud Fernandes; Lopes e Turini (2020, p. 441):

“Não há mais relevância em saber apenas quem é o autor do fato criminoso, mas, na verdade, quem, de fato, é definido como tal, além de promover as seguintes indagações: “quais efeitos decorrem desta definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, por último, “quem define quem?”, ou seja, tem a pretensão de problematizar o “status” de criminoso frente à definição da criminologia clássica, em que eram analisados, conforme trazido acima, alguns critérios eminentemente objetivos em relação ao conceito de “criminoso”.

Camila Cardoso de Mello Prando (2012, p. 139), em relação à teoria do etiquetamento, reforçou:

A partir desta radicalização das conquistas teóricas do *labeling approach* através da leitura materialista é que se torna possível relacionar o processo de criminalização às relações sociais de produção e ao processo de reprodução do capital. Concomitantemente, compreende-se o sistema penal como uma instância de controle social que constitui um *continuum* da seleção e reprodução das relações desiguais de produção, conjuntamente a outras formas de controle social e informal. Sendo assim, denota-se a relação estrutural que se estabelece entre o controle punitivo de uma dada sociedade e o modelo político-estatal que sustenta o processo capitalista, de forma que uma crítica ao sistema penal torna-se indissociável de uma crítica de toda a estrutura de sociedade.

Pela teoria do *labeling approach*, pode-se fortalecer que a pena aplicada à sociedade “criminoso” não possui qualquer finalidade ressocializadora. Pelo contrário, segundo Fernandes; Lopes e Turini (2020, p. 441), “ocorre, na criminalidade, o denominado ‘efeito sanfona’ (verdadeiro bate e volta no sistema), visto que o transgressor das leis penais, por culpa do próprio sistema punitivo, constantemente volta a visitar o sistema penal”⁴⁴.

Por volta de 1970, a criminologia crítica, amparada pelos ideais de Marx, é lançada. Quando se pensa em criminologia crítica, portanto, deve-se estabelecer

⁴⁴ Para os fins de nosso discurso sobre a relação entre a criminologia liberal contemporânea e a ideologia penal, destaca-se que os resultados desta primeira direção de pesquisa, na criminologia inspirada no *labeling approach*, sobre o desvio secundário e sobre carreiras criminosas, põem em dúvida o princípio do fim ou da prevenção e, em particular, a concepção reeducativa da pena. Na verdade, esses resultados mostram que a intervenção do sistema penal, especialmente as penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa. (BARATTA, 2011, p. 90)

uma ponte direta entre a teoria materialista, oportunidade em que se levanta a questão da igualdade formal, sobretudo, em relação à matéria criminal. Nesse caminho, Baratta (2011, p. 161) ratifica:

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuídos a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas.

A criminologia reconhece o caráter de seleção do direito penal, expondo, assim, que a escolha de bens jurídicos importantes para o direito penal é, na maioria dos casos, para atingir a classe subalterna, com grande caráter segregatório, buscando criminalizar uma única classe.

Toda essa construção é colocada em prática a partir da análise do princípio da igualdade, no seu aspecto formal, fortalecendo, na verdade, a ideia de que o direito penal é amparado pela irrestrita igualdade. Para isso, a classe dominante, por ter poder de voz, cria, basicamente, duas preposições que são completamente complementares para confirmar a fala dominante.

Uma delas, segundo Baratta (2011, p. 162), é fazer crer, como mencionado acima, que a proteção dos bens realizada através do direito penal é dirigida a todos sem qualquer distinção, “nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos”. A segunda preposição consagra a afirmação de que a lei penal é estritamente igual para todos, não havendo distinção entre raça ou cor entre os indivíduos que estão sujeitos à sua aplicação.

De maneira crítica, pode-se quebrar tais preposições narradas acima de uma maneira bem tranquila. A primeira crítica a estas preposições é no sentido de que a lei não defende os bens de importância de toda sociedade. Conforme apresentado no primeiro capítulo desta dissertação, no tópico relacionado a desproporção entre a tutela do patrimônio e a pena restritiva de liberdade (no tópico 2.4), nota-se que a proteção ao patrimônio privado realizado pelo direito penal é com o objetivo de assegurar o bem jurídico (patrimônio) nas mãos da classe dominante, não demonstrando a mesma importância com os bens que interessam a classe dominada.

Além disso, levando em consideração outras variáveis (mas ainda no mesmo capítulo que trata da desproporção entre a tutela do patrimônio e a pena privativa de liberdade), notou-se, também, que os bens jurídicos pertencentes à classe dominante com, por exemplo, o patrimônio, possuem maior proteção em relação à integridade física ou ao delito referente ao tráfico de pessoas. Não há dúvidas de que os bens da classe dominante são os mais protegidos pelo direito penal.

Dessa forma, pode-se afirmar que o direito penal é completamente desigual, tanto no que tange à busca pela proteção dos bens jurídicos quanto em relação à prioridade desse bens jurídicos. Há, sobretudo, na legislação penal, o interesse da sociedade dominante, no sentido de comandar a criminalização das condutas que possuem efeitos penais.

É nesse sentido que a dissertação tem seu caminho direcionado à aplicação da teoria abolicionista, onde se procura a abolição dos delitos contra o patrimônio (sem violência ou grave ameaça à pessoa), com o objetivo de retirar, pelo menos em se tratando de patrimônio privado, a pecha da criminalização da classe subalterna.

Amparado pelos movimentos criados nos anos 60 e 70, em que se estabeleceu, conforme mencionado acima, a teoria do *labeling approach* e a criminologia crítica, o abolicionismo penal surge como possibilidade, apresentando, portanto, doutrina diversas, as quais fortaleceram o seu movimento inicial. Lopes (2020, p. 48), em sua tese de doutorado, defendida em 2020, fortaleceu a perspectiva abolicionista:

Pode-se perscrutar um objeto por diversos ângulos e lentes. Pode-se apresentá-lo ou desconstruí-lo a partir de diversas ferramentas epistemológicas, que destacarão, cada uma, os aspectos que lhes convém sobre fundamentos, métodos e outras possibilidades hermenêuticas. Estas perspectivas analíticas não são totais e universais, mas apenas se aproximam de explicações que fazem sentido dentro de um determinado campo discursivo. Assim, para além da dogmática jurídico-penal e seu distanciamento do social; das teorias críticas, que dão prevalência a uma explicação econômica e macrosocial do fenômeno do aprisionamento em massa, há também a perspectiva abolicionista, que busca a essência do encarceramento, em uma análise que subverte a lógica do sistema penal.

Em relação ao abolicionismo, é importante compreender que não se trata de uma teoria estática, monolítica, mas de uma teoria que sempre estará em movimento, abrindo possibilidades, sem se amparar apenas em um conceito

fechado, como se instalam as doutrinas e as legislações dentro do direito penal/processo penal.

A teoria abolicionista, acima de qualquer questão que possa comprometer a sua aplicabilidade, é libertadora, aberta às questões sociais que possam propor mudanças. Nesse sentido, com a finalidade de expor o abolicionismo adotado por Louk Hulsman, Nils Christie e Evguieni Pachukanis (que não é considerado um abolicionista estritamente penal, mas que propõe a eliminação de todo direito), deve-se passar às questões mais importantes que este pesquisador julga necessárias, para, após tais apresentações, chegar à conclusão do abolicionismo que melhor se encaixa a presente dissertação.

4.1.

O abolicionismo penal em Louk Huslman

Quando se trata do abolicionismo penal, Hulsman aparece como um de seus principais percussores. Hulsman, na verdade, possui linha de pensamento de partida para diversos autores (como, por exemplo, Nils Christie, que será apresentado no próximo tópico), pois consegue deslegitimar o sistema penal de uma maneira profunda, onde analisa toda violência imposta por esse sistema reprodutor de desigualdade.

Na perspectiva do autor, entende-se que o sistema penal é completamente seletivo com determinada parcela da sociedade, traçando direção de aplicação da lei penal em relação aos dominados. O sistema se fundamenta, na visão de MASTRODI; FURQUIM (2014, p. 155), atribuindo “aos agentes um controle social militarizado e verticalizado, exercido quotidianamente contra os socialmente mais vulneráveis”. Ainda na visão destes autores (2014, p. 154) Hulsman entende que:

A abolição do sistema penal se inicia a partir da aceitação e da legitimação, pela sociedade, desta corrente de política criminal. Pois os indivíduos alterariam suas práticas a partir do momento em que conhecem o sistema penal, oportunidade na qual não optariam por este sistema. Ele é – segundo o autor – “concebido para fazer o mal”, pois funciona o tempo todo produzindo violência, na medida em que produz o culpado e o estigmatiza, rejeitando-o como meio necessário de uma possível pacificação. Isto o leva a entender que a substituição deve se dar por meio

de instâncias intermediárias ou individuais de solução de conflitos e não a partir de níveis macroestatais.

Hulsman procura estabelecer a questão do abolicionismo como estilo de vida, como uma saída para o sistema que, na verdade, seleciona e escancara as desigualdades sociais. O sistema é feito para atuar desta maneira, fortalecendo os laços sociais existentes, sendo mais rígido com a parte mais vulnerável. Com isso, na visão de Hulsman, o sistema, com os problemas de seletividade, não pode prosperar. Maria Lúcia Karan (2012, p. 81), em sua contribuição ao livro referente ao Tributo a Louk Hulsman, organizado por Nilo Batista e Ester Kosovski, fortalece as noções do autor:

A melhor forma de recordar e celebrar a vida de Louk Hulsman é se inspirar em sua experiência transformada em seus profícuos pensamentos e ensinamentos, e assim firmar (ou renovar) o compromisso de transmitir e levar adiante sua proposta de um mundo melhor. Um mundo que, libertado do sistema penal, será um lugar onde a dignidade de cada um dos indivíduos será reconhecida sem diferenciações nem preconceitos de qualquer espécie; em mundo onde ninguém será privado da liberdade, onde, efetivamente realizados seus direitos fundamentais, todos os indivíduos poderão viver de forma mais tolerante, mais solidária, mais humana, mais amena, mais feliz – um mundo inquestionavelmente mais democrático e, sem dúvida, muito melhor.

O movimento abolicionista ganhou força e notoriedade nos anos 80 (mais especificamente no Brasil), portanto, como esclarecido acima, após a teoria do etiquetamento e da teoria crítica. No Brasil, nota-se a importância das discussões do abolicionismo penal, visto que o país, nos anos 80, estava saindo de um período ditatorial, momento crítico de sua história. Nesse momento de busca pela redemocratização, é onde, segundo as concepções de Karan (2012, p. 81), registrava-se “certa efervescência na discussão do sistema penal”.

Apesar de colocar o sistema para ser discutido, com a redemocratização do Brasil, notou-se, ao longo desses anos, que a arte de aprisionar corpos cresceu de forma absurda. O sistema prisional distribui tudo aquilo que se possa pensar de terror. O cárcere, pelas lições de Karan (2012, p. 88), “exclui, estigmatiza e sempre produz muita dor”. Além disso, Karan (2012, p. 91) ainda reforça o ideário da prisão:

A permanente vigilância, os regulamentos que devem ser obedecidos sem explicações nem possibilidades de questionamento, o sistema de regalias que transforma direitos em recompensas por comportamentos, que aparecem para a administração penitenciária como bons, ditam regras de vida que, fechando o espaço para a iniciativa e o diálogo e incentivando a submissão, a delação, a dissimulação e a covardia, fazem prevalecer relações marcadas pelos binômios, apontados por Louk Hulsman, “passividade-agressividade” e “dependência-dominância”.

Na concepção de Hulsman o sistema penal seria, assim, abolido. Apesar dessa abolição, dever-se-á se valer de mecanismos diferentes do papel imposto pelo sistema àquele que praticou um fato criminoso. Ora, na concepção do autor, se o sistema possui grandes dificuldades (por conta das justificativas apresentadas até aqui), busca-se enfrentamentos no sentido de apagar a punição da forma como se propõe nos dias atuais.

Para apagar a punição como proposta hoje, Hulsman (2014) entende que, primeiro, as nomenclaturas utilizadas pelo sistema penal devem ser eliminadas. O vocabulário disposto pelo direito penal deve ser esquecido. Dessa forma, as expressões usadas para definir crime, criminoso, criminalidade e política criminal precisam ser afastadas, visto que tais expressões fazem parte do sistema penal como um todo. Por conta disso, para avançar em relação à teoria abolicionista, a primeira grande proposta é não utilizar as referidas palavras acima.

Com o objetivo de retirar o vocabulário discutido, conforme MASTRODI; FURQUIM (2014, p. 156), Hulsman propõe:

Para evitar os anteriores significados do sistema penal, é imprescindível a descriminalização, em que se retirariam determinadas condutas criminalizadas por meio de uma nova lei. Alteração normativa advinda da mudança para uma cultura não-punitiva. Isto criaria novos métodos de controle das situações-problema, pois a descriminalização eliminaria as respostas punitivas dadas para resoluções das situações-problemas, motivo pelo qual surgiriam novas formas conciliatórias de lidar com os conflitos. É assim que se permitiria a substituição por um modelo de justiça civil ou administrativa, vez que flexível para cuidar dos envolvidos

4.2. Nils Christie e o abolicionismo penal

Caso haja uma indagação sobre o que é crime para qualquer membro comum do corpo social, certamente haverá uma resposta pronta salientando que o crime é um ato que é proibido por lei e que, uma vez violado, terá uma pena estipulada como reprovação de sua conduta. Por outro lado, se a pergunta for direcionada a um estudioso da área criminal, talvez a concepção de crime seja um pouco mais complexa, haja vista a existência de três conceitos diferentes (um conceito formal, material e analítico de crime).

Pelo seu aspecto formal, o crime é entendido pela conduta e resultado previstos na lei penal, tudo descrito pelo legislador no Código Penal e nas leis penais especiais. Já em relação ao aspecto material, para chegar ao conceito de crime, além de estar previsto em lei, deve-se analisar se a conduta ofende o bem jurídico protegido pela norma penal.

Juarez Tavares (2021, p. 99), em seu livro sobre Crime, Crença e Realidade, critica o conceito formal de crime salientando:

Não existe um conceito formal de conduta social; seu conceito deriva de uma conjugação de elementos. O crime é uma conduta social, claro; não é apenas uma entidade normativa, porque deve se referir a características empíricas, as quais lhe permitem apresentar-se à sociedade como uma conduta proibida. O direito penal, no entanto, para efeitos de uma metodologia que se vale por si mesma, tem proposto um conceito formal de crime. Crime é, então, definido como “toda ação que a lei ameaça com uma pena”. Nesse conceito estão presentes alguns elementos: uma conduta, uma norma e uma pena. Por meio da relação entre esses três elementos se expressa o poder de punir do Estado.

Em análise ao conceito material de crime, o mesmo autor (2021, p. 110) relata a sua impropriedade:

Se o conceito material de crime implicou certo avanço da ciência jurídica, abriu espaço, por outro lado, para uma nova racionalização, de modo a solidificar a lei criminalizadora mediante uma crença na neutralidade do poder punitivo. É interessante notar que a proposição de um conceito material de crime, o qual teria por objetivo indicar os fundamentos de sua caracterização como conduta proibida, coincide com a ruptura do conceito tradicional de direito, que estava ancorado no instituto da pretensão romana (*actio*) e que assinala tratar-se de um direito vinculado a uma pessoa e não a todos.

Tendo por base essas duas concepções e as críticas levantadas (em relação ao conceito formal e material de crime), que são concepções eminentemente doutrinárias sobre o crime (já que a lei não traz um conceito, mas apenas ressalta a distinção entre crime e contravenção no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal), cabe discutir o aspecto analítico do crime.

Por mais que haja divergências em relação ao conceito analítico como, por exemplo, se o crime é um fato típico, ilícito ou um fato típico, ilícito e culpável ou um fato típico, ilícito, culpável e punível, a maior parte dos penalistas adotam a segunda, fortalecendo, portanto, os seus três elementos (tipicidade, ilicitude e culpabilidade).

Sob o viés jurídico, para que determinado ato seja considerado crime, deve-se trilhar um caminho analisando, sobretudo, se há fato típico (com conduta, resultado, nexos causal e tipicidade: formal e material) e, também, se o agente não atuou amparado por alguma excludente da tipicidade, ilicitude ou culpabilidade. Sim, a análise de tais pontos é de grande importância, haja vista que a configuração de quaisquer dos eventos citados acima exclui aquilo que o direito se refere a uma “conduta criminosa”.

Mais uma vez, Juarez Tavares (2021, p. 104), em sua recente publicação, chama a atenção para o tecnicismo jurídico imposto pelo direito:

A doutrina jurídica procura superar todas essas dificuldades, alargando seus elementos para dizer que crime é ação típica, antijurídica e culpável. Essa ampliação do conceito de crime não soluciona a questão da sua legitimidade, mas precisa de maior esclarecimento, porque pode sugerir a formulação de um conceito material. De qualquer modo, diante de todas essas condições epistemológicas, nenhum dos conceitos de crime (sintético ou analítico) é um conceito neutro; são conceitos neutros; são conceitos que servem à política criminal do Estado e só poderão ser postos à prova mediante uma avaliação crítica da legitimidade de seus elementos.

Mas, apesar de toda essa discussão (que são discussões importantes), a noção de crime/criminoso é muito mais profunda e perpassa, sem dúvidas, por um contexto social vivido no momento da tipificação de determinada conduta. A sociedade, portanto, é a principal responsável pela delimitação de atos que entende ser de extrema relevância para a concepção de crime no que tange ao sujeito-sociedade. Não se pode ater apenas aos conceitos formais do fenômeno criminoso e se furtar da realidade. Nesse sentido, Christie (2011, p. 31) ressalta:

Essa perspectiva geral sobre o crime cria a possibilidade de duas questões centrais inter-relacionadas. Primeiro, o que está por trás da elevação ou diminuição de condutas genericamente vistas como indesejadas ou inaceitáveis? Como é possível eventualmente influenciar a ocorrência de tais condutas indesejáveis? Segundo, o que faz com que uma parte variável dessas condutas indesejáveis seja retratada como crime e aqueles que as praticaram, como criminosos? Especificamente, em quais condições materiais, sociais, culturais e políticas o crime e o criminoso surgem como metáforas dominantes e como a principal maneira de tratar os atos e atores indesejáveis? Essa é uma perspectiva libertadora, que viabiliza o tema geral desse livro: quando o bastante é o bastante? Ou, copiando p título, o que é uma razoável quantidade de crime? Esta indagação naturalmente leva à próxima: o que é uma razoável quantidade de pena?

Ainda em Christie (2011), o evento criminoso não é algo que nasceu antes da sociedade, mas sim após a constituição desta. Na verdade, não há que se falar na preexistência do crime.⁴⁵ Assim, não se pode negar que alguns atos são, realmente, inaceitáveis do ponto de vista social e que merecem uma maior proteção de uma última instância dentro da seara do direito (que é o direito penal) como, por exemplo, os crimes contra a vida, integridade física, honra e dignidade sexual. Becker (2009, p. 12) fortalece:

[...] Ela redireciona a atenção para um problema mais geral do que a questão de que comete crime. Em vez disso, leva-nos a olhar para todos os tipos de atividade, observando que em toda parte pessoas envolvidas em ação coletiva definem certas coisas como “erradas”, que não devem ser feitas, e geralmente tomam medidas para impedir que se faça o que foi assim definido. De forma alguma essas atividades serão todas criminosas – em qualquer sentido da palavra. Algumas regras são restritas a grupos específicos: judeus que observam que em toda os princípios da sua religião não devem comer alimentos que não sejam *kosher*, mas os demais são livres para fazê-lo.

Além do mais, cada pessoa que compõe o corpo social possui, de certa forma, alguns valores que lhe são próprios. No entanto, para que se possa criminalizar determinada conduta, não basta que o desviante viole apenas um bem

⁴⁵ O crime está em permanente oferta. Atos passíveis de criminalização são como recurso natural ilimitado. Pouco pode ser considerado crime – ou muito. Atos não são, eles se tornam; seus significados são criados no momento em que ocorrem. Avaliar e classificar são atividades essenciais aos seres humanos. O mundo nos vem na forma em que constituímos. O crime, portanto, é o produto de processos culturais, sociais e mentais. Para todas as condutas, inclusive aquelas tidas como indesejáveis, há dúzias de alternativas possíveis para sua compreensão: perversidade, loucura, honra distorcida, ímpeto juvenil, heroísmo político – ou crime. As mesmas condutas podem, pois, ser tratadas por vários sistemas paralelos, como judicial, o psiquiátrico, o pedagógico, o teológico (CHRISTIE, p.30, 2011).

que seja imprescindível para uma única pessoa, mas sim que viole pelo menos um bem que seja tido como importante para determinados costumes e crenças de um grupo de pessoas. Há a necessidade de se violar valores que geram incômodo à sociedade como um todo. E mais, há culturas diferentes para definir condutas que são ou não criminosas. Lopes (2020, p. 51) reforça a questão variável do crime:

Assim, o consenso sobre o que é crime não é universal, tampouco é um dado ontológico. Em realidade, estas definições são construções sociais conjunturais subsumidas a saberes locais. Apesar desse desvelamento parecer um senso comum sociológico, cabe ressaltar a sua importância para a criminologia e o direito penal em si. Como confirmação desta hipótese podemos pensar a pluralidade de tratamento que distintas culturas em diferentes lugares e tempo deram a condutas criminalizadas. O aborto, por exemplo, é crime no Código Penal Brasileiro, mas é legal em países como Estados Unidos, Canadá e França. O consumo de maconha é legalizado no Uruguai e em estados estadunidenses, como a Califórnia, mas é ilegal no Brasil. Os jogos de azar são permitidos na Argentina, mas tipificados na legislação brasileira. No Irã, em caso de adultério, a mulher pode ser condenada a ser apedrejada até a morte, já no Brasil ocorreu uma *abolitio criminis* em 2005. Até o homicídio é contextual. Basta recordar a permissão de matar em situações de guerra declarada. Além disso, como segundo exemplo, pode-se destacar que a prática de duelo no Uruguai só foi proibida a partir de 1992.

Com base nessas questões, a análise de Christie se aproxima daquilo que foi objeto da construção de toda dissertação: a superioridade da classe de poder à frente dos movimentos. Se o direito penal realiza escolhas em relação aos bens jurídicos (que, para muitos, é uma análise cuidadosa, com a finalidade de selecionar bens jurídicos relevantes) essa escolha só pode estar justificada pela classe superior, que se mostra engajada com a legislação criminal quando o assunto é a criminalização da classe subalterna.

Isso se mostra claro, mais uma vez, pela preferência em relação aos delitos contra o patrimônio, tanto em relação à sua escolha como bem jurídico quanto no que diz respeito a maior importância dada pelo sistema penal, demonstrando penas desproporcionais, com justificativas dominantes.

Busca-se, na visão de Christie, a desconstrução da naturalização da pena como algo absoluto, inatingível. A ideia natural de castigo deve ser desconstruída, haja vista que o próprio sistema, ao longo dos anos, buscou a noção de que se deve culpar e punir, a qualquer custo, os violadores da lei penal.

Na atual conjuntura, passando pela visão de construção do cárcere para os denominados “criminosos”, nota-se que os efeitos da prisão são completamente

desabonadores, violentos. Em comparação com a teoria do etiquetamento, tem-se que todos aqueles que frequentam o sistema penal, antes de ser colocado neste modelo de punição (prisão), possuem suas próprias características sociais e psicológicas. No entanto, quando são alçados ao sistema, a partir disso, fazem parte da categoria tida como criminosa, fixando, efetivamente, uma etiqueta de seleção criada pela própria punição.

O autor (Christie) acredita que o sistema penal deve possuir meios alternativos para se contrapor à pena imposta pelo direito penal. Nesse sentido, MASTRODI; FURQUIM (2014, p. 159), em artigo publicado na Revista Direito e Práxis, expõem:

Para Christie, pode-se extinguir o sistema penal “criando os tipos opostos de sistemas”, outras formas que não tratem os conflitos como crime e os envolvidos como criminosos. Algo próximo dos direitos privados, em que a composição ocorre pela via da justiça participativa e comunitária, com a participação de todos os envolvidos, em pé de igualdade, como responsáveis pela resolução. A privação de liberdade e outras sanções penais alternativas – características eminentes do sistema penal – dariam lugar ao diálogo frente a frente, em busca de uma resolução, sem reproduzir a linguagem da justiça criminal.

Tanto Hulsman quanto Christie chegam a mesma conclusão no sentido de que o sistema penal deve ser destruído, deixado de lado. Por mais que sejam abolicionistas (como realmente são conhecidos), como já mencionado em outro momento e pela última citação, propõem novas formas de resolução de conflitos em que o tratamento não será dado pelo conceito de “crime” ou “criminoso”, mas sim, conforme Hulsman apud Achutti (2016, p. 116), mediante “mecanismos descentralizados de administração de conflitos, em que não haveria um árbitro ou um conciliador para impor uma decisão às partes, mas pessoas que tentam ajudar os interessados a compreender sua situação a encontrar, eles mesmos, a solução”.

4.3.

O abolicionismo em Pachukanis

Se eu tivesse que responder à seguinte pergunta: **o que é a escravidão?** E respondesse sem hesitar: **É o assassinio**, o meu pensamento ficaria perfeitamente expresso. Não precisarei de fazer um grande discurso para mostrar que o poder de

privar o homem do pensamento, da vontade e da personalidade, é um poder de vida e morte e que fazer de um homem escravo equivale a assassiná-lo. Por que então, a essa outra pergunta: **O que é a propriedade?** Não posso responder simplesmente: **É o roubo**, ficando com a certeza que me entendem, embora esta segunda proposição não seja masi que a primeira transformada? (PROUDHON, 1975, p. 11)

Nessa parte da dissertação, retira-se a real importância do abolicionismo. Não se pode afirmar que Pachukanis seja um abolicionista estritamente da seara penal. Na verdade, o autor, a partir da teoria de Marx incluída no direito, propõe a retirada do direito como um todo da regulação social. Diferente, portanto, daquilo que se apresentou nos dois tópicos anteriores, haja vista que Hulsman e Christie trazem a proposta de abolir o direito penal (apenas), haja vista que se apresenta como sistema que, dentre outros defeitos, dissemina desigualdades entre a sociedade.

Apesar de propor a eliminação do direito em todas as suas áreas e formas, Pachukanis (2017, p. 166), no capítulo referente ao “Direito e Violação do Direito”, na sua obra Teoria Geral do Direito e Marxismo, trata a respeito do direito privado, oportunidade em que reconhece a importância do direito penal para assegurar tudo aquilo que o direito fornece à classe superior:

Dessa maneira, se o direito privado reflete de modo bastante direto as condições mais gerais da existência da forma jurídica como tal, então o direito penal é aquela esfera em que a relação jurídica atinge a máxima tensão. Aqui, o momento jurídico, antes de tudo e mais claramente, destaca-se dos costumes e adquire completa autonomia.

Nesse sentido, como já esclarecido em outros pontos da presente dissertação, de todas as áreas do direito, segundo Pachukanis (2019, p. 167), “é justamente o direito penal o que tem capacidade de afetar o indivíduo de modo mais direto e brutal. Por isso, ele sempre atraiu para si o mais ardente e, além disso, o mais prático interesse”. Nessa perspectiva, complementa Pachukanis (2019, p. 167):

A ideia de equivalente, essa primeira ideia puramente jurídica, tem sua fonte na forma mercadoria. O delito pode ser considerado uma variante particular de circulação, na qual a relação de troca, ou seja, contratual, é estabelecida post factum, ou seja, depois de uma ação arbitrária de uma das partes. A proporção entre

o delito e a reparação se reduz à mesma proporção da troca.

O autor russo (2019, p. 175) segue reforçando:

Dessa maneira, o direito penal se torna parte integrante da superestrutura jurídica, uma vez que encarna uma variedade dessa forma fundamental à qual a sociedade moderna está subordinada: a forma da troca de equivalentes com todas as suas consequências e implicações. A realização dessas relações de troca no direito penal é um dos lados da realização do Estado de direito como forma ideal de relação entre os produtores de mercadoria independentes e iguais que se defrontam no mercado. Mas, assim como as relações abstratas não estão limitadas às relações abstratas entre proprietários de mercadoria, o tribunal penal é não apenas a encarnação da forma jurídica abstrata, e sim, ainda, uma arma imediata da luta de classes. Quanto mais aguda e tensa for essa luta, mais difícil se tornará exercer o domínio de classe na forma do direito. Nesse caso, o lugar do tribunal “imparcial” com suas garantias é ocupado pela organização da violência de classe direta, a qual em suas ações se orienta apenas por considerações de conveniência política.

A previsão dos delitos contra o patrimônio (sem violência ou grave ameaça) prevista na legislação traz a concepção de que a referida criminalização se mostra como ponto forte do direito burguês no código penal. Fala-se em ápice do interesse da burguesia, pois a propriedade privada fica restrita àqueles que, de fato, possuem condição econômica favorável para aproveitar a criminalização e manter o seu direito fundamental resguardado.

Marx (2017, p. 82), no livro “Os Despossuídos”, no que diz respeito à criminalização daqueles que buscam a propriedade privada, ressalta:

Se todo atentado contra a propriedade, sem qualquer distinção, sem determinação mais precisa, for considerado furto, não seria furto também toda propriedade privada? Por meio de minha propriedade privada não estou excluindo todo e qualquer terceiro dessa propriedade? Não estou, portanto, violando seu direito à propriedade?

Isso, na verdade, demonstra, com base no primeiro capítulo, que essa construção só se faz possível por conta do capitalismo, haja vista, como já exposto, que a forma jurídica é construída por uma forma política dominante, em que o direito penal se apresenta como o grande protetor da burguesia.

Apresenta-se, nesse sentido, com base em Pachukanis (2019), na noção indispensável de se atribuir à determinada pessoa a prática de um crime, possuindo a pena (castigo) como um método punitivo em decorrência da violação de

determinado bem jurídico de eficácia penal.

Portanto, o indivíduo que viola a norma penal pagará com a sua liberdade. Essa relação entre crime x privação de liberdade, ainda na perspectiva do autor russo (2019, p. 177), apenas faz sentido pelo caráter de equivalência previsto no conceito de crime fortalecido pelo sentido jurídico da palavra.

A pena proporcional à culpa representa, fundamentalmente, a mesma forma que a reparação proporcional ao prejuízo. É, antes de mais nada, a expressão aritmética que caracteriza a “severidade da sentença: a quantidade de dias, meses etc. de privação de liberdade, esta ou aquela soma de dinheiro de multa, a privação de tais e quais direitos. A privação de liberdade por um prazo determinado de antemão 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 incosciente, mas está profundamente ligado ao homem abstrato e à abstração do trabalho humano mensurável pelo tempo. Não é por acaso que essa forma de castigo se fortaleceu e começou a parecer natural justamente no curso do século XIX, ou seja, quando a burguesia desenvolveu completamente e pôde afirmar todas as duas características.

Com essa visão implementada por Pachukanis a respeito da elaboração da norma jurídica (que foi objeto de discussão no primeiro capítulo) e da relação afeta à equivalência, na sociedade capitalista, pode-se estabelecer divergências em relação ao abolicionismo puro de Louk Hulsman e Nils Christie.

Ora, como exposto nos tópicos anteriores, para os mencionados abolicionistas (Hulsman e Christie), o sistema penal deveria ser abolido, porém haveria novas formas de solucionar o conflito criado pela sociedade. Com base em MASTRODI; FURQUIM (2014, p. 167), “é nesse sentido que os abolicionistas sugerem que o sistema penal seja substituído por outras instâncias de solução de conflitos, na medida em que ele é considerado um problema em si”.

Noutra dimensão, fortalece-se que a proposta de Pachukanis é completamente distinta. O autor, nas perspectivas extraídas por este pesquisador, uma vez considerado e efetivado a proposta abolicionista, diz que não há como falar em novas possibilidades de resolução de conflitos. Se direito e capitalismo caminham juntos, qualquer forma que se criar para solucionar os conflitos, neste modelo, será completamente tomada pelos modo de produção capitalista. MASTRODI; FURQUIM (2014, p. 166):

Para Pachukanis, não existe no Direito a possibilidade de se resolver ou de se superar as questões sociais inerentes à dinâmica do capitalismo. Pelo contrário, esta

lógica é garantida pelo fenômeno jurídico. O Sistema Penal ou a forma a ser substituída ainda estará determinado pelas relações de produção, por mais que se altere a legislação. Não obstante os méritos de Hulsman e Christie de proporem a extinção do direito penal e da criminalização de condutas humanas, o próximo item demonstrará que tais medidas são insuficientes para resolver a problemática criminal.

A busca de Pachukanis, assim, é exatamente se opor a este tipo de forma jurídica capitalista⁴⁶. Mais uma vez: dentro do sistema vigente, qualquer que seja a proposta e por mais que seja uma proposta para atingir novos modelos de punição, com a finalidade de remover todo caráter segregador imposto pelo direito penal, ainda assim, será modulado pela estrutura do capital. Nessa mesma direção, MASTRODI; FURQUIM (2014, p. 167) salientam:

É por isso que se pretende demonstrar, a partir de Pachukanis, que a substituição do sistema penal, se operada dentro do sistema do capital, ainda se identificará com a forma mercadoria e dependerá do princípio da equivalência para quantificar as novas formas de punição. Isto não nos livraria de um sistema jurídico determinado pelas relações de produção, nem eliminaria a violência da segregação, muito menos permitiria alguma ruptura nos termos propostos pelo abolicionismo penal.

Portanto, diante da estrutura proposta, qualquer que seja o formato de punição não será possível romper com as desigualdades do sistema capitalista e, assim, pelas últimas lições de MASTRODI; FURQUIM (2014, p. 171), “o sistema penal, ainda que amenizado e humanizado pelo esforço teórico e prático do abolicionismo penal, pertence à época do capitalismo”.

Para fechar a questão sobre a punição, Amilton Bueno de Carvalho, em seu livro sobre Direito Penal a Marteladas, no capítulo referente à inação acerca do “Por que (não) punir?”, ressalta:

⁴⁶Embora considerem que o funcionamento do sistema penal produza violência ao criar as figuras de crime e, conseqüentemente, a de culpado e estigmatizado, que não existe na natureza, exceto por meio de um processo social de escolha dessas figuras, Hulsman e Christie não inserem as suas teses dentro do modo de produção em que vivemos – o capitalismo. Eles não reconhecem o sistema penal como produto do modo de produção capitalista, mas como um problema em si, como se a abolição do direito penal resolvesse também todas as suas conseqüências. Estes resultados – seletividade penal, criminalização da pobreza, ampliação da estigmatização social, controle de classe etc. – são determinados por nosso modo de produção. Substituir o direito penal por instâncias (jurídicas) intermediárias, societárias ou comunitárias⁶⁴ de resolução dos conflitos, dentro do horizonte do direito, significa manter a mesma força e significação da forma substituída (o direito penal) e, conseqüentemente, do modo de produção capitalista. Estas perspectivas de política criminal não buscam a abolição do direito em sua totalidade e sequer explicitam a relação entre conflitos sociais e capitalismo. A proposta coloca a substituição do sistema penal dentro do sistema do capital (MASTRODI; FURQUIM, 2014, p. 166).

Ora, “na verdade, a punição é um “terrorismo” aplicado contra todos, na medida em que ela é também “intimidação”. O sentido da punição é eliminar os “parasitas” e assim garantir a autodefesa da sociedade. É preciso, portanto, pensar a punição no registro da “guerra”, pois punir significa retrogradar a um estado selvagem e pré-civil, onde a guerra é a forma habitual de convívio.

5 Conclusão

A parte final de uma dissertação se refere à conclusão. Por ser a parte final do trabalho, não quer dizer que a pesquisa tenha respondido ou manifestado todos os interesses deste pesquisador, nem que tenha fechado o debate sobre a temática. Nada disso. Muito pelo contrário, concluir uma dissertação pode levar a um novo início de discussão do mesmo objeto de pesquisa.

Assim, não há dúvidas de que a conclusão é parte crucial para que se possa entender qual direção a pesquisa alcançou, desmostrando pontos de destaques/enfrentamentos durante o longo período pesquisado.

Tendo por base todas as discussões travadas até aqui (dos capítulos acima), chega-se ao fim da presente dissertação. Com isso, notou-se que o trabalho, em seu ponto central, foi organizado no sentido de discutir a respeito da abolição do sistema penal em relação aos delitos contra o patrimônio (sem violência ou grave ameaça), esclarecendo, portanto, que a referida criminalização (atrelada ao patrimônio) possui ligação direta com a sociedade dominante.

A partir de uma análise estruturada, o primeiro capítulo discutiu a respeito da criação da propriedade privada, além de apresentar concepções claras acerca da elaboração da norma jurídica, com fixação direta na ordem capitalista, e, também, na questão relacionada ao momento brasileiro em que o código penal vigente foi elaborado.

Nesse sentido, em relação à constituição da propriedade privada, este

pesquisador navegou pelos escritos de Federici e Marx, oportunidade em que a autora fortalece a questão da propriedade com seu auge no capitalismo, além de apresentar as questões próprias acerca da privatização da propriedade em Engels, onde estabelece a monogamia como questão central da propriedade privada.

Após essas construções, mas ainda no primeiro capítulo, organizou-se a discussão acerca da instituição da propriedade privada em Locke, pela visão de Macpherson, entendendo que a propriedade, a partir da instituição monetária, toma caráter ilimitado.

Por fim, dentro da temática relacionada à criação da propriedade privada, pode-se mencionar as apresentações de Hobsbawn, no livro “A Era das Revoluções”, onde o autor discute as revoluções burguesas. Dentro daquilo proposto pelo trabalho, importante notar que a dissertação fez menção aos ideais da revolução francesa, firmando o anseio que se criou a época pela propriedade privada, momento em que se notou a sua real importância, que, portanto, possui vigência nos movimentos constitucionais da contemporaneidade.

Após, o primeiro capítulo se propôs a observar a ligação entre capitalismo e legalidade. Amparado pelo capítulo da criação da propriedade privada, buscou-se analisar a sua influência na constituição da norma jurídica. Pelo exposto no capítulo 2.2 (o qual trata especificamente da relação entre legalidade e capitalismo, fortalecendo a afirmação de que a lei é um objeto da burguesia), notou-se que a lei é criada pela e para a sociedade dominante, não dispondo de neutralidade, como quer fazer pensar a teoria juspositivista.

No próximo subtópico (2.3), analisou-se, de maneira específica, o momento em que o código penal foi criado. Conforme o estudo realizado e tendo em vista que o código penal é de 1940, notou-se que a legislação penal foi elaborada em um momento de instabilidade política, na marca do autoritarismo de Vargas, no período novo (o qual corresponde ao período ditatorial do governo). A iniciativa da criação do novo código penal foi direcionada a Alcântara Machado e, após, reelaborado por Francisco campos, dando grande atenção aos bens jurídicos importantes para o crescimento da ordem capitalista, como, por exemplo, o patrimônio.

Os delitos contra o patrimônio que, no capítulo referente à desproporcionalidade entre a tutela do patrimônio e a pena privativa de liberdade, deixa claro a preferência do sistema penal pela criminalização do patrimônio privado em relação aos delitos que tratam da integridade física, haja vista nas

discrepâncias em relação ao preceito secundário.

Noutra dimensão, no último tópico do primeiro capítulo da dissertação, porém na mesma pegada da preferência pelo bem jurídico patrimônio, nota-se a exposição feita a respeito do princípio da insignificância. Além de verificar a proteção ao patrimônio privado de maneira ampla na legislação criminal, pode-se verificar que, no entendimento dos tribunais superiores (com destaque para o Supremo Tribunal Federal), o princípio da insignificância (que é orientado pelos vetores estabelecidos pelo STF) é bastante confuso na sua aplicação e, por vezes, por mais que os requisitos estejam presentes, ainda assim, não se viabiliza a sua aplicação.

O segundo capítulo é destinado à discussão acerca da prisão. Primeiro, discute-se a pena aplicada diretamente ao corpo daquele que violava a norma penal. Depois, com base no avanço dos ilegalismos populares narrados por Foucault, a prisão surge com uma perspectiva de uma pena mais humana. No entanto, no subtópico relacionado à prisão como instrumento da classe burguesa, faz-se uma análise precisa da relação entre prisão e capitalismo. Assim, se a lei penal é revestida pelo interesse capitalista, a prisão (que é criada pela lei) não tem outro amparo senão o sistema capitalista.

Ainda no segundo capítulo, traçando uma convergência entre prisão e os ideais da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), ficou claro que a prisão é constituída para fortalecer a liberdade de poucos, a prisão escancara a desigualdade e, assim, é completamente contrário ao princípio da fraternidade. Por último, ainda houve a necessidade de tratar acerca da finalidade das penas, deixando claro que a pena não cumpre qualquer função ressocializadora, apenas retribuindo (de maneira desproporcional) ao criminoso a pena por conta do bem jurídico violado.

Em relação ao último capítulo, fez-se necessário apresentar algumas possibilidades de abolicionismos. Ficou claro que as propostas de Hulsman e Christie são no sentido de abolir o sistema penal, reconhecendo que é o sistema seletivo e problemático, mas estabelecendo novas possibilidades, sem desmoronar o sistema capitalista.

De maneira oposta, por mais que Pachukanis seja um abolicionista do direito como um todo, pode-se extrair que o autor reconhece o direito penal como o maior disseminador de violência, que é imposta pelo modelo capitalista. O autor entende

que, com a estrutura capitalista, ainda que se tenham mecanismos diferentes do sistema penal, não há como validar a sua aplicação, pois, segundo MASTRODI; FURQUIM (2014, p. 172), “as causas e consequências do crime são determinadas fundamentalmente pelas relações de produção capitalistas e que somente pela substituição destas é que se poderia alterar a realidade do direito penal e de toda forma jurídica que conhecemos”.

Apesar das construções mencionadas, principalmente no que tange a esta última (a qual diz respeito a Pachukanis), o leitor, neste momento, pode estar pensando e se indagando: como essa proposta se efetivará no Brasil? Na verdade, com o objetivo de traçar discussões e apresentações e até para seguir o caminho daquilo que é apresentado pelo título, em que se menciona a expressão “proposta abolicionista”, dever-se-á, de fato, propor algo.

Além disso, cabe ressaltar, diferente da estrutura política brasileira, que faz parte do capitalismo, Pachukanis, por alguns, é considerado comunista e, por outros, anarquista. Para responder à indagação do leitor, que deve estar sedento pela proposta, já se pode adiantar que o abolicionismo aqui escolhido é o de Pachukanis. Mas o abolicionismo de Pachukanis aplicado a uma sociedade capitalista? Sim, como será exposto a seguir, busca-se a abolição de parte das criminalizações que envolvem o patrimônio.

A partir da definição de qual abolicionismo, aqui a proposta é abolir todos os crimes contra o patrimônio, que não possuam violência ou grave ameaça. E, como se aderiu a proposta deste autor (Pachukanis), não haverá qualquer mecanismo posterior para regular esses conflitos (como apresentado por Hulsman e Christie).

Por serem crimes que envolvem o patrimônio privado (de caráter capitalista) e que são usados para proteger o patrimônio de poucos, ou seja, da classe dominante, em que esses delitos servem para rotular e estigmatizar a classe subalterna, tais condutas devem deixar de ser considerado ilícito penal. Sabe-se bem qual é o perfil das pessoas que praticam os delitos contra o patrimônio. Além do mais, com o cenário pandêmico em que se vive atualmente, casos de furtos insignificantes e de estelionatos cresceram.

Diversas pessoas foram colocadas em situação de extrema pobreza. Dessa forma, furtos pequenos, que deveriam estar amparados pela insignificância e, portanto, que não tivessem o condão de manter essas pessoas na prisão foram

noticiados com maior frequência pela mídia brasileira. Dentre os diversos casos, pode-se citar o caso recente, noticiado pelo G1, em que um casal foi detido por furtar leite e fralda. Além disso, tem-se também o caso noticiado pelo UOL, onde uma mãe de cinco filhos foi detida por furtar (no caso, totalizava o valor de R\$ 21 reais) comida em São Paulo. No que tange a este último caso, a defensoria pública assumiu o caso, fez pedido para o juiz de primeira instância, *habeas corpus* para o Tribunal de segunda instância, onde foi negado, só conseguindo a liberdade no Tribunal superior.

Alguém poderia se perguntar: nesses casos, os julgadores não aplicaram o princípio da insignificância? Como narrado no primeiro capítulo, o princípio da insignificância encontra dificuldade em sua aplicação por conta dos vetores. Os vetores travam a aplicação do referido princípio, além de o princípio da bagatela não impedir, de forma imediata, que a pessoa que praticou o furto fique presa. Primeiro se prende para, quando entendem a viabilidade de sua aplicação (apenas de maneira posterior), analisar os requisitos do princípio. É um reformismo falso, que não resolve o problema.

Por fim, conclui-se que nenhum reformismo é capaz de resolver os problemas impostos pela criminalização do patrimônio sem violência ou grave ameaça. Nem mesmo o projeto de lei 4540/2021, da Deputada Talíria Petrone, haja vista que, mesmo previsto em lei, haverá dificuldades de interpretação em relação a algumas expressões como, por exemplo, “em situação de pobreza ou extrema pobreza” ou “insignificante a lesão ao patrimônio do ofendido”. Ora, o que se enquadra em situação de pobreza ou extrema pobreza? O que pode ser considerado insignificante? Essas expressões farão com que o juiz e os tribunais tenham que firmar suas próprias convicções e, assim, estar-se-á diante da mesma problemática da insignificância.

Além do mais, os juízes e tribunais fazem parte de uma estrutura política dominante, que não faz qualquer esforço para reconhecer direitos da classe subalterna. Assim, afirma-se, mais uma vez, na perspectiva de Pachukanis, que a grande proposta deste pesquisador é a abolição dos delitos contra o patrimônio (sem violência ou grave ameaça).

6

Referências bibliográficas

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini. **A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais**. v. 103. São Paulo: Revista da Faculdade de Direi da Universidade de São Paulo, 2008. P. 781-791

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011. 254 p.

BATISTA, Nilo; KOSOVSKI, Ester. **Tributo a Louk Hulsman**. 1º ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012. 302 p.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição especial. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2011. 146 p.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 21ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. Cap. VI, p. 130 - 162.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 4540/2021. **Altera o artigo 155 do Código Penal para prever o furto por necessidade e o furto insignificante e dá outras providências**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.

_____. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

_____, Decreto-Lei 3689, de 03 de outubro de 1941 – **Código de processo penal**

_____, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Lei de drogas**. Rio de Janeiro: 2006

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 18 de março de 2020. Disponível em:
<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343623422&ext=.pdf>. Acesso em: 11 set. 2020. CARVALHO, Amilton Bueno de. **Abolicionismo penal em Nietzsche**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2021. 220 p.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016. 172 p.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Rio de Janeiro: Editora: Revan, 2011.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. In: Marx, Karl; Engels, Friedrich. Obras escolhidas, volume 3. São Paulo: Alfa-ômega, p. 7-143.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2012.

FERNANDES, B. S., EMANUELLE CARVALHO MARTINS, N. ., & COLUCCI GOULART MARTINS FERREIRA, M. . (2021). **Análise crítica acerca da pena privativa de liberdade frente ao sistema brasileiro: a pena pode ser considerada uma evolução?**. *Revista Vianna Sapiens*, 12(2), 24.

FERNANDES, B. S., TURINI, R. T., & LOPES, R. F. B. . (2019). **A realidade de uma penitenciária: um estudo teórico e empírico relacionado à vivência no cárcere**. *Revista Vianna Sapiens*, 10(2), 26.

FUCILINI, Diego Castilho. **Discrepâncias e incongruências na proteção a bens jurídicos: por que a punição estatal é mais rigorosa frente a delitos de cunho meramente patrimonial ante ameaças à integridade física e à vida da vítima?**. Rio Grande do Sul. Res Severa Verum Gaudium, 2019.

FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica**. São Paulo: Editora: Contracorrente, 2020. 432 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Cap. V, 200 - 256.

FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2014. 302p.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. São Paulo: Elefante, 2017, 406p.

GIL, Antônio Carlos. **Sociologia geral**. 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. Cap. 10, p. 117 – 129.

HOBBSBAWN, Eric J. **A Era das Revoluções: Europa 189 – 1848**. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012.

JESUS, A. P. (2015). **Descriminalização de delitos patrimoniais não violentos:**

uma abordagem crítica e racional à luz da teoria do direito penal mínimo.
Salvador: dissertação de mestrado profissional em segurança pública, justiça e cidadania (Universidade Federal da Bahia).

JAMBEIRO, Othon. **Tempos de Vargas: o rádio e o controle da informação**. Salvador: EDUFBA, 2003. 191p.

LEITE, Daniel Albuquerque de Almeida Ferreira. **Direito penal e luta de classes: uma introdução via Pachukanis**. São Paulo: Editora Lavra Palavra, 2022. 160p.

LOCK, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOPES, R. F. B. (2020). **Literatura de cárcere: um percurso do universal ao particular**. Rio de Janeiro: tese de doutorado (Universidade Federal Fluminense).

MASCARO, Alysson L. **Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Editora: Quartier Latin, 2019.

_____, Alysson L. **Estado e Forma Política**. São Paulo: Editora: Boitempo, 2013.

_____, Alysson L. **Introdução ao Estudo do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Editora: Atlas, 2021.

MAZZEO, Antônio Carlos. **Estado e burguesia no Brasil: origens da autocracia burguesa**. 3ª ed. São Paulo: Editora Boitempo, 2015.

MACPHERSON, C. B. **La Teoría del Individualismo Posesivo de Hobbes a Locke**. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

MASTRODI, J; FURQUIM, G. **Pachukanis e o abolicionismo penal de Hulsman e Christie**. Rio de Janeiro: Revista Direito e Práxis, vol. 5, n. 9, 2014, pp. 150-175.

MARX, Karl. **O Capital: crítica da economia política: livro I**. 2ª ed. São Paulo: Editora Boitempo, 2017.

_____, Karl. **Os Despossuídos**. São Paulo: Editora: Boitempo, 2017.

MARCASSA, L.P. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. UNICAMP. 2018. 85-90p

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 3ª ed. Lisboa: Editora: Estampa, 2005.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. 1ª ed. São Paulo: Editora Boitempo, 2017.

PINTO, Rafel Fagundes. **A insignificância no direito penal brasileiro**. 1ª ed.

Rio de Janeiro: Editora Revan, 2019. 280 p.

PROUDHON, Pierre Joseph. **A propriedade é um roubo e outros escritos anarquistas**. São Paulo: Editora: L&PM, 1998.

RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. **Punição e estrutura social**. 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. 282 p

SILVA, Adrian Barbosa E. **Teoria agnóstica da pena: fundamentos criminológicos para uma teologia redutora desde a margem**. Revista de criminologia e ciências penitenciárias, 2013.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Editora: Tirant lo Blanch, 2018. 572 p.

TIGAR, Michael E.; Leux, Madeleine R. **O direito e ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: ed Zahar, 1978. 315p.

VALOIS, Luís Carlos. **Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal**. 1ª ed. São Paulo: Editora: D' Plácido, 2020. 340 p.

WACQUANT, L. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J.H. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.