

Pachukanis e o direito penal: entre o positivismo criminológico e o abolicionismo revolucionário

Pachukanis and criminal law: between criminological positivism and revolutionary abolitionism

Marcel Soares de Souza¹

Resumo: este artigo tem o objetivo de revisitar a contribuição da obra *Teoria geral do direito e marxismo* à criminologia, especialmente no quadro da economia política da pena. Nesse sentido, apresenta-se a crítica de Evgeny Pachukanis ao direito penal, discutindo as inferências do positivismo criminológico ali presentes. Como conclusão, propõe-se uma leitura abolicionista das proposições do jurista soviético -- a partir, contudo, de um conceito de abolicionismo diferente daquele que se tornou dominante na literatura criminológica contemporânea.

Palavras-chave: direito, direito penal, marxismo, criminologia, Pachukanis.

Abstract: *this article aims to revisit the contribution of General theory of law and marxism to the criminological studies, especially in the context of the political economy of punishment. In this sense, we introduce*

1 Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC), onde também concluiu Mestrado na área de concentração "Teoria, Filosofia e História do Direito". Membro do Núcleo de Estudos em Filosofia e Teoria do Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Integrante dos GT 'Direito e Marxismo' e 'Criminologia Crítica', do Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS). Foi Professor Substituto de Teoria do Direito no Departamento de Direito da UFSC (2013-2015).

the EvgenyPachukaniscritique to criminal law, discussing the implications of criminological positivism present in his work. In conclusion, we propose an abolitionist reading of the of the Soviet jurist thesis, however from a concept of abolitionism that is different from that which is dominant in contemporary criminological literature.

Keywords: Law, criminal Law, criminology, Pachukanis.

1. INTRODUÇÃO

A crítica do direito penal - e, nomeadamente, das formas que ele assume na sociedade capitalista - constitui um dos campos em que a interlocução entre direito e marxismo conheceu seus maiores avanços ao longo do último século.

Nesse contexto, *Teoria geral do direito e marxismo* (1924), obra pela qual Evgeny Bronislanovich Pachukanis põe o que se converteu no principal debate acerca da forma jurídica no interior da tradição marxista, ainda desperta grande interesse por força das discussões teórico-críticas e metodológicas que suscita sobre a questão penal, especialmente a partir de seu Capítulo VII, *Direito e violação do direito*.

Dentre tais controvérsias, o tema da relação entre a crítica pachukaniana à reparação equivalente no direito penal e o positivismo criminológico é digno de atenção, de modo a buscar caminhos que permitam responder à seguinte indagação: ao apontar a precisa expressão da forma mercantil na esfera criminal, expondo as determinações dos conceitos de crime, culpabilidade e pena desenvolvidos pela ciência jurídico-penal burguesa, estaria Pachukanis a fomentar uma apropriação de categorias da criminologia positivista pela crítica marxista do direito?

Longe de pretender esgotar a questão, este trabalho tem por objetivo desenvolver tal temática ao longo de quatro momentos: inicialmente, expõem-se alguns traços da abordagem marxista da questão penal; em seguida, apresenta-se o tratamento dado por Pachukanis à

forma penal em *TGDM*; e, por fim, delineia-se a armadilha positivista ali contida. Como conclusão, propõe-se uma leitura abolicionista das proposições do jurista soviético -- a partir, contudo, de um conceito de abolicionismo diferente daquele que se tornou dominante na literatura criminológica contemporânea.

2. O MARXISMO E A QUESTÃO PENAL: ECONOMIA POLÍTICA DA PENA

A crítica ao direito penal gestada pela tradição marxista pode ser caracterizada, do ponto de vista metodológico, pela orientação traçada na crítica da economia política levada a efeito por Marx, e, sob o prisma de seus objetivos teóricos, pelo trato da gênese, do desenvolvimento e da função das categorias fundamentais do direito penal e da criminologia na sociedade burguesa.

A partir daí, constitui-se uma tendência bastante expressiva na história das assim chamadas criminologias críticas, e que assume como tarefa a crítica da economia política da pena, entendendo que “a afirmação histórica de determinadas práticas punitivas quanto à permanência dessas práticas na sociedade contemporânea devem ser reportadas às relações de produção dominantes, às relações econômicas entre os sujeitos e às formas hegemônicas de organização do trabalho” (DE GIORGI, 2006, p. 36).

Em uma economia política da pena “[...] o sistema punitivo se apresenta, pois, não como violência inútil, mas como violência útil, desde o ponto de vista da reprodução do sistema social existente” (BARATTA, 2004, p. 303, tradução do autor).

As contribuições mais relevantes a esse debate costumam ser tributadas a duas parselhas de autores.

Com sua produção situada no âmbito da *Escola de Frankfurt*, espaço em que publicam *Punição e estrutura social* (1939), sustentaram a premissa de que “a pena, como tal não existe; existem somente sistemas de punição concretos e práticas de punição específicas” (KIR-

CHHEIMER; RUSCHE, 2004, p. 19), e buscaram, por ampla pesquisa empírica demonstrar duas teses fundamentais:

1) Todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção. É, pois, necessário pesquisar a origem e a força dos sistemas penais, o uso e a rejeição de certas punições e a intensidade das práticas penais, uma vez que elas são determinadas por forças sociais, sobretudo pelas forças econômicas e, conseqüentemente, fiscais. (KIRCHHEIMER; RUSCHE, 2004, p. 20).

2) Especificamente no modo de produção capitalista, em que o cárcere se estabelece como forma punitiva hegemônica, vigora o princípio conhecido como *lesseligibility*, segundo o qual “as condições de vida no cárcere e as oferecidas pelas instituições assistenciais devem ser inferiores às das categorias mais baixas dos trabalhadores livres, de modo a constranger ao trabalho e salvaguardar os efeitos dissuasivos da pena”. (NEDER, 2004, p. 14). Segundo Rusche e Kirchheimer (2004, p. 153), “o limite mais alto para as despesas com os prisioneiros era, portanto, determinado pela necessidade de manter seu padrão de vida abaixo do padrão das classes subalternas da população livre”, de sorte que “as condições miseráveis da classe trabalhadora reduziam o padrão de vida na prisão para bem abaixo do que era oficialmente reconhecido como o nível mínimo”.

Os italianos Dario Melossi e Massimo Pavarini, por sua vez, assimilam a correlação entre práticas punitivas e organização social do trabalho exposta por Rusche e Kirchheimer, a ela incorporando a crítica da forma penal elaborada por Evgeny Pachukanis -- adiante esmiuçada -- e a análise do papel do disciplinamento na constituição da subjetividade sob o capitalismo, em interlocução com o pensamento de Michel Foucault.

Em *Cárcere e fábrica*, Melossi e Pavarini apresentam o “corpo dócil” (FOUCAULT, 1987, p. 118) convertido em força produtiva de utilidade econômica máxima e de potencial de resistência ínfimo, “tanto mais obediente quanto é mais útil” (FOUCAULT, p. 119).

O sentido da disciplina, contudo, não aparece somente como ocupação do corpo pelo *poder*, mas como um regramento indissociável da própria reprodução das relações sociais capitalistas. A reprodução do capital exige, assim, não só a repressão daqueles que lhes possam aparecer como obstáculos, mas, principalmente, a produção de um proletariado disciplinado.

O cárcere perseguiu com sucesso, pelo menos na sua origem histórica, uma finalidade – se quisermos, atípica – da produção (leia-se, transformação em outra coisa de maior utilidade): a transformação criminoso em proletário. O objeto desta produção não foram tanto as mercadorias quanto os homens. Daí a dimensão real da “invenção penitenciária”: o “cárcere como máquina” capaz de transformar, depois de atenta observação do fenômeno desviante (leia-se, o cárcere como local privilegiado da observação criminal) – criminoso violento, agitado, impulsivo (sujeito real) em detido (sujeito ideal, em sujeito disciplinado, em sujeito mecânico. Em síntese, uma função não apenas ideológica, mas também atipicamente econômica. Em outras palavras, a produção de sujeitos para uma sociedade industrial, isto é, a produção de proletários a partir de presos forçados a aprender a disciplina das fábricas. (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 211).

Como afirma Melossi (2006, p. 133), “o mistério da disciplina vai se tornando, assim, cada vez menos obscuro; essa disciplina particular que o subproletariado (ainda em larga medida somente futuro proletariado) deve aprender é a disciplina que regula o coração mesmo da sociedade burguesa”.

Feito esse breve prelúdio, é necessário dizer que o desenvolvimento teórico dos debates sobre a economia política de pena, não pode prescindir daquela que entendemos ser a aplicação mais consequente do método marxista à teoria do direito, qual seja aquela proposta por Pachukanis em *Teoria geral do direito e marxismo*, onde se investiga o caminho pelo qual o direito penal assume feições propriamente *jurídicas*, e onde se apresenta a temática objeto deste texto.

3. PACHUKANIS E A CRÍTICA DO DIREITO PENAL

3.1. A CRÍTICA DA FORMA JURÍDICA

Não é exagerado atribuir a Evgeny Pachukanis a condição de grande fundador da crítica da economia política da pena, visto que em sua obra desponta, pela primeira vez, uma rigorosa análise da especificidade do direito penal sob o capitalismo.

Em *Teoria geral do direito e marxismo*, Pachukanis se põe a tarefa de levar a cabo a crítica dos conceitos jurídicos fundamentais e, para tanto, pauta-se pelo método desenvolvido por Marx em *O capital*.

Em seu percurso, avança em relação à concepção de PetrStucka – ao lado de quem protagonizou o debate soviético sobre o direito, e que via no direito um “sistema de relações sociais” (STUCKA, 1988, p. 16).

Na trilha de Marx, que parte da mercadoria como célula explicativa da sociedade capitalista, Pachukanis concebe o direito a partir da expressão que nele tem a forma mercantil: o sujeito de direito, “o átomo da teoria jurídica, o seu elemento mais simples, que não se pode decompor” (PACHUKANIS, 1988, p. 68).

O vínculo entre forma jurídica e forma mercantil é ressaltado por Pachukanis a partir de conhecida passagem de Marx:

A sociedade capitalista é, antes de tudo, uma sociedade de proprietários de mercadorias. Isto quer dizer que as relações sociais dos homens no processo de produção tomam uma forma coisificada nos produtos do trabalho que aparecem, uns em relação aos outros, como valores. A mercadoria é um objeto mediante o qual a diversidade concreta das propriedades úteis se torna simplesmente a embalagem coisificada da propriedade abstrata do valor, que se exprime como capacidade de ser trocada numa determinada proporção por outras mercadorias. Esta propriedade é expressão de uma qualidade inerente às próprias coisas em virtude de uma espécie de lei natural que age sobre os homens de maneira inteiramente alheia à sua vontade.

Porém, se a mercadoria conquista seu valor independentemente da vontade do sujeito que a produz, a realização do valor no processo de troca pressupõe, ao contrário, um ato voluntário, consciente, por parte do produtor de mercadorias; ou, como diz Marx: “As mercadorias não podem, de nenhum modo ir, por elas mesmas, ao mercado, nem trocarem-se entre si. Precisamos por isso voltar nossos olhares para os seus guardiões e condutores, ou seja, para os seus possuidores. As mercadorias são coisas e, conseqüentemente, não opõem ao homem nenhuma resistência. Se elas necessitam de boa vontade, ele poderá empregar a força ou, melhor dizendo, poderá apoderar-se delas”. (PACHUKANIS, 1988, p. 70-71).

Como núcleo da teoria do direito, o sujeito jurídico é o elemento formal de igualação, assim como na produção capitalista são igualados, na troca, os distintos produtos do trabalho, em uma relação que, num quadro de generalização da compra e venda de força de trabalho, cria as condições para a exploração na figura da extração de mais-valia.

O sujeito de direito, assim, é não somente fruto de uma forma social histórica específica, como também é um elemento necessário para sua reprodução:

Foi apenas depois do total desenvolvimento das relações burguesas que o direito passou a ter um caráter abstrato. Cada homem torna-se homem em geral, cada trabalho torna-se um trabalho social útil em geral e cada sujeito torna-se um sujeito jurídico abstrato. Ao mesmo tempo, também a norma reveste-se da forma lógica acabada da lei geral e abstrata. (PACHUKANIS, 1988, p. 78)

Ao contrário do positivismo jurídico, que, Kelsen à frente, tem na norma o elemento irradiador de juridicidade, para Pachukanis (1988, p. 47), “a relação jurídica é como que célula central do tecido jurídico” ao passo que o “direito, enquanto conjunto de normas, não é senão uma abstração sem vida”. Assim,

O direito, enquanto fenômeno social objetivo, não pode esgotar-se na norma ou na regra, seja ela da escrita ou não. A norma

como tal, isto é, o seu conteúdo lógico, ou é deduzida diretamente das relações já existentes ou, então, representa quando é promulgada como lei estadual apenas um sintoma que permite prever com certa probabilidade o futuro nascimento das relações correspondentes. Para afirmar a existência objetiva do direito não é suficiente conhecer apenas o seu conteúdo normativo, mas é necessário igualmente saber se este conteúdo normativo é realizado na vida, ou seja, através de relações sociais. (PACHUKANIS, 1988, p. 49)

A perspectiva da transição para o comunismo, portanto, sustenta Pachukanis, não pode ser pensada a partir de um referencial jurídico, o que resulta na impossibilidade de um “direito socialista”. Não se trata, assim de uma “passagem para novas formas jurídicas”, mas do “aniquilamento da forma jurídica enquanto tal” (PACHUKANIS, 1988, p. 28).

3.2. DIREITO PENAL E LUTAS DE CLASSES

O capítulo *Direito e violação do direito*, em TGDM, descortina-se em dois grandes momentos: inicialmente, ressalta Pachukanis o vínculo histórico entre normas de cunho repressivo, que coíbem a violação do direito, e a divisão das sociedades em classes; e, em seguida, dedica-se ao tema da especificidade da forma do direito penal sob o capitalismo.

Pachukanis (1988, p. 118) inicia seu escrutínio do direito penal anotando alguns exemplos históricos sobre a predominância, em períodos arcaicos, de regras que dispõem sobre atos de violação ao direito: “A relação jurídica adquire historicamente o seu caráter específico sobretudo em relação com a violação do direito”. Daí que a noção de roubo, aponta Pachukanis, “aparece bem mais cedo que o conceito de propriedade”.

O direito penal -- entendido nesse ponto, genericamente, como a atividade repressiva às ofensas ao direito --, “representa a esfera onde a relação jurídica atinge o mais alto grau de tensão”, parte que vale pelo todo, na medida em que a “lei e a pena que pune

sua transgressão estão, em geral, intimamente ligadas entre si” (PACHUKANIS, 1988, p. 118).

Originados a partir da vingança de sangue promovida entre grupos ou famílias – “as discórdias entre as famílias perduravam de geração em geração, e toda a ofensa, mesmo aquela causada pela vingança, tornava-se motivo para uma nova vingança sangrenta” (PACHUKANIS, 1988, p. 119) --, os atos de vendeta, quando passam a refletir um sistema de multas ou de reparações em dinheiro, gradativamente incorporam a noção de equivalência, “esta primeira idéia puramente jurídica” (PACHUKANIS, 1988, p. 119).

Nessa quadra, então, o conceito de delito aparece como uma “modalidade particular da circulação, na qual a relação de troca, ou seja, a relação contratual, é estabelecida imediatamente ou, melhor dizendo, através da ação arbitrária de uma das partes” (PACHUKANIS, 1988, p. 119). A sanção penal se manifesta, aí, como “um equivalente que compensa os prejuízos sofridos pela vítima” (PACHUKANIS, 1988, p. 119).

A vingança, para Pachukanis (1988, p. 120), responde a uma determinação própria da esfera biológica orgânica, como senso de reação, autodefesa e luta pela sobrevivência. É somente com a sociedade humana, destarte, que a ideia jurídica da equivalência se torna nítida, “naquele estágio de desenvolvimento econômico onde tal forma de equivalência se torna costumeira como nivelamento de troca”.

Em síntese, “de fenômeno puramente biológico, a vingança passa a ser instituição jurídica a partir do momento em que se une à forma da troca equivalente, da troca medida por valores” (PACHUKANIS, 1988, p. 120-121).

No direito penal arcaico, esse vínculo se expressa de forma “evidente e grosseira quando coloca diretamente em pé de igualdade o dano causado aos bens e o prejuízo feito à pessoa com uma ingenuidade incontestavelmente repudiada pelas épocas posteriores” (PACHUKANIS, 1988, p. 120-121). Pachukanis, aqui, vale-se exemplificativamente do Direito Romano, em cujo contexto os devedores insolventes respondiam com o próprio corpo pela dívida assumida.

Em um desenvolvimento ulterior, a pena pública aparece, de um lado, por necessidades de ordem fiscal, como fonte de receitas, e, de outro, como “meio de manter a disciplina e defender a autoridade do poder clerical e militar” (PACHUKANIS, 1988, p. 122).

Com o processo de centralização política consubstanciado no surgimento dos Estados, ocorre nova mudança no sentido histórico da pena: “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 para os camponeses que fugissem à exploração intolerável dos senhores e do seu Estado, assim como também para os vagabundos, para os mendigos, etc.” (PACHUKANIS, 1988, p. 122).

Pachukanis(1988, p. 123) conclui esse excursus histórico, por meio do qual esboçou o “complexo amálgama do Direito Penal moderno onde podemos facilmente distinguir as camadas históricas que possibilitaram seu aparecimento”, consignando que, de uma mirada sociológica, “a jurisdição penal nada mais é que um apêndice do aparelho de polícia e de instrução criminal”, que “não se distingue das chamadas medidas excepcionais utilizadas durante a guerra civil”.

Como repressão direta, portanto, o direito penal ainda não expressa plenamente o desenvolvimento da forma jurídica, eis que sustentado prioritariamente nos elementos da “linha de frente” da violência exercida pelo poder político. É o que ilustra, jocosamente:

Se os tribunais de Paris precisassem realmente fechar suas portas por alguns meses, os únicos que sofreriam com isso seriam os criminosos detidos. Porém, se as ‘famosas’ brigadas de polícia de Paris deixassem de trabalhar, ainda que fosse apenas por um dia, o resultado seria catastrófico (*Ibidem*, p. 124).

Considerando, portanto, o vetor da repressão de classe, as teorias do direito penal que estabelecem princípios de política criminal a partir de um suposto interesse geral da “sociedade como um todo”, “constituem deformações, conscientes ou não, da realidade” (PACHUKANIS, 1988, p. 124): não se trata a sociedade de um bloco uno e homogêneo, mas de um conjunto de classes com interesses contraditórios. Todo

sistema penal concreto, assim, diz Pachukanis, traz a marca do interesse de classe.

No tocante aos primórdios do direito penal burguês, no período marcado pela ascensão da burguesia e cujas formulações iniciais se devem à filosofia ilustrada, Pachukanis reconhece a importância histórica de reformadores como Beccaria e Howard, empenhados na humanização das penas, na eliminação da tortura e na abolição das penas cruéis e infamantes, ressaltando, contudo, que tais avanços teóricos, não corresponderam a imediatos efeitos práticos, principalmente em função da “transformação da burguesia numa classe reacionária que sente medo diante do desenvolvimento do movimento operário como também diante da sua política colonial” (PACHUKANIS, 1988, p. 125).

3.3. DIREITO PENAL E CAPITALISMO

O apanhado histórico sintetizado no item anterior, afirma Pachukanis, aponta para uma conclusão adequada, mas ainda assim limitada: ver no direito penal um instrumento de defesa da dominação de classe revela uma nota fundamental de seu *conteúdo*; cumpre, entretanto avançar -- de forma coerente com proposições já delimitadas nos capítulos anteriores -- e perquirir sobre a gênese e o desenvolvimento da *forma* jurídico-penal.

Isso porque o direito penal só assume feições propriamente jurídicas “na medida em que encarna uma modalidade dessa forma fundamental, à qual está subordinada a sociedade moderna: a forma da troca de equivalentes com todas as suas consequências”. (PACHUKANIS, 1988, p. 125).

É de se ressaltar, contudo, que o desenvolvimento da forma jurídica abstrata encarnada no direito penal burguês não elimina seu componente de repressão direta. O que ocorre é que o nível de tensão e acirramento das lutas de classes pode, conjunturalmente, determinar maior ou menor desenvoltura no modo com que a violência de classe se expressa por intermédio da forma jurídica:

“[...] como as relações sociais não se limitam às relações jurídicas abstratas entre proprietários de mercadorias abstratas, a jurisdição penal não é somente uma encarnação da forma jurídica abstrata, mas também uma arma imediata na luta de classes. Quanto mais aguda e encarniçada se torna esta luta, tanto mais a dominação de classe encontra dificuldades em se efetivar no interior da forma jurídica” (PACHUKANIS, 1988, p. 126).

O direito penal da sociedade burguesa é jurídico em seu mais alto grau, e suas determinações se expressam desde as características elementares dos processos judiciais até, e principalmente, na consolidação da forma punitiva que lhe é peculiar: a privação da liberdade por um *quantum* de tempo equivalente.

Assim é que o processo penal, “como forma jurídica, é inseparável da figura da vítima que exige ‘reparação’ e, por conseguinte, da forma mais geral do contrato”; a violação de um “interesse público” abstratamente apresentado se escora “na figura perfeitamente real da parte lesada que participa no processo” (PACHUKANIS, 1988, p. 126).

É, contudo, na dogmática penal, como encarregada da elaboração dos principais conceitos -- crime, pena, culpabilidade -- da teoria burguesa do direito penal, que Pachukanis desvela com mais precisão as categorias jurídico-penais.

O conceito de responsabilidade pessoal, tratado “em conformidade com o individualismo radical burguês” (PACHUKANIS, 1988, p. 128), passa a ser quantificável (atribui-se-lhe uma gradação de valores):

Tal graduação da responsabilidade é um dos fundamentos da escala das penas, é um momento novo, ideal ou psicológico, como quisermos, que se soma ao momento material do prejuízo e ao momento objetivo e ao momento objetivo do ato para constituir com eles o fundamento da determinação proporcional da pena” (PACHUKANIS, 1988, p. 128)

[...]

O conceito jurídico de culpabilidade não é um conceito científico, já que conduz diretamente às contradições do indeterminismo. Do ponto de vista do encadeamento das causas que deter-

minam um evento qualquer, não há a menor razão para que se privilegie uma certa cadeia causal em detrimento de qualquer outra. As ações de um homem psicicamente anormal (irresponsável) são tão determinadas por uma série de causas (hereditariedade, condições de vida, meio etc.), como as ações de um homem inteiramente normal (completamente responsável).” (PACHUKANIS, 1988, p. 129)

Esse momento ideal representado pela responsabilidade quantificada se mostra, no direito penal, proporcionado a uma pena privativa de tempo de liberdade prevista abstratamente na lei e definida em ato pela sentença judicial. Reside aí a especificidade da pena sob o capitalismo.

A privação de liberdade com uma duração determinada através da sentença do tribunal é a forma específica pela qual o Direito Penal moderno, ou seja, burguês-capitalista, concretiza o princípio da reparação equivalente. Tal forma está inconsciente, porém profundamente ligada à representação do homem abstrato e do trabalho humano abstrato mensurável pelo tempo. (PACHUKANIS, 1988, p. 128, grifou-se).

Assim como se dá com o direito em geral, o direito penal “é uma forma de relações entre sujeitos egoístas isolados, portadores de um interesse privado autônomo, ou entre proprietários ideais” (PACHUKANIS, 1988, p. 135).

Nessa linha, delito e pena chegam à formulação que lhes dá a dogmática burguesa não por uma construção mental da doutrina jurídica, ou por uma racionalidade “humanizadora” a-histórica e linearmente evolutiva, mas por se tratarem de “determinações necessárias da forma jurídica” (PACHUKANIS, 1988, p. 136).

A equiparação entre os distintos produtos do trabalho por obra de um princípio de equivalência é então expressa nos conceitos fundamentais da doutrina burguesa do direito penal:

Tanto o Código Penal em si, como o processo judicial para o qual ele é gerado, estão, bem entendido, aqui e ali, imbuídos

do princípio jurídico da reparação equivalente. O que ver a ser, com efeito, a parte geral de qualquer Código Penal (incluído aí também o nosso) com os seus conceitos de cumplicidade, de co-responsabilidade, de tentativa, de preparação etc., senão um método mais preciso de avaliação da culpa? O que significa a distinção feita entre o premeditado e o negligente senão uma graduação da culpa? Qual a validade do conceito inimputabilidade sem o conceito de culpa? (PACHUKANIS, 1988,p. 134).

Essa compreensão das categorias jurídico-penais, diz Pachukanis, faz cair por terra qualquer tentativa de explicação ou justificação ideológica do direito penal sustentada em suas finalidades. Sobre isso, vale um excerto, aliás dotado de grande atualidade:

Se efetivamente a pena fosse considerada somente do ponto de vista do seu fim, a própria execução da pena e, em particular os seus resultados, deveriam suscitar grande interesse. [...] Em contrapartida, para o público o cerne da questão consiste no fato de saber se a sentença corresponde à gravidade do delito. Para a opinião pública, uma vez que o tribunal tenha determinado corretamente o equivalente, tudo se encontra, por assim dizer, em ordem e o destino posterior do delinquente já não interessa quase a mais ninguém” (PACHUKANIS, 1988,p. 131).

Não trata Pachukanis, é bom frisar, de apontar *erro* dos penalistas burgueses em suas construções, mas de precisar as determinações sociais em que a articulação conceitual da dogmática penal burguesa se torna possível e necessária.

A especificidade do direito penal não está, portanto, epistemologicamente dada por ferramentas mentais *a priori* definidas, mas por uma peculiar forma de expressão das punições que, ademais, coincide historicamente com a universalização da forma mercantil, valendo aqui as conclusões da economia política da pena já referidas. Daí que,

Enquanto a fórmula mercantil e a forma jurídica que dela origina continuarem imprimindo à sociedade a sua marca, a ideia, no fundo absurda, ou seja, do ponto de vista não jurídico, de que a

gravidade de todo delito possa ser medida e expressa em meses ou anos de prisão, conservará, na prática judiciária, a sua força e a sua significação reais (PACHUKANIS, 1988,p. 133)

A superação dessa forma histórica, contudo, “exige a solução de uma enorme tarefa de organização que permanece não somente fora do setor de atividade puramente judiciária, mas que, em caso de êxito, torna perfeitamente inúteis o processo e a sentença judicial” (PACHUKANIS, 1988, p. 134).

A derrocada do delito e da pena é, assim, indissociável do fenecimento da forma jurídica, o que, por sua vez, assinala o fim da própria sociabilidade capitalista. Ao cabo de tal tarefa, com “esses conceitos tornados inúteis, então essa será a melhor prova de que o horizonte limitado do direito burguês começou finalmente a se alargar diante de nós” (PACHUKANIS, 1988, p. 136).

4. PACHUKANIS E AS ARMADILHAS DO POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO

A crítica da forma penal assentada na equivalência, como levada a efeito por Pachukanis, pode suscitar questionamentos sobre uma possível abertura ao positivismo criminológico, na medida em que tenderia a devolver a questão criminal ao âmbito médico-biológico e mesmo a certo determinismo sociológico.

Como se sabe, a chamada *Escola Positiva*, personificada principalmente nos italianos Lombroso, Ferri e Garofalo aos fins do Século XIX e início do Século XX, questionou fortemente a ideia de que o crime, pena e responsabilidade pudessem ser concebidos como *entes jurídicos*.

O positivismo criminológico de então via as elaborações teóricas dos chamados *clássicos*, de Beccaria a Carrara, como um sistema de abstrações inócuo, um “jogo de esgrima ilusório contra o crime” (LOMBROSO, 2001, p. 21), incapaz de dar conta do fenômeno criminal, o qual, supunham, obedeceria a uma lógica totalmente diversa.

Em síntese, baseavam-se num método científico experimental, no crime como ente natural ou fato social, no criminoso como sujeito dotado de patologia ou periculosidade, na pena como recuperação e tratamento, e no fundamento do direito penal como meio de defesa social (cf. ANDRADE, 2003, p. 61-69).

Algumas injunções dessa ontologia positivista, de fato, surgem no texto de Pachukanis, que já na introdução de TGDM aponta que “até a criminologia burguesa progressista chegou teoricamente à convicção de que a luta contra a criminalidade pode ser considerada em si mesma como uma tarefa médica e pedagógica” e que os conceitos da “ciência” jurídico-penal burguesa “não tem condições de prestar qualquer auxílio à resolução da questão” (PACHUKANIS, 1988, p. 29).

Dá-se a entender, aí, que a extinção do direito penal abre espaço para uma forma de resolução dos conflitos sociais fundada na defesa social e ditada por *regras técnicas*.

Por regramento técnico, Pachukanis entende o tipo de regulamentação em que não se põe o antagonismo entre interesses privados, ou seja, onde se observa um “fim unitário” (PACHUKANIS, 1988, p. 44).

A defesa social obedeceria, assim, quando extinta a forma jurídica, a uma finalidade técnica:

[...] a política penal, mesmo antes como depois do surgimento da tendência sociológica e antropológica em criminologia, tinha já um conteúdo de defesa social (ou mais precisamente de defesa da classe dominante). Contudo, justamente com isso, continha e contém elementos que não provêm desta finalidade técnica e que, assim, permitem ao processo penal exprimir-se totalmente sob a forma racional e não mistificada de regras técnicas sociais. (PACHUKANIS, 1988, p. 132)

Desse modo, se substituídas “as medidas penais pela terapêutica, ou seja, por um conceito médico e preventivo”, a questão penal já não mais passará pela “proporcionalidade da pena”, mas o controle teleológico de “saber se as medidas empregadas correspondem ao objeti-

vo estabelecido, isto é, se elas permitem proteger a sociedade e agir sobre o delinquente”. (PACHUKANIS, 1988, p. 134)

Trata o jurista soviético, em seguida, de diferir a coação jurídica, “exercida sobre o sujeito dentro do quadro formal do processo, da sentença e da sua execução” da coação como medida de defesa social, “um ato de pura oportunidade, adequada a um fim e [que] pode, por isso, ser determinada por regras técnicas”, que “podem ser mais ou menos complexas, conforme o fim seja a eliminação mecânica do indivíduo perigoso ou a sua correção” (PACHUKANIS, 1988, p. 135).

Márcio Bilharinho Naves vê nessa noção de regra técnica o “limite teórico” de Pachukanis, por supor a “realização de relações não-fetichizadas, como um espaço de racionalidade, construindo uma oposição que opera inteiramente dentro de um dispositivo teórico especulativo, no qual as figuras idealizadas das relações sociais reais substituem a materialidade dessas mesmas relações” (NAVES, 2008, p. 121).

De fato, essa inferência positivista na qual Pachukanis parece esbarrar se deve a algumas circunstâncias de ordem teórica e histórico-conjunturais.

Sob o prismatico, Pachukanis escreve em um momento no qual o debate marxista está ainda muito centrado em questões ligadas à economia e à ação política, carecendo de maior desenvolvimento em outros campos, os quais poderiam fornecer elementos para entender como, também no terreno dos modos de conhecer “regras técnicas” se desdobram os fenômenos do fetichismo da mercadoria e da reificação.

Já do ponto de vista histórico-conjuntural, o contexto revolucionário impunha dilemas relacionados à redação e à implementação de vários projetos de leis e códigos penais, em certa medida influenciados pelas ideias de Ferri, que havia militado no Partido Socialista Italiano.

Tal dívida é reconhecida, por exemplo, por Nicolai Krilenko, que viria a se tornar Comissário do Povo para a Justiça de Stalin:

Com efeito, a escola de Enrico Ferri se coloca bem, sob o ponto de vista da luta contra os elementos perigosos para a ordem social, ela exclue também a idéia de „castigo”, servindo-se do

termo „medidas de defesa social”, etc. Mas, em primeiro lugar, o Código italiano, feito segundo os princípios da escola de Ferri, ainda é apenas um projeto sem aplicação, ainda é apenas um projeto sem aplicação, enquanto que o nosso Código já está em vigor há mais de dez anos; em segundo lugar, a escola de Ferri está longe de conceber o princípio de classe e suas aplicações” (KRILENKO, 1934, p. 83)

Essa concepção, portanto, advoga que o problema do positivismo criminológico estaria menos em seu método e seu conceito de periculosidade que em sua ignorância sobre o “princípio de classe”.

As circunstâncias teóricas e conjunturais aqui referidas abrem um grande horizonte de pesquisas para a história do direito penal e a criminologia.

O que é certo, contudo, é que a ênfase no capítulo de TGDM que trata do direito penal reside muito mais em sua crítica da forma jurídica do que no esforço de propor algum modelo normativo para a questão criminal em um cenário de extinção da forma jurídica.

5. UM ABOLICIONISMO POUCO LEMBRADO

Se, de fato, a construção de Pachukanis em *TGDM* pode dar margem a ilações próprias ao positivismo criminológico, não parece essa a conclusão mais coerente com a obra do jurista soviético, quer sob o aspecto filológico, quer sob o ângulo do contexto histórico em que emerge.

Compreendida a extinção do direito como “pedra de toque” (PACHUKANIS *apud* NAVES, 2008, p. 9) da crítica marxista, o que se mostra fundamental é entender que o texto pachukaniano não se põe a tarefa de pensar ou propor modelo normativo que sirva à substituição do direito penal em um cenário de extinção da forma jurídica.

Bem entendido, portanto, o único compromisso que se pode inferir estreme de dúvidas é aquele com a extinção da forma jurídica explicitada na pena capitalista; uma proposta indubitavelmente abolicionista.

O sentido da abolição aqui, contudo, é bastante diverso daquele que se tornou dominante no terreno das criminologias críticas, espe-

cialmente na segunda metade do século XX, tendo como principais propulsores o norueguês Nils Christie e o holandês Louk Hulsman.

Apesar de suas diferenças, Christie e Hulsman compartilham de uma fenomenologia dos sistemas penais na qual veem a possibilidade de desconstrução social, cultural e comunitária dos conceitos de crime e pena, os quais, denunciados como meios desumanos de infligência inútil e injustificável de dor, cederiam espaço a uma nova linguagem dos conflitos sociais, por meio da valorização de métodos civis de composição de conflitos, da formação de mecanismos participativos de justiça, do apelo a valores locais.

O delito, diz Christie (1988, p. 101), não é uma “coisa”, mas um “conceito aplicável em certas situações sociais em que é possível cometê-lo e quando a uma ou várias partes interessa aplicá-lo”. A infração penal e a punição, assim, constituiriam um entre vários veículos de significação dos conflitos e relações sociais, de sorte que “podemos criar o delito criando sistemas que requeiram essa palavra” e “podemos extingui-lo criando os tipos opostos de sistema” (CHRISTIE, 1988, p. 101).

Uma vez desfeita a trama em que se assentam tais conceitos, con-signa o autor, estariam criadas as condições para a extinção da principal instância distribuidora de dor: o Estado. O caminho, assim, vai da crítica da dor aflitiva à percepção da desnecessidade do Estado, chegando-se a uma situação na qual desaparece o castigo aos delitos, e em que “as características básicas do Estado também se extinguiriam” (CHRISTIE, 1988, p. 8), onde se torna possível a vida social sob um “baixo nível de dor” (CHRISTIE, 1988, p. 110).

Hulsman, em um caminho muito semelhante, exorta a uma releitura dos sistemas penais, proposta a partir de um diversificado léxico de abordagem dos conflitos.

Qual os obstáculos que, em um jardim, impedem o sol de fertilizar o solo, o sistema penal é um mal social, que propõe e amplifica respostas falsas para todos os problemas que pretende resolver, e que, portanto, deve ser abolido (cf. HULSMAN; CELIS, 1993, pp. 91-92).

Suprimido esse sistema que distorce o curso “natural” das relações sociais, tornar-se-ia possível “dar às instituições existentes uma chan-

ce de apoiar os processos sociais naturais, ao invés de contrariá-los e sufocá-los”, para “dar vida às comunidades, às instituições e aos homens” (HULSMAN; CELIS, 1993,p. 92).

A abolição do sistema penal em seu conjunto faria com que “toda a matéria de resolução de conflitos, repensada numa nova linguagem e retomada numa outra lógica” se transformasse, o que “não eliminaria as situações problemáticas, mas o fim das chaves de interpretação re-dutoras e das soluções estereotipadas por ele impostas, de cima e de longe, permitiria que, em todos os níveis da vida social, irrompessem milhares de enfoques e soluções que, hoje, mal conseguimos imaginar” (HULSMAN; CELIS, 1993,p. 140).

Como se vê, as mencionadas perspectivas comungam da ideia de que o sistema penal se sustenta, em última instância, por um peculiar modo de perceber a realidade, o qual, alterado pela denúncia de suas lentes distorsivas, dará ensejo à sua superação.

O abolicionismo presente em Pachukanis, contudo, embora não inviabilize e tampouco invalide os resultados dessa crítica ao sistema penal, segue uma trilha inversa, na medida em que não enxerga na forma que crime e pena assumem na sociedade burguesa conceitos ou chaves de leitura das relações sociais, mas, na senda de Marx, “formas de ser, determinações de existência” (MARX, 2011, p. 59).

Se as categorias crime e pena são “determinações necessárias da forma jurídica”, seu perecimento depende do “aniquilamento da superestrutura jurídica em geral”, o que não pode se dar somente “nas declarações” (PACHUKANIS, 1988, p. 136).

A crítica do direito penal se apresenta, nessa linha, indissociável da crítica da forma social em que se dá sua gênese e que permite a explicitação mais ampla de suas determinações. Superar o direito penal, de igual modo, é impensável fora de um quadro da superação mesma da sociedade capitalista.

Há nessa formulação uma força crítica bastante singular, na medida em que estabelece que, mesmo um movimento de transformação das “chaves de leitura” e da linguagem da qual se valem os sistemas penais pode ser assimilado pela lógica capitalista, preservando suas

características fundamentais, que não serão desfeitas por simples atos de vontade.

Aí moram também, e Pachukanis veio a pagar com a própria vida por isso, os elementos que permitiram ao revolucionário perceber as limitações de um “direito socialista” em geral - e, especificamente, de um direito penal socialista.

É inócuo construir, sustenta Pachukanis (1988, p. 133), sem a superação das categorias jurídicas fundamentais, um direito penal em favor da classe trabalhadora, ou declarar princípios baseados em terminologias diversas daquelas tradicionalmente cultivadas pela “ciência jurídica”: “a modificação terminológica nada muda a essência da coisa”. O objeto, por assim dizer, da abolição, não reside nos conceitos penais, mas na relação jurídica que lhes dá fundação e especificidade categorial:

Um notório representante da escola sociológica, van Hammel, declarou no congresso dos criminalistas, de Hamburgo, em 1905, que os três principais empecilhos à criminologia moderna eram os três conceitos de culpa, de delito e de pena. Assim que nos libertarmos destes três conceitos, acrescentou, tudo irá melhor. Quanto a isto pode-se contestar que as formas da consciência burguesa não se deixarão suprimir somente através de uma crítica ideológica, uma vez que elas constituem um todo com as relações materiais que exprimem. A única via para aniquilar tais aparências, tornadas realidade, é a da abolição prática dessas relações, ou seja, a luta revolucionária do proletariado e a realização do socialismo. (PACHUKANIS, 1988,p. 133)

Christie, Hulsman e Pachukanis, é verdade, cabem na denominação abolicionista, eis que advogam a eliminação “radical do sistema penal, ou seja, sua radical substituição por outras instâncias de solução dos conflitos” (ZAFFARONI, 1991, p. 97). Seus fundamentos, não obstante, são diversos: de um lado, parte-se de uma fenomenologia do sistema penal que propõe sua superação da linguagem e da cultura que o instituem; de outro, identifica-se a gênese da relação jurídica penal para ver nessa linguagem uma forma aparente de sua expressão.

É o que captam, de modo bastante oportuno, Gabriel Martins Furquim e Josué Mastrodi (2014, p. 169):

O abolicionismo do sistema penal é uma forma de redução de danos do sistema, que trata das consequências penais sem tratar das causas sociais. Embora os envolvidos -- vítima e criminoso na linguagem atual -- possam ser tratados com mais dignidade, a estrutura social capitalista em que vivemos continuaria determinando as causas de violência e de perpetuação das situações-problema, para as quais aplicaria medidas correspondentes a este modo de produção. Alterar as consequências penais e não as causas sociais, significa conservar a forma. Por exemplo, a modificação da linguagem apenas trataria os envolvidos com maior apreço e não alteraria a realidade determinada por relações sociais específica. (FURQUIM, MASTRODI, 2014, p. 169)

Em síntese, “cada um a seu modo, Hulsman e Christie pugnam pela abolição do direito, *despenalizando* as instâncias de solução dos conflitos, mas, a nosso ver, não pugnam por sua desjurisdização” (FURQUIM, MASTRODI, 2014, p. 159).

6. CONCLUSÕES

Mesmo se tratando de, como se viu, uma obra incompleta, *Teoria geral do direito e marxismo* conserva seu interesse para a criminologia, especialmente aquela que se desenvolve no campo da economia política da pena.

Por sua crítica contundente aos conceitos da dogmática penal tradicional, principalmente no que concerne às expressões da equivalência, a concepção da extinção do direito penal em Pachukanis costuma ser associada, se lida enviesada ou apressadamente, a um cenário em que só se poriam invariavelmente duas alternativas.

De um lado, a crítica ao direito penal burguês levaria de roldão as pretensões de uma racionalidade limitadora do poder punitivo, em um autoritarismo no qual estariam desfeitas todas as garantias penais e processuais. É o que parecem entender Pierangeli e Zaffaroni (2009,

p. 292), para quem Marx, “com seu romântico ‘comunismo’ e sua ditadura do proletariado, havia deixado aberto o caminho para a ditadura russa, dando a ela um argumento ideológico superestrutural”.

Por outro, o questionamento empreendido ao momento jurídico da questão criminal levaria ao cientificismo desmedido do positivismo criminológico. A periculosidade do pensamento marxista na criminologia, assim, para os mesmos autores, combinada com o positivismo “deu por resultado um sistema penal de ferocidade superior ao fascista, e que nada tem a invejar ao nazista” (PIERANGELLI; ZAFFARONI, 2009, p. 292).

Em que pese se vislumbrem tais inferências no texto de Pachukanis – compreensíveis, como se viu, por força da situação revolucionária em que escreve e pelo próprio horizonte teórico das ciências criminais à época –, parece-nos que a conclusão mais coerente, não só pelo conjunto de suas reflexões como também pelo método que emprega, é a de que a nota fundamental de suas teses é a de um abolicionismo revolucionário.

É de se enfatizar que, com tal categorização, não se pretende desqualificar as propostas desenvolvidas pelos demais abolicionismos, mas sustentar que, ao cabo de quase um século, mesmo que insuficiente, permanece necessária e vigente a crítica empreendida por Pachukanis.

Assim, assumir que é impensável a crítica do direito penal apartada da crítica da sociedade capitalista, não implica rejeitar em bloco as contribuições gestadas em correntes que, mesmo não compartilhando do referencial teórico marxista, desferem importantes golpes à seletividade intrínseca dos sistemas penais e ao seu papel reprodutor da violência, da desigualdade e da exploração.

Caberiam aqui, talvez, as observações de um Zaffaronium pouco menos infenso ao diálogo com a crítica marxista:

Perdermo-nos nesta discussão entre posições que não estão distantes umas das outras seria ainda mais absurdo do que imaginar a hipótese de que nossos libertadores tivessem retardado

as guerras de independência do continente até chegarem a um acordo sobre a posterior adoção da forma republicana ou monárquica constitucional de governo, unitária ou federativa, com ou sem autonomia municipal, etc. É evidente que, se tivessem se comportado de modo tão absurdo, o juízo histórico sobre eles teria sido bem diverso. (ZAFFARONI, 1991, p. 112)

Em tempos de expansão penal brutal e desenfreada, cumpre-nos indagar: qual juízo histórico nos será reservado?

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Princípios de derecho penal mínimo*. In: *Criminología y Sistema Penal*. Compilación in memoriam. Buenos Aires/Montevidéu: Editorial B de F, 2004.

CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor*. 1. ed. Tradução de Mariluz Caso. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada pelo sistema penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. São Paulo: Vozes, 1987.

FURQUIM, Gabriel Martins; MASTRODI, Josué. Pachukanis e o abolicionismo penal de Hulsman e Christie. *Revista Direito e Praxis*, v. 5, n. 9, 2014. pp. 150-175.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 1. ed. Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói: LUAM, 1993.

KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto; NAVES, Márcio Bilharinho. Pachukanis e a Teoria geral do direito e o marxismo. *Revista Prim@Facie*. João Pessoa: PPGCJ, v. 12, n. 23, 2013.

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

KRILENKO, Nicolai. *A política dos soviets em matéria criminal*. Rio de Janeiro: Editorial Alba, 1934.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone, 2001.

MARX, Karl. *Grundrisse*: manuscritos econômicos de 1857-58 - esboços da crítica da economia política. Tradução Mario Duayer, Nélcio Schneider. São Paulo: Boitempo; Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 2011.

MELOSSI, Dario. A questão penal no Capital. *Revista Margem Esquerda – ensaios marxistas*. n. 4, Outubro de 2004, São Paulo, Boitempo Editorial, p. 124-140.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2008.

NEDER, Gizlene. “Prefácio”. In: KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

PACHUKANIS, EvgenyBronislanovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

STUCKA, Petr Ivanovich. *Direito e luta de classes: teoria geral do direito*. Tradução de Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, volume I: parte geral. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Recebido: 1º/05/2016

Aceito: 05/08/2016