

**DESCALÇOS E DESPOSSUÍDOS: REFLEXÕES SOBRE O CARÁTER
SELETIVO DO DIREITO PENAL**

*BAREFOOT AND DISPOSSESSED: REFLECTIONS ON THE SELECTIVE
NATURE OF CRIMINAL LAW*

*DESCALZOS Y DESPOSEÍDOS: REFLEXIONES SOBRE EL CARÁCTER
SELECTIVO DEL DERECHO PENAL*

**Vinicius Nahan¹
Hector Cury Soares²**

RESUMO

O presente estudo busca analisar como a criminologia crítica de viés marxista tem demonstrado o caráter seletivo do direito penal e desafiado a ideia de isonomia do direito. O método utilizado foi o materialista histórico-dialético, o qual é uma concepção explicativa da história e não somente uma teoria filosófica. Além disso, buscou-se fazer uma revisão bibliográfica do tema.

¹ Delegado de Polícia (PCRS) e Professor da ACADEPOL (PCRS). Mestrando em Direito e Justiça Social no Programa de Pós-graduação em Direito e Justiça Social da FURG. Mestrando em Segurança Cidadã no Programa de Pós-Graduação em Segurança Cidadã da UFRGS. Especialista em Direito Penal e Processo Penal (FMP). Especialista em Gestão Pública Municipal (UFSM) e Bacharel em Direito (UFSM). E-mail: viniciusnahan@protonmail.com.

² Doutor em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS - 2010/2014) com período de Doutorado Sanduíche na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UC-Portugal). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS - 2008/2010). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPeI - 2002/2007). Ocupa o cargo de Professor Associado I de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Universidade Federal do Rio Grande (FURG), onde desempenha suas atividades no Curso de Graduação em Direito e Mestrado em Direito e Justiça Social. É coordenador do projeto de pesquisa-ação "Cidadania, Direitos e Justiça", em que mantém linha de pesquisa que trata de "Direito e Teorias Críticas". Tem como temas de interesse: precarização das relações de trabalho no Brasil, teorias críticas do direito e marxismo e direito. hectorcury@gmail.com

Analisou-se a origem da criminologia positivista e o desenvolvimento posterior da criminologia crítica. Constatou-se que existe uma diferença de abordagem entre os teóricos da criminologia positivista e os adeptos da criminologia crítica. Percebeu-se como a função declarada do direito penal, baseada no princípio da igualdade, não se coaduna com o real objetivo da elaboração de leis penais. A criminalização é seletiva em essência, pois definir quais condutas serão crimes e quais não serão já é uma forma de selecionar os futuros praticantes de ações típicas. Além disso, a atuação dos órgãos de controle é feita de forma a escolher quem será criminalizado. A partir disso, novos estudos poderão ser desenvolvidos.

Palavras-chave: criminologia crítica; seletividade penal; marxismo.

ABSTRACT

This study aims to analyze how Marxist-influenced critical criminology has demonstrated the selective nature of criminal law and challenged the idea of legal equality. The method employed was historical-dialectical materialism, which is an explanatory conception of history rather than solely a philosophical theory. Additionally, a literature review on the topic was conducted. The study examined the origin of positivist criminology and the subsequent development of critical criminology. It was observed that there is a difference in approach between positivist criminology theorists and advocates of critical criminology. The declared function of criminal law, based on the principle of equality, was noted to be incongruent with the actual purpose of enacting criminal laws. Criminalization is inherently selective, as deciding which behaviors will be crimes and which will not is a form of preselecting future perpetrators of typical actions. Furthermore, the actions of control agencies are carried out in a way that chooses who will be criminalized. Based on these findings, further studies can be developed.

Keywords: critical criminology; penal selectivity; Marxism.

RESUMEN

Este estudio tiene como objetivo analizar cómo la criminología crítica de tendencia marxista ha demostrado el carácter selectivo del derecho penal y desafiado la idea de igualdad jurídica. El método utilizado fue el materialismo histórico-dialéctico, que es una concepción explicativa de la historia y no solo una teoría filosófica. Además, se realizó una revisión bibliográfica del tema. El estudio examinó el origen de la criminología positivista y el desarrollo posterior de la criminología crítica. Se observó que hay una diferencia de enfoque entre los teóricos de la criminología positivista y los seguidores de la criminología crítica. Se percibió cómo la función declarada del derecho penal, basada en el principio de igualdad, no concuerda con el verdadero objetivo de la elaboración de leyes penales. La criminalización es selectiva en esencia, ya que definir qué

conductas serán consideradas criminales y cuáles no lo serán es una forma de seleccionar a los futuros perpetradores de acciones típicas. Además, la actuación de los órganos de control se lleva a cabo de manera que eligen a quiénes se criminalizará. Con base en estos hallazgos, se pueden desarrollar nuevos estudios.

Palabras clave: criminología crítica; selectividad penal; marxismo.

Data de submissão: 22/11/2023

Data de aceite: 05/12/2023

1 INTRODUÇÃO

Se a lei fosse um animal, aos olhos de um camponês de El Salvador, ela seria uma serpente, pois só pica quem está descalço. Essa frase difundida pelo professor Jesus Antonio De la Torre Rangel (2023) demonstra com propriedade a seletividade da legislação penal e o seu caráter de classe, punindo, sobretudo, quem nada possui, ou seja, os descalços ou despossuídos.

Entretanto, o direito é difundido como uma instituição baseada na igualdade, todos são iguais perante a lei e por isso não haverá distinções no tratamento dado a cada um.

Nesse sentido, Anatole France (1984) já afirmava, em seu romance, como as leis são magnânimas e majestosas na medida em que proíbem ricos e pobres igualmente de dormir debaixo das pontes, de mendigar nas ruas e de roubar o pão.

Essa idealização do princípio da igualdade é uma viga que sustenta todo o direito. Acreditar no tratamento igualitário concedido pelas leis é essencial para o funcionamento do direito, sobretudo no caso criminal.

Entretanto o objetivo deste trabalho é analisar como a criminologia crítica de viés marxista tem demonstrado o caráter seletivo do direito penal e desafiado a ideia de isonomia do direito.

O método utilizado foi o materialista histórico-dialético, o qual é uma concepção explicativa da história e não somente uma teoria filosófica. Assim, trata-se em verdade de um materialismo da história. Não são as ideias que

governam o mundo, como tanto se repetiu, pelo contrário, as ideias dependem das condições econômicas, em último caso, da matéria, e essa, afinal, explica a história (Foulquié, 1966).

A aparência do objeto é diferente da sua essência. Caso coincidissem toda a ciência seria supérflua, afirmava Karl Marx. Desse modo, O método dialético busca relacionar esses dois campos, propiciando o conhecimento teórico, partindo da aparência, visa a alcançar a essência (estrutura e dinâmica) do objeto.

De início, é importante revisitar os fundamentos e a origem das ideias e teorias que atualmente são agrupadas como criminologia positivista ou tradicional. Busca-se demonstrar porque seus postulados estavam equivocados e eram insuficientes.

2 AS ORIGENS DA CRIMINOLOGIA POSITIVISTA

No século XVIII, a revolução burguesa e a revolução industrial deflagraram um processo de desenvolvimento tecnológico jamais visto na história, por outro lado, o conseqüente êxodo rural dos camponeses para os novos centros urbanos trouxe consigo problemas desconhecidos pela antiga sociedade europeia, conservadora e estática, as condutas ilícitas cresciam proporcionalmente ao aumento da miséria (Shecaira, 2012). O processo de acumulação de riquezas nas mãos da nova classe capitalista é correlato do processo de acumulação de força de trabalho ou “acumulação de homens úteis”, nessa época a classe camponesa é transformada em classe trabalhadora. A nova geografia sócio-econômica surgida com a ruptura dos vínculos feudais e com o aparecimento de uma economia capitalista impõe a necessidade de elaboração de uma nova cartilha para a manutenção da ordem social (Pavarini, 2002).

Neste sentido Michel Foucault (2006) argumenta que o aumento geral da riqueza e o crescimento demográfico vivenciados após a queda do Antigo Regime, trouxeram consigo a mudança na prática de ilícitos populares, o alvo principal das ilegalidades deixou de ser os direitos – contrabando e luta armada

contra os agentes do fisco – para se tornar os bens – furtos e transferência violenta de propriedades, conforme o autor: “com as novas formas de acumulação de capital, de relações de produção e de estatuto jurídico da propriedade, todas as práticas populares que se classificavam, [...] na ilegalidade dos direitos, são desviadas à força para a ilegalidade dos bens” (Foucault, 2006, p. 73-74).

O desenvolvimento da sociedade capitalista reestruturou a economia das ilegalidades. A forma de tratamento reservado aos desvios de cada classe ressaltava a diferença entre elas. A ilegalidade dos bens estava mais acessível às classes populares e seria combatida com os tribunais e as punições, já a ilegalidade de direitos – fraudes, evasões fiscais – será utilizada pela burguesia e julgada por jurisdições especiais, transações, acordos e multas. “Ao mesmo tempo em que essa separação se realiza, afirma-se a necessidade de uma vigilância constante que se faça essencialmente sobre essa ilegalidade dos bens” (Foucault, 2006, p. 73-74).

Dessa forma, a política de controle social da incipiente sociedade capitalista estava centrada em um projeto político capaz de conciliar a autonomia dos indivíduos, entendida como liberdade em acumular riquezas, frente ao poder estatal, e o assujeitamento das massas às exigências da produção, necessário para o pleno desenvolvimento da economia capitalista. A partir da lógica deste projeto político, surgem as primeiras formas de conhecimento criminológico e de estratégias de controle social do desvio criminal (Pavarini, 2002).

Massimo Pavarini (2002) elenca alguns pontos comuns ao conhecimento criminológico deste período: o pacto social deveria disciplinar as reações sociais contra a propriedade; aceitar e reconhecer a priori como imutável e definitiva a desigualdade na distribuição dos bens é uma condição necessária para se justificar a condenação das ações que violem o direito à propriedade; adquirir bens mediante as regras do contrato social é útil, moral e lícito, por outro lado, fora desse esquema jurídico, será considerado ilícito, criminoso e nocivo; somente a lei penal pode definir as formas ilícitas de aquisição da propriedade, os motivos da ação ilícita não podem ser levados em

consideração, mesmo que ela tenha sido praticada devido ao reconhecimento das desigualdades sociais e individuais – justiça social.

Assim, pela contradição entre o princípio da igualdade formal e distribuição desigual das oportunidades, o ato criminoso é politicamente considerado como próprio dos excluídos da propriedade, atentando contra a paz e a ordem dos possuidores. Dessa forma, o conhecimento criminológico europeu do século XVIII cambaleia entre a defesa intrépida da igualdade formal de todos os homens e a aceitação resignada da distribuição desigual das oportunidades sociais.

Este ponto inicial de desenvolvimento do saber criminológico é classificado por alguns autores como sendo a escola clássica de direito penal, a qual seria um antecedente da criminologia tradicional. Esta classificação se refere a teorias produzidas nos países europeus entre o século XVIII e meados do século XIX, em especial aos escritos de Cesare Beccaria na Itália, Feuerbach na Alemanha e Jeremy Bentham na Inglaterra (Baratta, 2011). Atribui-se à escola clássica a intenção de combater os excessos punitivistas cometidos nos suplícios públicos pelo Antigo Regime, ou seja, nesta visão homogeneizante esses autores pretendiam estabelecer limites para o poder punitivo monárquico (Flauzina, 2008).

Entretanto, admitindo essa classificação apenas para fins didáticos, cumpre ressaltar que a escola clássica não passa de uma invenção de Enrico Ferri, um dos discípulos de Lombroso e criador do termo “criminoso nato”. Na sua concepção, a escola clássica abrangia todos os penalistas que não concordavam com as suas construções teóricas, contendo pensadores iluministas de todos os países europeus, incluindo kantianos, hegelianos, aristotélicos, tomistas, etc. (Zaffaroni *et al.*, 2003). Percebe-se, então, o grave equívoco que se comete ao tentar enquadrar uma pluralidade tão grande de pensamentos dentro de uma classificação arbitrária.

Sendo assim, deve-se evitar uma análise reducionista e simplificadora da produção teórica do período acima referido, aliás, é muito comum se deparar com visões românticas acerca desses autores, contudo, a defesa de uma mudança dos métodos de punição, comumente chamada de

“humanização das penas”, não resultou da bondade dos autores ou de considerações humanitárias, mas, sim, do desenvolvimento econômico da sociedade capitalista (Rusche; Kirchheimer, 2004).

O surgimento da prisão é o ponto chave para a inversão da prática de controle social: se, no passado, aniquilar o transgressor era a única forma do Estado se opor à sua ação desviante, agora, graças à reclusão penitenciária, a política criminal visava reintegrar aquele que infringiu o pacto social, devolvendo-o ao interior da sociedade com a consciência de que as suas necessidades devem ser satisfeitas dentro das regras da propriedade privada, ou seja, deverá adquirir bens através do dinheiro obtido com a venda da sua força de trabalho (Pavarini, 2002).

Assim, todas as infrações penais cometidas nos Estados absolutistas atentavam diretamente contra o monarca, violavam as regras estabelecidas pela realeza, logo a punição deveria ser grande a tal ponto que pudesse retribuir o mal causado ao rei e impedir novas condutas de outras pessoas que violassem os preceitos reais, por isso, o suplício era a punição por excelência. Em contrapartida, nas nascentes sociedades capitalistas, pós-revolução industrial, a pena de prisão é adotada como regra, de tal modo que perdura até hoje, porque ela era eficiente para demonstrar aos antigos camponeses, a nova classe trabalhadora, os quais não estavam acostumados com o modo de produção capitalista e suas regras referentes à propriedade privada, que violar o pacto social tornaria os infratores inúteis para a sociedade, pois eles seriam retirados do seio social e impedidos de participar daquilo que deveria ser almejado por todo antigo camponês que passou a morar na cidade: trabalhar no modo de produção capitalista.

O surgimento da prisão, também, possibilitou o desenvolvimento dos estudos criminológicos positivistas, pois, segundo Pavarini (2002, p. 38), o único interesse dos teóricos da criminologia tradicional era as pessoas que estavam presas, ignorando a realidade social vivida por elas, assim, o objeto desta criminologia não é tanto o “delinquente”, mas o “delinquente reduzido a desviado institucionalizado”, ou seja o encarcerado. Thompson (2007) credita o

interesse da criminologia tradicional pela pesquisa com os aprisionados ao fracasso em definir um ente político, o crime, em ser natural.

Sob esse equívoco se fundou quase todo o saber criminológico positivista: a íntima ligação entre “delinquente” e encarcerado. Essa ideologia, conforme anota Pavarini (2002), tratou a agressividade e a alienação do homem institucionalizado como se fosse uma maldade intrínseca.

A obra fundamental da criminologia tradicional foi O homem delinquente, escrita pelo médico italiano Cesare Lombroso e publicada em 1876. Neste livro, empregando estatísticas criminais oficiais da época e medindo os corpos, em especial os crânios, das pessoas encarceradas, Lombroso defendia a existência de sujeitos predispostos a cometerem condutas ilícitas. Devido a razões de ordem física, moral e mental, essa parcela da humanidade era constituída por um atavismo que os destinava a terem comportamentos ilícitos. Um ser atávico era um europeu que reproduzia os instintos primitivos da humanidade e dos animais, além de não ter moral, ser infantil, perverso e insensível à dor. Através das mais avançadas e confiáveis técnicas de medição humana, segundo ele próprio afirmava, o “criminoso nato” era identificado por seus caracteres físicos, pois portava traços simiescos, assimetrias faciais, olhar oblíquo, dentre outros caracteres físicos distintivos (Almeida, 2004; Baratta, 2011; Dias; Andrade, 1997; Zaffaroni *et al.*, 2003).

O estereótipo atávico criado e analisado por Lombroso possuía uma estreita vinculação com as características dos colonizados, segundo sustenta Zaffaroni (1988), pois o “homem delinquente” se parecia, ao final, com o asiático e com o negro. Desse modo, o atavismo simboliza o resultado de uma evolução de um grupo de indivíduos ao contrário, os quais retornavam ao primitivismo e à selvageria. Todas as formas de ilicitudes eram correlatas desse retrocesso evolutivo, propagado por hereditariedade, essas pessoas, portanto, deveriam ser retiradas do convívio social, pois a sociedade era dividida entre homens atávicos, seres primitivos que não acompanharam a evolução, e homens normais, os quais detinham o poder de comandar os primeiros (Rauter, 2003).

O método utilizado pelos teóricos da criminologia tradicional foi, fundamentalmente, o estatístico, entretanto, este método não é suficiente para identificar todas as condutas ilícitas, existe um espaço em branco deixado pelas ações não registradas, a cifra negra. Por isso, há uma quantidade de atos ilícitos que são contabilizados pelas estatísticas oficiais e outra divulgada pelas estatísticas de distintos órgãos de controle social, mas nenhuma dessas corresponde à realidade (Ramirez, 1983).

Partindo da totalidade das condutas ilícitas ocorridas numa comunidade, apenas algumas serão relatadas à polícia, pois muitos conflitos se resolvem sem a ingerência estatal; aliás, outras tantas não serão nem descobertas, em especial, os “delitos sem vítimas” – algumas fraudes e uso de drogas, por exemplo. A ação ilícita relatada pode não ser registrada pelo agente policial ou não ensejar uma investigação, e, mesmo que seja investigada, o delegado pode solicitar o arquivamento do inquérito ou, caso encaminhe para o Ministério Público, o promotor também possui a prerrogativa de fazer essa solicitação, se entender que não existem elementos mínimos que possam embasar a acusação. Na hipótese da conduta motivar uma denúncia feita pelo órgão acusatório, o juiz pode, imediatamente, rejeitá-la, ou recebê-la e dar início ao processo penal. Entretanto, ao final do procedimento o réu pode ser absolvido – sua conduta não era ilícita; ou ter a punibilidade extinta – o Estado perdeu o direito de puni-lo. Ou seja, a condenação ocorre numa ínfima quantidade de casos.

Sendo assim, transformar as pessoas encarceradas em objeto de estudo criminológico, supondo-se estar investigando todos os delinquentes, como pretendeu a criminologia tradicional, tornou-se um problema incontornável e quando veio à tona implodiu todas as bases da sua pretensa cientificidade, neutra, racional e objetiva.

A existência da cifra negra traz algumas consequências para a análise do sistema penal: 1) esse fenômeno, na verdade, representa a grande massa das condutas ilícitas, enquanto que as estatísticas oficiais são suas sombras; 2) além de tornar agudamente difícil perceber a realidade sobre as ilicitudes e suas composições, estreita e distorce o conhecimento sobre as pessoas que

cometem atos ilícitos; 3) as ações da sociedade em relação às condutas ilegais e à punição são implacavelmente fantasiosas e irreais e, por fim, 4) o sistema atua de forma seletiva na captura das condutas e dos sujeitos que serão criminalizados (Thompson, 2007).

As obscuras fissuras do edifício da criminologia tradicional foram iluminadas pela evidência da cifra negra e, dessa forma, trouxe à tona as falsas concepções deste conjunto ideológico. Na verdade, todo esse saber prestava serviços ao poder hegemônico e era legitimador do status quo da sociedade, para tanto, operando uma distinção necessária entre “nós” e “eles”, entre o bem e o mal. Assim, conforme percebeu Almeida (2004), o sucesso de Lombroso e da criminologia tradicional pode ser creditado mais à sua utilidade pública em associar condutas ilícitas à pobreza do que ao seu rigor metodológico ou objetividade científica.

Nesta senda, cumpre salientar que embora a “escola clássica” e a criminologia tradicional tenham desenvolvido visões opostas em matéria penal, Baratta (2011) ensina que tanto uma quanto a outra têm como pilar comum a ideologia da defesa social. Esse conjunto de ideias que foi difundido entre os juristas e, adotado, também, entre os leigos tem como base os seguintes princípios: – Princípio de legitimidade, o Estado, através das instâncias oficiais de controle social (leis, polícia, poder judiciário e prisão), possui legitimidade para combater as ilicitudes; – Princípio do interesse social e do delito natural, a legislação penal resguarda no seu núcleo central os bens jurídicos fundamentais para a sociedade, interesses comuns a todas as pessoas; – Princípio do bem e do mal, as relações sociais são caracterizadas pelo combate entre o bem e o mal, esse manifesto nos desviantes, os quais devem ser combatidos, aquele encontrado em todo o restante da sociedade; – Princípio de culpabilidade, o crime é a manifestação de um ato reprovável na medida em que contraria os valores e as normas regentes da sociedade; – Princípio da finalidade ou da prevenção, a pena, além de punir, tem a função de prevenir o crime; – Princípio da igualdade, a lei penal é aplicada igualmente a todas as pessoas.

Após a compreensão das origens da criminologia tradicional, cumpre analisar a função do direito, sobretudo o penal, conforme entendido pela criminologia crítica.

3 PARA QUE(M) SERVE O DIREITO?

Atualmente, o direito está erigido em uma estrutura técnica específica, porém no passado ela não existia, a força bruta, a religião e o direito estavam no mesmo emaranhado de relações. Não havia uma técnica jurídica universal e impessoalizada que correspondesse a uma atividade mercantil difundida a todos indistintamente. Por outro lado, no capitalismo, algumas ferramentas normativas estatais, aplicadas em todas as relações jurídicas, são essenciais para que existam as relações econômicas capitalistas. Por exemplo, categorias como direito subjetivo, sujeito de direitos e dever que são indispensáveis para a estrutura jurídica atual, surgiram apenas com o capitalismo, como seu formato correlato necessário (Mascaro, 2013).

A diferenciação entre dois tipos de comportamento (conforme a lei ou desviante) depende menos de uma atitude interior do sujeito boa ou má, social ou antissocial, qualificada como positiva ou negativa pelos demais, do que da definição legal que em dado momento distingue o comportamento lícito do criminoso (Baratta, 2011).

A fim de reforçar o entendimento, cita-se uma ilustração retirada da obra *A indústria do controle do crime*, de Nils Christie (1998, p. 12-13),

Pense numa criança, seu filho ou de outrem. A maioria das crianças age, por vezes, de uma forma que a legislação poderia considerar criminosa. Pode desaparecer dinheiro de uma bolsa. Seu filho não diz a verdade, ou pelo menos toda a verdade, sobre onde passou a noite. Ele bateu no irmão. Mas, ainda assim, não aplicamos nesses casos as categorias do direito penal. Não chamamos uma criança de criminosa, nem seus atos de crimes. Por quê? Apenas porque não parece certo fazê-lo. Por que não? Porque sabemos demasiado. Conhecemos o contexto: o filho estava desesperado por arranjar dinheiro, estava apaixonado pela primeira vez, o irmão o irritou mais do que alguém poderia suportar – seus atos não tiveram significado, nada acrescentaria vê-los à luz do direito penal. E conhecemos tão bem nosso próprio filho. Com tanto conhecimento, uma categoria legal seria muito estreita. Ele pegou o dinheiro, mas lembramo-nos de todas as vezes em que ele generosamente partilhou seu dinheiro, ou seus doces ou carinho. Bateu no irmão, mas muitas outras vezes o

consolou; mentiu, mas continua sendo um garoto em que se pode confiar.

Assim não é possível compreender a criminalidade sem analisar a ação do sistema penal que a define e, por sua vez, reage contra ela. Tanto por meio da normatização abstrata quanto pela atuação das agências de controle social formal (polícia, ministério público, tribunais e presídios). Por isso, que o status de delinquente pressupõe o efeito da atividade das instituições de controle, pois o indivíduo que cometeu a mesma conduta, enquanto não adquirir esse status não será alcançado pela ação daquelas instâncias (Baratta, 2011).

Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um 'infrator'. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal (Becker, 2008, p. 22).

Realizando uma análise técnico-jurídica, constata-se que a Constituição Federal Brasileira estabelece como privativa da União a competência para legislar sobre matérias de direito penal e processo penal³. Desta forma, os membros do Congresso Nacional exercem a função legislativa que compete à União, apresentando projetos de lei na casa iniciadora, Câmara dos Deputados ou Senado Federal. Após a proposição, o projeto passará por comissões que realizarão uma análise técnica, material e formal da lei. Depois disso, o projeto será votado em plenário, se aprovado irá para a casa revisora que discutirá a matéria e poderá propor emendas, as quais, se aprovadas ensejarão o envio do projeto para a casa iniciadora, novamente. Após a aprovação nas duas casas, o projeto será enviado para o Presidente da República sancionar ou vetar, a sanção presidencial encaminha o projeto para a publicação no Diário Oficial da União. Por outro lado, caso seja vetado, o Congresso Nacional pode derrubar o veto presidencial, nesta hipótese, o projeto será encaminhado, mais uma vez, para a Presidência da República proceder a promulgação do projeto de lei (Câmara dos Deputados, 2015).

³ Constituição Federal de 1988. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...].

A função declarada do direito penal é a punição geral e irrestrita de todos aqueles que cometem crimes. Entretanto na própria definição das condutas que serão criminalizadas já ocorre uma seleção daquilo que deve ser considerado criminoso.

A existência de interesses não declarados na criação de leis já é observada desde o Manifesto do Partido Comunista, publicado por Marx e Engels em 1848. Nesse texto, eles analisam o surgimento e o desenvolvimento da burguesia, a qual com o estabelecimento da grande indústria e do mercado mundial conquistou o domínio político exclusivo no Estado moderno, tornando-se a classe dominante. O Estado moderno, naquele momento, era entendido como um comitê que administra os interesses da classe burguesa (Marx; Engels, 2008).

A burguesia, enquanto classe, apoiou-se em meios de produção e de circulação formados na sociedade feudal. Em dado momento, as forças produtivas não se coadunavam com as relações de propriedade. Então apareceu a livre concorrência, a qual trouxe uma organização social e política correspondente, sob o domínio econômico e político da classe burguesa (Marx; Engels, 2008).

Após as revoluções burguesas, a classe detentora do poder econômico também passa a deter o poder político. É importante ressaltar que para os autores, “poder político propriamente dito é o poder organizado de uma classe para dominar a outra” (Marx; Engels, 2008, p. 44).

Desse modo, Marx e Engels na publicação do Manifesto Comunista, defendiam que a sociedade burguesa possui uma concepção própria acerca da liberdade, da educação e do direito. Essas concepções não surgiram da consciência ou de um abstrato mundo das ideias, mas são produtos das relações de produção e de propriedade. Nesse sentido o direito é a mera vontade de classe erigida em lei, vontade determinada pelas condições materiais de vida da própria classe (Marx; Engels, 2008).

Atualmente esse entendimento é corroborado ao ser analisada as últimas décadas de elaboração legislativa de leis penais, processuais penais e de execução penal, tanto no Brasil quanto nos países ocidentais de tradição

romano-germânica. Percebe-se que o surgimento de uma nova lei não é precedido por um estudo prévio dos seus efeitos, havendo total ausência de planejamento e controlabilidade. Esse quadro é agravado pela apresentação de projetos de lei que visam a responder casos emergenciais. Nessas situações, o legislativo movido pela pressão da opinião pública propõe mudanças visando resolver situações surgidas em casos de grande repercussão, esses projetos de lei são alavancados pela demanda midiática, fenômeno denominado “populismo punitivo” (Carvalho, 2010, p. 257-258).

A criação legislativa, portanto, é enviesada e parcial, Marx e Engels (2008, p. 28) já afirmavam que “as leis, a moral, a religião são para ele meros preconceitos burgueses, atrás dos quais se ocultam outros tantos interesses burgueses”.

A criminalização é realizada em dois níveis: o primeiro é engendrado pela atuação legislativa dos parlamentares, criando novos delitos ou recrudescendo suas penas, movidos pelo populismo penal midiático ou por interesses de grupos, a criminalização primária; já a atuação das agências de controle social formal (Polícias, Ministério Público, Defensoria Pública e Poder Judiciário) visando realizar o programa da legislação penal, investigar, denunciar, julgar e prender, é a denominada criminalização secundária.

Cabe pontuar que além da clientela preferencial do poder punitivo, dois outros grupos, com muito menos frequência, podem ser selecionados pelo sistema penal: primeiro, as pessoas que mesmo não se enquadrando nos estereótipos tenham agido com tamanha brutalidade que acabaram se tornando vulneráveis – “criminalização por comportamento grotesco ou trágico” e alguém que perdeu uma disputa de poder e acabou deixando sua posição hegemônica, sofrendo uma ruptura na vulnerabilidade – “criminalização devida à falta de cobertura” (Zaffaroni *et al.*, 2003, p. 49).

Karl Marx (2017, p. 78) ao analisar a lei que criminalizou o furto de madeira na Gazeta Renana, afirmou que “até mesmo a coleta de madeira seca do chão é punida com mais rigor do que o furto de madeira, pois ela já é punida ao ser declarada como furto, uma punição que, pelo visto, não é imposta ao próprio furto de madeira”.

Percebe-se que a decisão pela criminalização já é uma forma de punição. A criminalização primária, isto é, a escolha das condutas que serão tipificadas penalmente pelo Legislador, mostra-se como uma forma de punição das pessoas criminalizáveis.

Essa explicitação do sistema penal só foi possível graças às construções teóricas de autores comumente agrupados sob o termo “criminologia crítica”. Para Baratta (2011, p. 209):

esta denominação se refere a um campo muito vasto e não homogêneo de discursos que [...] têm em comum duas características que os distingue da criminologia tradicional: a nova forma de definir o objeto e os termos da questão criminal.

Desse modo, o surgimento da criminologia crítica é identificado como fruto de uma mudança paradigmática nos estudos da criminologia positivista ou tradicional, pois essa se preocupava em estudar o criminoso, desde a anatomia do seu corpo, passando pela sua mentalidade e chegando até o seu comportamento (paradigma etiológico), já aquela se importa com os processos de criminalização, como, por que e quem tem o poder de atribuir o rótulo de criminoso a outras pessoas e quais as condições sociais que possibilitam a utilização desse poder criminalizante (Andrade, 2003; Shecaira, 2012; Baratta, 2011).

4 CONCLUSÃO

Após essa breve análise teórica, constata-se que existe uma diferença de abordagem entre os teóricos da criminologia positivista e os adeptos da criminologia crítica. A Escola Positivista destaca fatores biológicos e sociais na explicação do comportamento criminoso, pautado no paradigma etiológico, o qual busca compreender as origens do crime.

Já a criminologia crítica, ao se pautar no paradigma da reação social, pôde se libertar das causas biológicas do crime, para compreender por que apenas algumas condutas e somente determinadas pessoas são criminalizadas.

Essa diferença foi bem sintetizada por Baratta:

Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo “quem é criminoso?”, “como se torna desviante?”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?”. Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no “labeling approach”, se perguntam: “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre dessa definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, enfim, “quem define quem?” (Baratta, 2011, p. 88-89).

A criminalização é seletiva em essência, pois definir quais condutas serão crimes dentre a totalidade de ações consideradas inadequadas numa sociedade já é uma forma de selecionar os futuros praticantes de ações típicas e ilícitas. A atuação dos órgãos de controle social formal também é essencialmente seletiva. Seja pela capacidade técnica, pelo quantitativo dos trabalhadores da segurança pública, pela energia disponível para as atividades, pela qualidade dos equipamentos, os órgãos não possuem condições de investigar todos os crimes cometidos, nem todas as pessoas que cometem ilícitos criminais.

Vimos então como a função declarada do direito penal, baseada no princípio da igualdade formal, não se coaduna com a atuação prática legislativa e dos órgãos de controle social formal. Há uma aplicação desigual das leis, corroborada pela influência de fatores sociais, econômicos e raciais na identificação, julgamento e punição das pessoas que cometem crimes.

Desse modo, a seletividade do direito penal não é uma conjectura, mas um fato comprovado pela prática do sistema penal. Por fim, o presente artigo buscou analisar o caráter seletivo do direito penal sob bases marxistas, a fim de que novos estudos possam ser feitos para aprofundamento dessa temática.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francis Moraes de. **Heranças perigosas**: arqueogenealogia da “periculosidade” na legislação penal brasileira 2004. 208 f. Dissertação (Mestrado em sociologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal:** introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BECKER, Howard S. **Outsiders:** estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Conheça a tramitação de projetos de lei. 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/481884-CONHECA-A-TRAMITACAO-DE-PROJETOS-DE-LEI.html>. Acesso em: 21 nov. 2023.
- CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo:** o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime:** a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DE LA TORRE RANGEL, J. A. O direito que nasce do povo. **InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 581–588, 2023. DOI: 10.26512/revistainsurgncia.v9i1.46154.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia:** o homem delinquente na sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão:** o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. Brasília: Contraponto, 2008.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** o nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2006.
- FOULQUIÉ, Paul. **A dialéctica.** Lisboa: Publicações Europa-América, 1966.
- FRANCE, Anatole. **Le lys rouge.** Paris: Calmann Lévy, 1894.
- MARX, Karl. **Os despossuídos:** debates sobre a lei referente ao furto de madeira. São Paulo: Boitempo, 2017.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista.** São Paulo: Expressão Popular, 2008.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito.** São Paulo: Atlas, 2013.
- PAVARINI, Massimo. **Control y dominación:** teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2002.

RAMIREZ, Juan Bustos. La criminología. In: RAMIREZ, Juan Bustos; BERGALLI, Roberto. (Org.). **El pensamiento criminológico vol. 1: un análisis crítico**. Bogotá: Temis, 1983. p. 15-26.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

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

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Criminología: aproximación desde un margen**. Bogotá: Temis, 1988.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.