O PARADIGMA POLÍTICO-CRIMINAL CAPITALISTA E A DIFERENÇA DE CLASSES*

THE CRIMINAL-POLITICAL PARADIGM AND THE CAPITALIST CLASS DIFFERENCES

Rogério Zeidan**

Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FACIHUS/FUCAMP); Faculdade Pitágoras de Uberlândia.

RESUMO

As diferenças de classes estudadas por meio de um método histórico-dialético chegam ao cerne do modo de produção capitalista e de uma forma mais aguda chega-se à utilização da violência estatal pelo direito penal. A política criminal capitalista do poder punitivo canaliza seu âmbito de incidência em face dos interesses da concepção individualista ressaltando as linhas divisórias dessas diferenças. Descartada a utópica interpretação teleológica de proteção ao bem jurídico veremos a adoção de uma política criminal protetora dos mais fortes, de forma tão desigual e desumana que a balança da justiça se apresenta inócuo para estabelecer o equilíbrio em face dos desiguais.

Palavras-chaves: Capitalismo. Política criminal. Diferença de classes.

ABSTRACT

The class differences studied by means of a historical-dialectical reach the heart of the capitalist mode of production and a more acute form comes to the use of state violence by criminal law. The criminal policy of punitive power capitalistic channels within its incidence in the face of the interests of the individualistic concept emphasizing the lines of these differences. Utopian unraveled the teleological interpretation of the legal protection to see the adoption of a criminal policy of the strongest protective, so unequal and inhuman than the scales of justice appears innocuous to establish equilibrium in the face of uneven.

Key-words: Capitalism. Crime policy. Class differences.

* Recebido em 09.04.2011. Aprovado em 02.06.2011.

** Graduado em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes e Mestre em Direito Público pela Universidade de Franca (2001) e doutorando em Direito Penal pela Universidade de Fribourg (Suíça). Membro do Grupo de Pesquisa sobre Ensino Jurídico da Universidade de São Carlos – UFSCar. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Fundação Carmelitana Mário Palmério – FUCAMP; professor da pós-graduação em Ciências Criminais da UNIMINAS; professor convidado da pós-graduação da Faculdade Vale do Rio Doce - FADIVALE. Advogado. Presidente da Comissão de Estudos Penais e Processuais penais da OAB/MG - Subseção de Uberlândia-MG, e membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB.

1 Dicotomias da política-criminal capitalista

É histórica a origem da *diferença de classes*, mas no Estado moderno, seu cerne se encontra no *modo de produção capitalista*, que ofusca o desenvolvimento da economia popular e solidária. Circunstância nuclear para produzir os mais variados efeitos sociais que frisam as diferenças de classes, de uma forma mais aguda com a utilização da violência estatal pelo direito penal, pois a política criminal capitalista do poder punitivo canaliza seu âmbito de incidência em face dos interesses da concepção individualista. Vale dizer que, as leis penais têm maior eficácia para a manutenção do Poder estatal e capital produzindo com isso o ressaltado das linhas divisórias das diferenças de classes.

Engels refletiu que a partir da moeda cunhada, surge um novo meio para que o não produtor dominasse o produto e sua produção, quem a possuía era dono do mundo da produção e todos deveriam prostrar-se diante do dinheiro, pois as demais formas de riqueza não passavam de quimera diante dessa genuína encarnação da riqueza como tal que ao seu lado estava a propriedade. Em seguida à compra de mercadorias por dinheiro – e nela se inclui o próprio homem como força de trabalho, vieram os empréstimos e com ele os juros e a usura.¹

Nesse contexto, temos o ponto de partida da edição massiva de leis que por um lado eram duras na proteção das riquezas de dinheiros e de propriedades, sendo um verdadeiro fetiche protetor da prática do trabalho escravo e de trustes. Este direito penal se constitui no instrumento mantenedor das desigualdades, protetor dos verdadeiros bandidos e avassalador no meio social.

Mesmo antes de existir o Estado de direito capitalista, no Brasil desde as Ordenações Filipinas – primeiro conjunto normativo penal vigente – as diferenças de classe se exteriorizavam em seus textos legais, fosse à nomeação do Regedor da Casa da Suplicação – maior Tribunal de Justiça do Reino²; fosse à escolha dos candidatos à eleição de juizes, procuradores e vereadores³; fosse às competências do Procurador de Justiça⁴ e do Desembargador⁵ da Casa de Suplicação. E o pior, as conseqüências penais eram diversas conforme a diversidade da classe social, se fidalgo, se desembargador, se membro da coroa ou se peão.

Cabe observar que a punibilidade variava desde à pena de morte até a aplicação de um direito penal simbólico, conforme a pessoa em que incidiria a lei. A política criminal não disfarçava a atuação do poder punitivo em face das diferenças

¹ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. São Paulo: Expressão Popular, 2010, p. 209.

² Livro I – Título I.

³ Livro I – Título LXVII.

⁴ Livro I – Título XV

⁵ Livro I – Título V.

de classe, era determinada, prioritariamente, pelo direito penal do autor, pois, o princípio do fato não limitava materialmente esse poder.⁶

Nesse diapasão que entoa as diferenças de classe, ressalta Alysson Mascaro⁷ que surge a explicação da sociedade pelos burgueses de forma tão crítica que pudesse ruir as estruturas absolutistas, mas não tão crítica que no futuro pudesse destruir o interesse capitalista. O fetiche do Estado de direito estava eficientemente lançado.

Assim a argumentação metafísica do contrato social foi o meio de defesa da concepção individualista do capital, circunstância que se frisa, disfarçadamente, sobre a bandeira da igualdade, da fraternidade, da liberdade e as diferenças de classe. Na organização do Estado burguês retira-se a idéias das pessoas que são seres naturalmente políticos no meio social, de modo que há uma separação entre a sociedade política e a sociedade civil. E, nessa política estatal o direito penal continua sua principal função de manutenção dessas diferenças.

Observa-se que as diferenças de classes sociais hoje, não são perceptíveis com a mera interpretação literal das leis, mas, tristemente, descortinada a utópica interpretação teleológica de proteção ao bem jurídico veremos a adoção de uma política criminal protetora dos mais fortes, de forma tão desigual e desumana que a balança da justiça se apresenta inócua para estabelecer o equilíbrio em face dos desiguais.

Sinaliza Pachukanis sobre a relação do direito penal e as diferenças de classes que:

A desagregação da economia natural e a intensificação consecutiva da exploração dos camponeses, o desenvolvimento do comércio e a organização do Estado baseado sobre a divisão em estados e em classes colocam a jurisdição penal à frente de todas as outras tarefas. Nesta época, a justiça penal já não é mais, para os detentores do poder, um simples meio de enriquecimento, mas um meio de repressão impiedosa e brutal, sobretudo dos camponeses que fugissem da intolerável exploração dos senhores e de seu Estado, assim como dos vagabundos pauperizados, dos mendigos, etc. O aparelho da polícia e da inquisição começa a desempenhar uma função proeminente. As penas transformam-se em meios de extermínio físico e de terrorismo. É a época da tortura, das penas corporais, das execuções capitais mais bárbaras. Assim constituiu-se progressivamente o complexo amálgama do direito penal moderno, no qual podemos distinguir sem dificuldade as raízes históricas que lhe deram origem. Fundamental-

⁶ V. Capítulo 1, item 3.3.1.

⁷ MASCARO, Alysson Leandro. *Lições de sociologia do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 58.

mente, isto é, do ponto de vista puramente sociológico, a burguesia assegura e mantém sua dominação de classe através do seu sistema de direito penal oprimindo as classes exploradas. Sob este ângulo os seus tribunais e suas organizações privadas “livres” e de “fura-greves” perseguem um mesmo objetivo.⁸

A opressão do direito penal em face das classes sociais é apontada também por Otto Kirchheimer, que com suas observações descortina o interesse econômico da política estatal na utilização cuidadosa da fiança criminal, constituindo o principal fator de evolução das penas corporais, pois àqueles que não tinham condição de pagá-la era substituída por castigos corporais oriundos do aprisionamento. O sistema penal tornou-se progressivamente restrito a uma minoria.⁹

No Brasil vemos que a colonização portuguesa motivava-se por interesses meramente mercantilistas, de exploração das riquezas naturais de da produção para fins de exortação. O germen do capitalismo já estava implantado, e com uma agravante: um capitalismo de afeição patrimonialista herdado de Portugal, em que o Estado direciona sua política para alcançar inescrupulosamente o acúmulo de capitais. Toda sua política direciona dinheiro às arcas do tesouro nacional, e não é diferente hoje nos mais variados setores da superestrutura social, especialmente na política criminal.

Kirchheimer descrevendo o Estado burguês observa que, a administração da justiça arrecadava consideravelmente sob a forma de confisco e de fianças impostas, sendo esse angariamento de recursos um dos principais fatores de transformação do direito penal, de uma mera arbitragem entre interesses privados, com a representatividade da autoridade pública apenas na posição de árbitro, para uma parte decisiva do direito público.¹⁰ Com suas palavras, descreve a intensificação dos conflitos sociais, na transição do capitalismo entre os séculos XIV e XV:

O crescimento constante do crime entre os setores do proletariado empobrecido, sobretudo nas grandes cidades, tornou necessário às classes dirigentes buscar novos métodos que fariam a administração da lei penal mais efetiva. O sistema de penas, com seu regime duplo de punição corporal e fianças, permaneceu imutável, exceto, no entanto, pelas diferentes aplicações da lei, feitas de acordo com a classe social do condenado.¹¹

⁸ PACHUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *Teoria geral do direito e o marxismo*. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 149.

⁹ KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.p. 24-25.

¹⁰ KIRCHHEIMER, op. cit., p. 26, nota 9.

¹¹ *Ibid.*, p. 31.

A criação de leis para combater delitos contra a propriedade era uma das principais preocupações da burguesia urbana emergente. Onde detivesse o monopólio da legislação e jurisdição, ela insistia nesse ponto com muita força. Contudo, as classes dominantes ainda recebiam um tratamento diferente para um grande elenco de crimes.¹²

Desde a Idade Média, já havia se implantado a cultura da evolução da fiança, que inicialmente atendia uma compensação à parte prejudicada pelo delito, e depois, servia de meio de enriquecimento de juizes e oficiais de justiça. Na prática era reservada aos ricos, enquanto o castigo corporal tornou-se a punição para os pobres. Quando o crime crescia entre as massas, as diferenciações na punição tornavam-se mais marcantes.¹³

Nesse aspecto, podemos entender criticamente a forma jurídica que envolve o instituto da fiança¹⁴, da remição¹⁵, das penas de multa¹⁶ e pecuniárias em geral¹⁷ que se justificam a fundo, não por questões humanitárias ou de prevenção geral, mas porque se afinam e refletem a política criminal capitalista do tipo patrimonialista.

A danosidade social dessa política criminal reflete no caos do sistema penitenciário, causando além do frisamento das diferenças de classes a inoperância de seu sistema. Grande parte da população que sofre a persecução criminal não pode pagar fiança e, ainda assim não se beneficia da isenção de fiança em face da comprovação de sua pobreza e dos requisitos favoráveis para a aplicação da lei penal¹⁸, e vão para o cárcere.

Essa inescrupulosa irresponsabilidade da fúria arrecadadora do direito penal em face da política estatal, resulta que mais da metade dos mandados de prisão são de presos provisórios que superlotam as celas do sistema penitenciário. E, que apenas um terço de todos os mandados de prisão pode efetivamente ser executado.

Em face do caos da superlotação dos presídios e da “impunidade” gerada pela impossibilidade de execução dos mandados de prisão, foi editada a Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011, que altera dispositivos do Código de Processo Penal com o intuito de regular a imposição desmedida de prisão provisória. Contudo, nessa forma jurídica, ainda não se imuniza os vícios criminógenos do encarceramento ilegítimo e, sobretudo, das razões de interesse econômico estatal

¹² Ibid., p. 33.

¹³ Ibid., p. 34.

¹⁴ Cf. Art. 321 e seguintes do Código de Processo Penal.

¹⁵ Cf. Art. 126 e seguintes da Lei de Execução Penal.

¹⁶ Cf. Art. 49 e seguintes do Código Penal.

¹⁷ Cf. Art. 45 e seguintes do Código Penal.

¹⁸ Cf. art. 350, do Código de Processo Penal.

pela fiança que passou a ter limites bem maiores de imposição.¹⁹

A defesa moral do sistema de fiança foi acompanhada por argumentos econômicos. Uma sociedade, escreveu Ihering, “que sacrifica a vida ou o tempo de trabalho de seus membros com o objetivo de punir, sem que tais medidas sejam estritamente necessárias, atua contra seu próprio interesse, tanto quanto o proprietário que maltrata seu próprio animal”.²⁰

Aponta também Kirchheimer que o exílio era uma forma comum de punição na Idade Média, frequentemente representava um destino muito pior para as classes subalternas do que se pode imaginar. Com o exílio, escapava-se da morte na cidade natal, mas muitas vezes, as galés esperavam o sentenciado onde ele deveria se refugiar. Exílio para os ricos, entretanto, não era uma punição muito severa. Significava viagem de estudos, o estabelecimento de um braço de negócios no exterior, ou mesmo serviço diplomático para a cidade natal ou o país de origem, com a perspectiva de um breve e glorioso retorno.²¹

Só por meio de uma compreensão histórico-antropológica das contradições sociais da humanidade é que podemos compreender as políticas criminais vigentes.

Significa dizer que, a compreensão do direito penal como instrumento cruel de incremento das diferenças de classes só é possível com a compreensão histórica da política estatal para mendigos e pobres, que se relaciona à política pública para mendigos e pobres e sua relação com a caridade em face das mudanças da estrutura social.

Nesse aspecto, Otto Kirchheimer afirma que cuidar da pobreza era tarefa da Igreja, de forma que a propriedade acumulada era justificada como propriedade dos pobres, dos doentes e dos velhos.²²

Nessa perspectiva, a política estatal das etapas do tratamento da pobreza refletirá imediatamente na política criminal de configuração do direito penal. E, nessa filosofia de tratamento não era possível aceitar a mendicância e a vadiagem na prática católica de caridade, pois essa concepção religiosa se opunha às

¹⁹ Conforme art. 325 do Código de Processo Penal, o valor da fiança será fixado de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos; e, de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos. Sendo que, conforme a situação econômica do preso, a fiança poderá ser: dispensada, na forma do art. 350; reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

²⁰ KIRCHHEIMER, op. cit., p. 230, nota 9.

²¹ H. Knapp. *Das alte nürnbergers Kriminalrecht* (Berlin, 1896). Apud KIRCHHEIMER, op. cit., p. 38-39.

²² KIRCHHEIMER, op. cit., p. 59, nota 9.

propostas calvinistas de que os mendigos seriam aptos para o trabalho e deveriam ser varridos da face da Terra, sob a justificativa de condenação da mendicância e da vadiagem como pecado de indolência e como violação do dever de amor fraterno.²³

Nesse contexto (final do século XVI) é que surgem as casas de correções, com o objetivo de limpar as cidades dos vagabundos e mendigos, já num sistema capitalista de exploração da mão de obra a custo zero. Estratégias essas sustentadas pelo calvinismo.

Os fundamentos do sistema carcerário encontram-se no mercantilismo. Contudo, sua promoção e elaboração foram tarefas do iluminismo, e o encarceramento dessa parte da população era considerado normal nessa concepção individualista, isso tudo permeado num âmbito de incerteza e arbitrariedade dos tribunais criminais. Hoje, nas capitais e no interior do Brasil pouco mudou. Juízes, promotores, delegados, policiais e até mesmo muitos advogados não conhecem a mediocridade do direito penal, pois não conhecem a política criminal de sua aplicação. E pior, também como antes, suas mazelas são avalizadas pela opinião pública.

Nessa esteira de raciocínio, Kirchheimer expressa:

A questão da natureza da pena afetava primordialmente as classes subalternas. Entretanto, os problemas de uma definição mais precisa de direito substantivo e do aperfeiçoamento dos métodos do processo penal foram trazidos para o centro do debate pela burguesia, que ainda não havia ganho sua batalha pelo poder político e procurava obter garantias legais para sua própria segurança. (...) Até o começo do século XX, a relação entre a proteção dos fundamentos materiais da sociedade burguesa e uma aparente igualdade e humanidade na administração da justiça penal para todas as classes sociais nunca foi atacada abertamente.²⁴

Afirma ainda que Beccaria e Voltaire estavam também cientes das razões de ordem pragmática para o uso do encarceramento, e que ambos consideravam os efeitos das execuções públicas, especialmente na França, onde as execuções injustas de servos domésticos em consequência de roubos pequenos eram freqüentes e levavam a distúrbios sociais perigosos. Descreve Kirchheimer uma conversa imaginária de Beccaria:

O que são estas leis que eu devo respeitar, que fazem a diferença entre um homem rico e eu ser tão grande? (...)

²³ Ibid., p. 63-64.

²⁴ KIRCHHEIMER, op. cit., p. 110, nota 9.

Quem fez estas leis? O homem rico e o grande que nunca se dignaram a visitar uma cabana miserável de um pobre. (...) vamos quebrar esses vínculos fatais para a maior parte da humanidade, e apenas úteis para uns poucos tiranos!²⁵

A política criminal que envolvia a Revolução Francesa dispostiva na supressão das instituições de caridade. Atitou-se a uma desordem financeira, mas isto não impediu que legisladores “revolucionários” desenvolvessem o direito penal baseado numa igualdade fictícia entre pobres e ricos.

Na época da ilustração os tribunais locais ingleses, presididos por juizes de paz tratavam dos pequenos delitos das massas com uma informalidade desconhecida no continente. Por outro lado, as despesas com os processos legais tornavam extremamente difícil apelar para decisões dos juizes de paz, de tal forma que Max Weber pôde falar de uma negação de justiça para as classes subalternas. Já os magistrados rurais tornam-se os agentes mais efetivos no sistema de repressão, do qual o proletariado não podia se proteger, por ser ainda muito fraco. Na prática judicial, os direitos fundamentais eram negados aos pobres, principalmente por meio do abuso das leis contra a vadiagem. Considera Kirchheimer que aqueles tribunais eram parecidos com os de nossos dias: braços relativamente independentes da administração, que representam sempre os interesses permanentes da ordem social burguesa, mais conscientemente do que os governos, e muitas vezes em oposição a eles.²⁶ E expressa:

A intensificação do sistema penal que se seguiu à deterioração das condições econômicas e ao conseqüente crescimento da criminalidade deixou, no entanto, intactas as conquistas do iluminismo. Os mesmos códigos criminais, como o Código Penal de 1810 e o Código Criminal bávaro de 1813, que continha o sistema penal mais severo, marcaram época no desenvolvimento da teoria liberal, constituindo as bases da lei penal moderna até o advento do fascismo.²⁷

Não há dúvida de que a quebra da ordem social tende a inflar a criminalidade, e que a estabilidade política e social indica tendência inversa, mas a criminologia quase nunca se interessou pelos meios idôneos para combater as contradições de fundo, circunscrevendo a própria atenção à eficácia dos aparatos tradicionais de controle social: ela opera nos termos dos órgãos de polícia e justiça num dado Estado no qual muitos homens obedecem às leis.

²⁵ *Ibid.*, p. 114.

²⁶ KIRCHHEIMER, *op. cit.*, p. 118-119, nota 9.

²⁷ *Ibid.*, p. 142.

É perceptível que as diferenças de classe são históricas, constituindo-se numa força opressora que utiliza instrumentos estatais de origem democrática para perpetuá-la, pois tem em seu núcleo estruturante, àqueles que pretendem se manter no poder estatal e no poder do capital. Faz-nos lembrar Boaventura:

O contrato social sempre foi seletivo, exclui muita gente e muitos temas, mas desde o século XIX a luta política é de alguma maneira pela inclusão no contrato. Operários, as mulheres, os imigrantes, as minorias, às vezes as maiorias étnicas, todos estavam em uma luta pela inclusão, que apresentava uma característica: envolvia alguma redistribuição social, que se dava na forma de direitos econômicos e sociais.²⁸ O contrato social era a possibilidade de alguma forma de redistribuição, o que cria um grande conflito com a concepção individualista do capitalismo e, gera uma grande tensão entre regulação e emancipação social.²⁹

Rousseau entendia que é democrática somente uma sociedade na qual ninguém seja tão pobre que tenha que se vender e, ninguém seja tão rico que possa comprar alguém. Podemos refletir o quanto é histórica e forte a força do poder político aliada ao poder capital, e seus reflexos na sociedade moderna.³⁰

Falta-nos um conhecimento tão global quanto à globalização, sendo um desafio enorme para as novas gerações de cientistas sociais e jusfilósofos.³¹

Insculpe-se no art. 3º, inciso III, da Constituição Federal, que constitui objetivo fundamental: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Observa-se que tais objetivos tem significado utópico de um projeto de sociedade justa, e que para ser alcançado é necessário além do equilíbrio da ordem econômica e financeira³² - que se funda na valorização do trabalho humano e objetiva assegurar a existência digna dos cidadãos conforme os ditames da justiça social, só é possível com o respeito a esses valores sociais e a efetividade de um conjunto articulado de ações que minimizem as diferenças de classe, e isso só é possível com o descortinamento da força ilegítima e opressora do capitalismo.

Tal objetivo é simples intenção, pois numa sociedade capitalista há prevalência da livre iniciativa em face dos demais princípios fundamentais e o predomínio da escravidão assalariada. Expressa Benedito Campos que no regime

²⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Tradução de Mozar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.op. cit., p. 86-87.

²⁹ *Ibid.*, p. 87.

³⁰ *Ibid.*, 90.

³¹ *Ibid.*, p. 20.

³² Título VII, art. 170, e seguintes, da Constituição Federal.

capitalista, em que a força de trabalho é mercadoria, sujeita às leis de mercado, haverá sempre pobreza e miséria. Assim a marginalização não deve ser compreendida apenas no seu aspecto criminal, quando assume variadas formas de violência.³³ Nessa concepção, o direito penal é apenas mais um instrumento na superestrutura social de desigualdades sociais.

Por meio do aperfeiçoamento do princípio da igualdade material é que se pode chegar à minimização das desigualdades sociais. Canotilho expressa ser unânime que o reconhecimento da igualdade, no sentido constitucional, significa igualdade na aplicação do direito.³⁴ Significa dizer que, a carga punitiva do Estado deve atingir a todos igualmente, independentemente de sua classe social. Mas, isso importa também na imprescindibilidade de preparo do poder punitivo para exercer a persecução penal na apuração da criminalidade econômica, financeira e tributária dentre outras dessa natureza.

É inócuo refletir a igualdade sobre uma perspectiva meramente legal ou formal, pois só conhecendo a função social da igualdade é que podemos chegar verdadeiramente à individualização das penas, à proporcionalidade da potestade punitiva estatal, à aferição precisa sobre o grau de punibilidade das condutas e à legitimação de aplicação do direito penal.

A igualdade formal não passa de engodo utilizado pelos burgueses na implantação e expansão do capitalismo, pois antes a dominação se dava pela força, com o Estado de direito passou a se dar pela lei, que descreve uma suposta igualdade e liberdade entre todos. Logo, o direito e o Estado são os instrumentos de manutenção dessa dominação pelo capital e o direito penal a sua principal força opressora.

Para Carvalho³⁵, trata-se de uma “consciência do amanhã” em que se cumpre dupla função: possibilitar a crítica da realidade e permitir que se interaja na realidade de hoje com a consciência antecipadora do amanhã.

Mascaro refletindo em Ernest Bloch observa que no Brasil, dentre tantos sonhos e realizações, como a libertação da ditadura e a construção da democracia, ainda continuamos sonhando com uma sociedade justa e solidária, mas que, desse ontem, hoje, pode-se fazer o amanhã. Mas alerta que em Bloch não se deve buscar a sociologia jurídica da libertação, mas tão somente um chamado às realizações desse *topus*.³⁶

³³ CAMPOS, Benedito de. *Constituição de 1988: uma análise marxista*. São Paulo: Alfa-Omega, 1990, p. 56.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1994, p. 380.

³⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 678.

³⁶ MASCARO, Alysson, Leandro. *Utopia e direito*: Ernest Bloch e a ontologia jurídica da utopia. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 196 – 197.

Boaventura observando os avanços teóricos que o Fórum Social Mundial alcançou, permite observar um conceito mais amplo de opressão em face das novas relações entre o princípio da igualdade e do reconhecimento da diferença – englobando toda a relação entre inconformismo, rebeldia, revolução e transformação social. Especialmente entre ação direta e ação institucional, entre ações ilegais pacíficas e ações institucionais. Ressalta ainda que:

Entre a legalidade e a ilegalidade tenha-se que construir uma dialética, porque as classes dominantes sempre a tiveram: impõem a legalidade, mas nunca a cumpriram, sua hegemonia baseia-se numa dialética às vezes nada sutil entre legalidade e ilegalidade, entre legalidade e impunidade, entre legalidade e imunidade.³⁷

Sustenta-se que uma das justificativas para o Estado do Bem-Estar Social é a elevação do nível de consciência política e social da classe trabalhadora, de forma que os direitos sociais trabalhistas se sedimentam não por benesses ou favores do Estado neoliberal, mas or conquista dos trabalhadores. Entretanto, no Estado de Bem-Estar Social não se atinge a união entre capital e trabalho, pois historicamente são profundas as contradições entre os interesses da burguesia e dos trabalhadores³⁸. Contudo, no Estado de Bem-Estar Social, pode falar em dignidade punitiva pela finalidade de exclusiva proteção aos bens jurídicos, pois é possível alcançar a igualdade e a justiça material.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, expressa em seu art. 23 que toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de seu trabalho e à proteção contra o desemprego, à igualdade salarial, à remuneração que garanta existência digna e à proteção sindical de seus interesses.³⁹

2 Direito penal e capitalismo: a corrupção do funcionalismo pelo capital

A partir de Émile Durkheim o crime enquanto fenômeno social, num prisma sociológico, deixou de ser entendido como uma mera questão do bem e do mal, para ser observado desde uma perspectiva estrutural-funcionalista da anomia e da criminalidade. Entendimento este também estudado e desenvolvido por Robert

³⁷ Ibid., 65.

³⁸ CAMPOS, op. cit., p. 29, nota 33.

³⁹ HITTERS, Juan Carlos. **Derecho internacional de los derechos humanos**. Tomo I: Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Pacto de San José de Costa Rica. La Carta Social Europea. Buenos Aires: Ediar, 1991, p. 389.

Merton.⁴⁰

Nessa linha de compreensão, o crime é integrante de qualquer sociedade sã, de forma que as causas do desvio não devem ser estudadas nem por fatores biopsicológicos, nem sob o entendimento de que se trate de uma questão patológica da estrutura social. Vale dizer que, somente quando o desvio de comportamento ultrapassa determinados limites de forma a ser negativo para a existência e o desenvolvimento da estrutura social é que alcançamos dignidade punitiva. Para o direito penal esses limites se delinham pelos princípios que se constituem nas próprias características materiais do direito penal.⁴¹

As situações de desvio que se chocam nas estruturas sociais e que provocam a situação de desorganização e desvalor às regras de condutas é que configura a anomia mencionada por Durkheim.⁴²

Ao contrário do que sustenta o movimento de *lei e ordem*, Durkheim não vê o delinqüente como um ser radicalmente anti-social, como um ser daninho, parasitário no meio social. Mas como um agente regulador, importante para a maturidade social.⁴³

Diferentemente das concepções naturalistas e positivistas, Durkheim fundamenta sua visão sobre o fenômeno da criminalidade em face dos fatores intrínsecos ao sistema sócio-econômico do capitalismo, baseado sobre uma divisão social do trabalho muito mais diferenciada e coercitiva e das crises econômicas e sociais que isso traz consigo.⁴⁴

Na confluência dos poderes estatal e capital, o Estado demonstra vocação intervencionista e o sistema capitalista o dom de disfarçar nos sistemas sociais o interesse público com o uso da máquina estatal para a manutenção e defesa do capital. Essa situação, ilegítima, configura a corrupção do sistema funcionalista que vislumbrando a tese de um Estado de Bem-Estar-Social, promove uma *utópica estrutura social-funcional* para a realização dos valores sociais vigentes.

Robert Merton partindo de uma análise de fundo entre indivíduo e sociedade, considera a sociedade como uma força que reprime o livre desenvolvimento dos recursos vitais individuais, e que a revolta individual é reprimida com a sanção, especialmente a criminal. Sua teoria funcionalista permite observar no estudo da anomia, o desvio como um produto da estrutura social. Nesse prisma, cabe ressaltar que o funcionalismo repele a concepção individualista

⁴⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 59.

⁴¹ V. Capítulo 1, item 3.3.

⁴² BARATTA, op. cit., p. 60, nota 40.

⁴³ Ibid., p. 61.

⁴⁴ Ibid., p. 61

do capitalismo, segundo as quais a importância que o comportamento desviante tem, no interior dos diversos grupos e estratos sociais, varia em função do número de personalidades patológicas.⁴⁵

Como se observa, o sistema capitalista sempre frisar e promoverá a manutenção das diferenças de classe, pois sem classes sociais econômica e socialmente distantes não há exploração do capital. E, persistirá a psicopatia do sentimento de “vitória” em galgar a vantagem econômica exagerada. A escravidão formalmente acabou, mas a exploração do trabalho humano com o Estado de direito se perpetua, e pior, por meio de um sistema penal legal porque os escravos agora são os sujeitos de “direitos”.

Assim, a visão funcionalista de Merton permite observar que o desvio é fruto da contradição entre estrutura social e cultural, pois, de um lado, a cultura num meio social induz o indivíduo ao alcance de metas, às expectativas de sucesso, inclusive os meios legítimos para o seu alcance. De outro lado, a estrutura social conforme a variação dos estratos sociais, não corresponde às expectativas de igualdade no sistema capitalista.

Em outras palavras, as discrepâncias entre as utópicas expectativas e as concretas soluções de realização, fundamentam grande parte da criminalidade, pois a estrutura social não permite, na mesma medida, a todos os membros da sociedade, um comportamento ao mesmo tempo conforme aos valores e às normas. Sendo que essas possibilidades variam conforme a posição social que o indivíduo ocupa na sociedade, criando com isso uma tensão entre a estrutura social e os valores culturais. Boaventura aponta também essas contradições nominando-as de *discrepância entre experiência e expectativa*, traduzindo-se numa questão entre teoria e prática social.⁴⁶

3 O âmbito de impunidade da criminalidade do colarinho branco

A criminologia positivista identificava a criminalidade com a ação dos agentes oriundos dos estratos marginalizados dentre as diferentes classes sociais. Nessa perspectiva o criminoso era pobre, feio e mal vestido. Pertencia às classes mais baixas da sociedade. Mas, com a constante intervenção do Estado na economia, novos transgressores surgiram no cenário da criminalidade obrigando a criminologia rever seus conceitos e estudos sobre o fenômeno da criminalidade.⁴⁷

⁴⁵ BARATTA, op. cit., p. 62-63, nota 40.

⁴⁶ BOAVENTURA, op. cit., p. 20, nota 28.

⁴⁷ TORON, Alberto Zacharias. Crimes de colarinho branco: os novos perseguidos?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 73-84, out./dez. 1999, p. 74.

A sociologia já utilizava a expressão *white collar* para designar os trabalhadores não braçais, em contraste com as vestimentas *blue collar*, que representava os macacões dos obreiros.⁴⁸

Houve uma mudança de paradigma nas teorias do comportamento criminal, pois os delinqüentes do colarinho branco não provinham de lares desagregados, ou privados de boa educação. Paralelamente a isso, viram-se expressões de parcialidade e de indulgência das autoridades chamadas a aplicar a lei e, também, do poder do qual gozavam os novos protagonistas do espetáculo criminoso.

Sobre essa ótica, cabe lembrar a postura do neo-realismo de esquerda, mais conhecido como o movimento de lei e ordem que ainda acreditam que para todas as “pessoas decentes”, incapazes de “comportamentos desviados”. O crime é compreendido como o “lado patológico” da sociedade, a criminalidade como uma enfermidade “infecciosa” e o criminoso como um ser “daninho”.⁴⁹

Só se esqueceram de que muitas dessas “pessoas decentes” constituem-se nos criminosos mais sorrateiros e danosos ao Estado democrático de direito, ou nesta metáfora neo-realista de esquerda, constituem-se nas piores pragas cancerígenas que se disseminam no meio social.

Se de um lado se aperfeiçoa o princípio do fato como limite material à potestade punitiva, de outro, é inegável o tratamento diferenciado aos criminosos do colarinho branco: pelo *status* dos criminosos do *white collari* e pela relativa desorganização na reação a essas modalidades delituosas.

Há um misto de temor e admiração em relação a estes delinqüentes. Juízes, administradores e legisladores e homens de negócio têm uma homogeneidade cultural, o que dificulta caracterizá-los dentro do estereótipo do criminoso.⁵⁰

As condutas praticadas nos crimes de colarinho branco têm efeitos difusos, podendo ficar décadas sem serem descobertas ou até mesmo jamais serem reveladas. De outro lado, os meios de comunicação em massa não exprimem uma expressiva valoração moral da sociedade, por se tratar de fatos complexos, de difícil entendimento e, porque esses meios de comunicação também pertencem aos “grandes homens de negócio”.⁵¹

Baratta acentua o quão é discrepante a diferença entre as estatísticas oficiais da criminalidade e a criminalidade oculta, especialmente no caso da criminalidade econômica, de pessoas ocupantes de classes sociais de prestígio,

⁴⁸ Ibid., p. 75.

⁴⁹ HASSEMER, Winfried, CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 37.

⁵⁰ TORON, op. cit., p. 76, nota 47.

⁵¹ Ibid., p. 77.

devendo-se verificar até que ponto a criminalidade de colarinho branco podia explicar-se com a discrepância entre os fins culturais e a estrutura social.⁵²

Para Merton, o sistema capitalista legal fomenta a criminalidade econômica com a perversão da estrutura e dos fins sociais.

As diferenças de classes e a respectiva relação de dominação, em sua forma organizada como em sua forma desorganizada, é muito mais ampla do que o domínio que podemos designar como sendo a esfera oficial da dominação do poder estatal. A dominação da burguesia se exprime tanto na dependência do governo aos bancos e grupos capitalistas quanto na dependência de cada trabalhador particular em relação ao seu empregador, e no fato de que os funcionários do aparelho de Estado são intimamente vinculados à classe dominante. Todos estes fatos, cujo número poder-se-ia multiplicar até o infinito, não possuem qualquer expressão jurídica oficial, mas concorda, em sua significação, com os fatos que possuem expressão jurídica muito oficial, tal como a subordinação dos mesmos operários às leis do Estado burguês, às ordens e decretos de seus organismos, ao julgamento de seus tribunais, etc. Ao lado da dominação de classe direta e imediata constitui-se uma dominação mediata, refletida sob a forma do poder oficial do Estado enquanto poder particular destacado da sociedade. Essa insana relação de dominação contribui essencialmente para a impunidade dos crimes de colarinho branco.⁵³

Pachukanis observa que Por detrás de todas estas controvérsias se esconde uma questão fundamental:

Porque a dominação de classe não se apresenta tal qual ela é, a saber, a sujeição de uma *parte* da população à outra? Porque assume a forma de uma dominação estatal oficial ou, o que vem a ser o mesmo, porque o aparelho de coação estatal não se constitui como aparelho privado das classes dominantes, porque ele se destaca destas últimas e assume a forma de um aparelho de poder público impessoal, distante da sociedade?"⁵⁴

Reforça-se a explicação que a diferença e a dominação de classe constituem-se no fundamento da impunidade dos crimes de colarinho branco. É plausível afirmar que as estatísticas não escondem o âmbito de incidência do direito penal. Entretanto, malgrado ser uma espécie de constatação objetivamente matemática, isso não as exigem de erros no apontamento de uma incidência penal *a priori* incorreta ou de mascarar as fragilidades do aparelho estatal no

⁵² BARATTA, op. cit., p. 65, nota 40.

⁵³ PACHUKANIS, op. cit., p. 113, nota 8.

⁵⁴ *Ibid.*, p.115.

exercício de seu poder punitivo. Ou ainda, de se mascarar a ênfase sobre o que realmente se pretenda punir.

Kirchheimer⁵⁵ cita a pesquisa de Sellin sobre o uso das cifras policiais, que expressa preferência aos dados judiciais, tendo em vista que os crimes conhecidos pela polícia não podem indicar um número real da criminalidade, pois suas estatísticas refletiram somente os crimes conhecidos por eles, e dentre eles não estarão os crimes de colarinho branco. Vale dizer que, as estatísticas policiais escondem os crimes não conhecidos, que perfazem as chamadas cifras negras da criminalidade, e especialmente, os crimes não registrados por inoperância à criminalidade do colarinho branco, que conduz a um âmbito de impunidade e perfaz as chamadas cifras douradas da criminalidade.

Referências

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

CAMPOS, Benedito de. **Constituição de 1988**: uma análise marxista. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1994.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

HASSEMER, Winfried, CONDE, Francisco Muños. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HITTERS, Juan Carlos. **Derecho internacional de los derechos humanos**. Tomo I: Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Pacto de San José de Costa Rica. La Carta Social Europea. Buenos Aires: Ediar, 1991.

⁵⁵ KIRCHHEIMER, Otto. p. 266, nota 9.

KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

MASCARO, Alysson Leandro. **Lições de sociologia do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. **Utopia e direito**: Ernest Bloch e a ontologia jurídica da utopia. São Paulo : Quartier Latin, 2008.

PACHUKANIS, Eugeny Bronislanovich. **Teoria geral do direito e o marxismo**. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. Tradução de Mozar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.

TORON, Alberto Zacharias. Crimes de colarinho branco: os novos perseguidos?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 73-84, out./dez. 1999.

ZEIDAN, Rogério. **Ius puniendi, Estado e direitos fundamentais**: aspectos de legitimidade e limites da potestade punitiva. Porto Alegre: SAFE, 2002.