

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ
Pedro Camilo de Fernandes

DIREITO: ferramenta de justiça ou instrumento de poder?

Taubaté-SP
2019

Pedro Camilo de Fernandes

DIREITO: ferramenta de justiça ou instrumento de poder?

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito, apresentado no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como parte dos requisitos para colação de grau.
Área de concentração: Sociologia jurídica.
Orientador: Prof. Dr. André Luiz da Silva.

Taubaté-SP

2019

**Ficha catalográfica elaborada pelo
SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas / UNITAU**

F363d Fernandes, Pedro Camilo de
Direito : ferramenta de justiça ou instrumento de poder? / Pedro
Camilo de Fernandes -- 2019.
72 f.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2019.

Orientação: Prof. Dr. André Luiz da Silva, Departamento de Ciências
Jurídicas.

1. Direito - Brasil. 2. Justiça - Brasil. 3. Poder (Ciências sociais). I.
Universidade de Taubaté. II. Título.

CDU 34(81)

PEDRO CAMILO DE FERNANDES

DIREITO: ferramenta de justiça ou instrumento de poder?

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito, apresentado no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como parte dos requisitos para colação de grau.
Área de concentração: Sociologia jurídica.

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof.: _____

Assinatura: _____

Prof.: _____

Assinatura: _____

Aos que lutam por uma sociedade livre, justa e solidária.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador Prof. Dr. André Luiz da Silva, insigne acadêmico e valoroso lutador, pelos importantes ensinamentos e pelo apoio no desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço ao amigo e brilhante advogado Dr. Marcos Alexandre da Silva pelo apoio dado na reta final do curso e pelas conversas esclarecedoras.

Agradeço aos meus amigos e amiga íntimos Danilo, Glauco e Cintia, que longe ou perto me mostram o verdadeiro significado de amizade, me dando forças para seguir firme e dar sempre o melhor de mim.

Agradeço aos tantos outros amigos e amigas, companheiros e companheiras, que já passaram pela minha vida ou que ainda estão nela, por ajudarem a fazer de mim quem eu sou hoje e, assim, indiretamente colaborarem para o desenvolvimento de meu pensamento crítico.

Agradeço à tia Olga, tia Lena, tio Zé, Renata, Du, Gabriel e Ana Laura por representarem a família mais querida que eu poderia ter. Sem eles, não teria chegado neste ponto.

Agradeço à minha namorada e companheira Lívia, o amor contagiante que me apoiou intensamente durante todo este último ano de curso, desde os exaustivos estudos para a OAB até a entrega deste trabalho. Esse apoio – concreto, cotidiano, ininterrupto – foi essencial para minha perseverança e me deu forças para continuar.

Agradeço à minha vó Maria e ao meu vô João que, apesar de já terem descansado, deixaram comigo a gana de lutar por um mundo melhor. Que este trabalho desperte esse sentimento em outras pessoas.

Agradeço à minha irmã Jo, que mesmo longe continua sendo uma grande inspiração na minha vida, tendo me ensinado muitas das coisas que hoje se fazem presentes neste trabalho.

Agradeço aos meus pais, Fausta e Edson, meus pilares, meus melhores amigos, os amores que me ensinaram a viver. Definitivamente, são eles os maiores responsáveis por tornar possível a realização deste trabalho.

Agradeço, por fim, à parte de mim que é a esperança de um mundo colorido: minha filha Manuella. Por ela atravessei abismos e me mantive firme quando a força me esvaia por entre os dedos. Por ela escrevi cada linha deste trabalho. Por ela seguirei lutando por aquele mundo colorido.

“A vida é bela. Que as futuras gerações a livrem de todo mal e opressão, e possam desfrutá-la em toda sua plenitude.”

Leon Trotsky, 27 de fevereiro de 1940.

RESUMO

Esse trabalho visa responder se o poder é capaz de instrumentalizar o direito e impedir que ele seja um meio de se alcançar a justiça, além de analisar as influências do poder no direito e a representação do direito frente ao conceito de justiça. Tem como objetivo analisar as relações entre poder, justiça e direito, colocando em discussão o que pode ser considerado justo e os possíveis processos de instrumentalização do direito. Adota-se a metodologia baseada no materialismo histórico-dialético, a qual tem como base uma análise crítica do objeto da pesquisa. Defende que o direito deve ser entendido como algo que vai além da norma, alcançando tanto os costumes e a aplicação do que foi positivado quanto as origens e consequências das leis e dos entendimentos jurisprudenciais. Como parte da superestrutura da sociedade, o direito é fortemente influenciado pelas relações de poder, podendo ou não estar direcionado à efetivação da justiça. Através de aparatos ideológicos como a reificação e a fetichização, as relações jurídicas passam por processos de instrumentalização. Tais processos têm origem infraestrutural e dependem da classe no exercício do poder real. Infraestrutura e superestrutura podem ser abaladas e transformadas por grupos antagônicos no exercício do Poder Pré-Estrutural. Uma transformação, neste caso, pode influenciar fortemente o direito. Na sociedade capitalista, o direito cumpre o papel de favorecimento da classe dominante, centralmente por meio de mecanismos estigmatizantes e criminalizadores. Conclui-se que, apesar de sua instrumentalização, o direito pode representar um caminho concretamente justo – mas, para isso, deve despontar uma transformação em que a infraestrutura social supere a relação antagônica dominador-dominado.

Palavras-chave: Poder. Justiça. Instrumentalização. Ideologia. Direito.

ABSTRACT

This paper aims to answer if the power is able to instrumentalize the law and to prevent it from being a way to reach justice, besides analysing the influences of the power in the law and the representation of the law given the concept of justice. It aims to analyse the relations between power, justice and law, putting into discussion what can be considered fair and the possible processes of instrumentalization of law. The methodology based on historical-dialectical materialism is adopted, being based on a critical analysis of the research object. It argues that the law should be understood as something that goes beyond the norm, reaching both the customs and the application of what has been legally established, as well as the origins and consequences of laws and jurisprudential understandings. As part of society's superstructure, law is strongly influenced by power relations, and may or may not be directed toward the enforcement of justice. Through ideological apparatuses such as reification and fetishism, legal relations go through processes of instrumentalization. Such processes have an infrastructural origin and depend on the class exercising the real power. Infrastructure and superstructure can be shaken and transformed by antagonistic groups in the exercise of Pre-Structural Power. A transformation in this case can strongly influence the law. In capitalist society, law fulfils the favoring role of the ruling class, centrally through stigmatizing and criminalizing mechanisms. It is concluded that, despite its instrumentalization, the law can represent a concretely fair way - but for that to be possible, a transformation in which the social infrastructure surpasses the antagonistic dominator-dominated relationship must emerge.

Keywords: Power. Justice. Instrumentalization. Ideology. Law.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

FIGURA 1: Gráfico – Taxas de homicídios de negros e de não negros a cada 100 mil habitantes dentro destes grupos populacionais – Brasil (2007-2017)	49
FIGURA 2: Gráfico – Etnia das pessoas privadas de liberdade no Brasil e da população total	55
FIGURA 3: Gráfico – Escolaridade dos privados de liberdade no Brasil e da população total.....	56
FIGURA 4: Gráfico – Etnia da população total do Rio de Janeiro e das pessoas mortas pela polícia no estado em 2015.....	60

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
1.1 Problema	10
1.2 Hipótese	10
1.3 Objetivos	11
1.4 Justificativa	11
1.5 Fundamentação teórica	11
1.6 Procedimentos metodológicos	12
1.7 Organização do trabalho	12
2 PODER E JUSTIÇA	13
3 TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS E PODER PRÉ-ESTRUTURAL	20
4 JUSTIÇA, DIREITO E SOCIEDADE	29
5 A PRODUÇÃO NORMATIVA	34
6 O DIREITO COMO INSTRUMENTO	37
7 O PODER E A JUSTIÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	43
7.1 O Direito Penal	46
7.1.1 Do Etiquetamento Social à Criminologia Crítica	46
7.1.2 Desvio, Delinquência e Criminalização	47
7.1.3 Da Seletividade e Marginalização ao Cárcere	53
7.1.4 O Caso Rafael Braga	57
8 CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

Vivemos em uma sociedade marcada por desigualdades. A insatisfação com as estruturas de poder é uma realidade permanente para uma ampla parcela da população. Enquanto muitos consideram determinadas ações advindas dessas estruturas como justas, outros tantos as enxergam como fundamentalmente injustas. É comum que o descontentamento venha acompanhado de inseguranças e imprecisões quanto ao caminho que deve ser tomado a fim de se constituir uma sociedade melhor.

É fundamental perceber que, se as insatisfações passam pela discussão dos conceitos de justiça e de poder, é tarefa do Direito enquanto ciência jurídica elaborar uma resposta à sociedade e contribuir para a busca de uma trajetória que leve a uma estrutura social que melhor contemple as necessidades da população. Os profissionais do Direito devem estar comprometidos nessa conjuntura, à medida que são eles os detentores do saber jurídico científico capaz de subsidiar o desenlace de tais questões.

1.1 Problema

Resta questionar: o poder é capaz de instrumentalizar o direito e impedir que ele seja um meio de se alcançar a justiça? Como o poder se organiza e como influencia no direito? O direito é essencialmente justo e a justiça se constitui sempre com a concretização das relações jurídicas? É possível que o direito seja transformador?

1.2 Hipótese

Ante tais questionamentos, levanta-se a hipótese de que o direito enquanto instrumento pode ser justo ou injusto, assim como pode representar aspectos transformadores ou conservadores. Nesse sentido, diferentes formas de exercício do poder, assim como as questões ideológicas inerentes a elas, podem modificar a natureza do direito em cada sociedade.

1.3 Objetivos

O presente trabalho analisa as relações entre poder, justiça e direito, tanto em relação às questões normativas quanto no que tange à aplicação da norma jurídica. Ademais, coloca em pauta o que pode ser considerado justo e os possíveis processos de instrumentalização do direito.

Para uma efetiva análise do tema que se pretende abordar e uma busca consequente de conclusões, realiza-se uma análise inicial do conceito de poder, seguida de um exame pormenorizado do conceito de justiça e um desenvolvimento analítico de suas implicações na sociedade. Em seguida procede-se ao estudo da produção normativa e do direito como instrumento. Como forma de desenvolver o debate e alcançar conclusões concretas, apresenta-se pontos de conflito oriundos de questões práticas do mundo jurídico.

1.4 Justificativa

Compreender a influência das relações de poder no direito representa uma importante tarefa para as ciências jurídicas, tendo em vista que a estruturação jurídica de todas as sociedades está intimamente ligada a estas relações. Ademais, ao trazer à tona a discussão sobre justiça, este estudo apresenta grande relevância para se pensar concretamente um modelo de sociedade que melhor contemple os anseios da maioria da população.

1.5 Fundamentação teórica

O presente trabalho aponta como centrais na relação entre direito e sociedade os conceitos de justiça e de poder, aprofundando a análise acerca de suas origens e influências nas relações sociais. Discorre também acerca da ideologia, perpassando os processos de reificação e de fetichização, buscando investigar suas conexões com o exercício de poder e com a visão que se pode ter de justiça.

1.6 Procedimentos metodológicos

Para buscar respostas e testar a hipótese levantada, elaborou-se o presente trabalho baseado em uma análise crítica do direito, seja no caráter normativo ou na aplicação das normas legais, num contexto em que as questões ideológicas emergem ou dão origem às relações jurídicas. Para a discussão dessas questões foram consultados juristas renomados, além de filósofos e sociólogos que muito contribuíram para o desenvolvimento das ciências jurídicas.

Nesse contexto, A fim de desenvolver uma análise suficientemente aprofundada do tema, foram pautados conceitos e elaborou-se um estudo específico de suas relações. Outrossim, foi realizada uma análise geral do Direito brasileiro, com especificação no Direito Penal, objetivando pautar as discussões no plano prático. A pesquisa se deu com base no método do materialismo histórico-dialético e centrou-se na revisão bibliográfica.

Ressalta-se que o método do materialismo histórico-dialético tem como base uma análise crítica do objeto da pesquisa. Essa análise leva em consideração que para que o objeto seja compreendido, deve também ser compreendida a totalidade das relações que o envolvem. Para tanto, uma das questões centrais levantadas por este método é a contextualização do problema, trazendo concretamente uma análise histórica e sociológica dos elementos que o envolvem. Assim, através da apresentação de contradições, pode-se alcançar respostas aos diversos questionamentos oriundos do objeto da pesquisa.

1.7 Organização do trabalho

No capítulo 2 discute-se os conceitos de poder e de justiça, visando embasar os debates posteriores. No terceiro capítulo, traz-se o conceito de Poder Pré-Estrutural, uma base teórica que contribui para a análise do funcionamento do poder. Em seguida, no capítulo 4, expressa-se as relações entre direito e justiça nas diversas sociedades. O quinto capítulo trata da produção normativa e o sexto capítulo, em continuidade, do direito como instrumento. O capítulo 7, por fim, traz à tona questões específicas da legislação brasileira, além de um aprofundamento no Direito Penal e da análise de um caso, visando demonstrar concretamente as discussões anteriores.

2 PODER E JUSTIÇA

Em se tratando do poder e de seu exercício, Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 50) externa o entendimento de Hannah Arendt¹, a qual entende que “a capacidade humana de agir de comum acordo representa o poder, que, assim, não pertence a ninguém individualmente, mas ao próprio grupo e enquanto este permanecer unido”. Coelho aprofunda a definição, asseverando que “a relação de poder é dialética. Detentor e submetido se relacionam por diferentes graus de subjugação, em função de contingências várias” (COELHO, 2005, p. 59).

É essencial entender que o poder, em seus mais diversos aspectos ideológicos e concretos, necessita se justificar constantemente para se legitimar. Essa justificativa é usualmente colocada “no sentido de estar prestando um serviço à coletividade” (AGUIAR, 1990, p. 53). Se essa justificativa é embasada na realidade ou numa construção demagógica, existem posicionamentos diversos. Para Alejandro Serrano Caldera (2005, p. 71), por exemplo, o poder pode ser visto efetivamente como “um meio para realizar ou tentar realizar o bem comum”. Entretanto, não é raro encontrar pontos de conflito com esse entendimento.

Para a compreensão de como funciona uma estrutura de poder, deve-se entender a distinção de poder formal e poder real. O poder formal é exercido, por exemplo, pelos indivíduos eleitos para determinado cargo. Eles detêm o poder, mas apenas formalmente, tendo em vista que ele permanece em suas mãos de maneira transitória. O poder real, por sua vez, é exercido por aqueles que fazem dos detentores do poder formal seus agentes para realização de suas vontades. Desta forma:

O poder real, na medida em que traduz relações concretas, na medida em que espelha o que está acontecendo, é o verdadeiro indicador da correlação de forças numa sociedade, enquanto o poder formal, sendo um dever-ser, mais que um ser, apenas confirma o que pode ser observado em concreto (AGUIAR, 1990, p. 61).

Por conta do aspecto ideológico inerente à construção do poder formal e de seus direcionamentos embasados nos interesses delineados pelo poder real, pode-se entender o poder formal como “a sede da ambiguidade, o lugar onde as contradições

¹ Hannah Arendt foi uma filósofa alemã de origem judaica. Tendo nascido em 1906, viveu o período da ascensão do nazismo e desenvolveu importantes discussões acerca do exercício do poder, centrando sua análise em sociedades totalitárias.

aparecem mais nitidamente, pois ele tem de agir demonstrando algo que não é e representar interesses que não devem aparecer” (AGUIAR, 1990, p. 56). O processo de construção e manutenção do poder real, por sua vez, passa pela reificação² do poder. Nesse sentido,

A reificação do poder acontece quando as pessoas desaperecem-se do seu caráter exclusivamente humano, para reconhecê-lo como algo independente da maneira como estão se relacionando. O poder reificado assume a direção da vida, tornando os homens seus servos. Aquilo que decorre das relações sociais passa a ser entendido como uma força da natureza ou algo parecido. Assim, alienam-se os homens da possibilidade de revolucionar as relações sociais (COELHO, 2005, p. 31).

Ao se tratar o poder como algo descolado da vontade humana, as teorias reificadoras “perdem de vista os homens que dominam e os que são dominados” (COELHO, 2005, p. 57), criando uma condição que favorece a manutenção do poder num processo de camuflagem dos detentores do poder real. No mesmo sentido, os dominados passam a uma aceitação tácita do poder. Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 56) coloca que “na sociedade disciplinar, o sentido da individualização é descendente: à medida que o poder se torna mais anônimo e mais funcional, as pessoas sobre as quais ele atua tendem a ser mais fortemente individualizadas”.

Ao mesmo tempo em que o poder passa para um anonimato relativo, facilita-se o controle social, o que para Michel Foucault se dá paralelamente a um processo de vigilância. Para o filósofo, a vigilância funciona como um método essencial à manutenção da disciplina e esta, por sua vez, primordial para a manutenção do poder. Foucault (2004, p. 147) coloca que “a vigilância torna-se um operador econômico decisivo, na medida em que é ao mesmo tempo uma peça interna no aparelho de produção e uma engrenagem específica do poder disciplinar”.

Ao pautar o poder disciplinar, deve-se ter em mente que este depende em grande parte da força. Entretanto, “a mera obediência pela força se esgota com rapidez. Faz-se necessária uma justa causa que justifique e legitime quem está no poder e os métodos que esses grupos desenvolvem” (AGUIAR, 1993, p. 25). Num contexto em que se coloca a necessidade de minimização do uso da força por quem

² Reificação: “conceito originalmente utilizado por Marx no estudo da mercadoria, que designa o processo pelo qual uma relação social é despida, aos olhos dos seus partícipes, do caráter humano que possui para assumir a aparência de algo totalmente independente de sua vontade” (COELHO, 2005, p. 10).

domina, Nicolau Maquiavel (2010, p. 87) coloca que “todos os príncipes³ devem preferir ser considerados clementes, e não cruéis”. Entende-se, assim, que

[...] nenhum governo se sustenta exclusivamente na violência. Mesmo o mais totalitário necessita de uma base de poder. A mais despótica de todas as dominações, a escravidão, sustentava-se não nos meios materiais de subjugação, mas na organização solidária dos senhores (COELHO, 2005, p. 52).

Veja-se, entretanto, que apesar da impossibilidade de a força isoladamente efetivar a manutenção do poder, esta continua a ser sua essência. Na sociedade contemporânea a força é utilizada de formas diferentes do que já foi em outros períodos, entretanto “o fato de não se fazer uso real dos meios materiais de subjugação significa apenas que foram desenvolvidos meios ideológicos, mais econômicos” (COELHO, 2005, p. 59).

Os que exercem o poder formal são obrigados a cumprir um papel que atenda aos interesses dos que exercem o poder real. Caso se desviem deste caminho, podem perder o acesso ao poder. Assim, coloca Maquiavel (2010, p. 99) que “os Estados bem organizados e os príncipes sábios estudam com interesse a maneira de poupar os aborrecimentos aos grandes, e como a agradar o povo e mantê-lo satisfeito”.

Ressalta-se que o poder é entendido por alguns como pertencente a determinada classe em determinado momento, outros defendem que o poder é algo que não pode ser especificamente apropriado. No campo da sociologia, por exemplo, enquanto Max Weber assume o ponto de vista de que as classes sociais não detêm o poder, mas são consequência da distribuição de poder (FERNANDES, 2016), Karl Marx defende que a classe social dominante detém o poder. Entretanto, para Marx, este poder está diretamente relacionado às relações de produção – já que historicamente os dominantes e dominados estiveram vinculados pelas questões econômicas (TINEU, 2017, p. 92). Mas o poder não se restringe às relações de produção, tendo em vista que à medida que

[...] o modo de produção da vida social condiciona, em maior ou menor grau, os seus demais aspectos culturais e ideológicos, o poder da classe economicamente dominante acaba repercutindo, também, nessas outras esferas das relações entre homens (COELHO, 2005, p. 65).

³ Aqui a ideia de “príncipe” se distancia da visão comum de monarca. Príncipe, no contexto da obra de Maquiavel “é todo aquele que conquistou, de alguma forma, autoridade legítima sobre outros seres humanos” (NIVALDO JUNIOR, 2010, p. 149).

Ressalta-se que quando se trata dos aspectos ideológicos, deve-se relacionar ao conceito de *ideologia*. Assim, distancia-se do entendimento comum de que ideologia é um sinônimo de ideal. Para Marilena Chauí (2008, p. 61), inspirada nos escritos de Marx, ideologia é um processo em que “as ideias tendem a ser uma representação invertida do processo real, colocando como origem ou como causa aquilo que é efeito ou consequência, e vice-versa”. Levando em consideração que a ideologia é uma forma de exercício da dominação de classe, Marilena Chauí (2016, p. 247) entende que

[...] a eficácia da ideologia depende de sua capacidade para produzir um imaginário coletivo em cujo interior os indivíduos possam localizar-se, identificar-se e, pelo autorreconhecimento assim obtido, legitimar involuntariamente a divisão social. [...] Pode-se dizer que uma ideologia é hegemônica quando não precisa mostrar-se, quando não necessita de signos visíveis para se impor, mas flui espontaneamente como verdade igualmente aceita por todos.

O processo de reificação, já tratado, é um processo ideológico, que permeia a estrutura das sociedades e tem conexão direta com o exercício do poder. Caracterizado, assim, o poder do ponto de vista das relações sociais concretas, cabe passar a uma análise do conceito de justiça, o qual apresenta íntima relação com os debates acerca de poder.

Cumprido ressaltar que a análise acerca do conceito de justiça que segue afasta o reducionismo kelseniano⁴ no que tange à busca de uma teoria pura do direito, onde este conceito não caberia ser discutido no âmbito das ciências jurídicas e sim exclusivamente em estudos filosóficos⁵. Ao passo em que esta perspectiva exclui da apreciação das ciências jurídicas o conceito de justiça como algo distinto e independente do ordenamento jurídico, Eduardo Bittar e Guilherme de Almeida expõe:

[...] contrariando frontalmente o raciocínio positivista, é de se admitir que entre as tarefas do jurista se encontra propriamente esta, a de discutir o valor da justiça. Neste caminho o importante não é nem mesmo a solução que se

⁴ Hans Kelsen foi um jurista e filósofo austríaco que escreveu durante o século XX, sendo um dos principais expoentes do positivismo jurídico, doutrina que relaciona o Direito àquilo que está positivado, normatizado.

⁵ Ressalta-se que a filosofia jurídica tem uma importância basilar quando se trata de construção de uma análise crítica dentro das ciências jurídicas. Eduardo Bittar e Guilherme Almeida colocam que “as ciências jurídicas partem da norma para seus resultados aplicativos e/ou consequências; a especulação filosófica volve da norma a seus princípios, a suas causas, a sua utilidade social, a sua necessidade, a suas deficiências” (BITTAR e ALMEIDA, 2001, p. 43).

possa encontrar para o dilema, mas a aquisição de consciência acerca de sua dimensão (BITTAR; ALMEIDA, 2001, p. 431).

Situa-se, em princípio, que a ideia de justiça é um dever-ser. Ou seja, pretende identificar o caminho justo que se deve tomar para se alcançar uma justiça plena. Nesse sentido, Roberto Aguiar entende que “a justiça é o dever-ser da ordem para os dirigentes, o dever-ser da esperança para os oprimidos. Podendo também ser o dever-ser da forma para o conhecimento oficial, enquanto é o dever-ser da contestação para o saber crítico” (AGUIAR, 1993, p. 15). Assim, percebe-se que a justiça para alguns pode representar a injustiça para outros.

O dever-ser assume características distintas em relação à classe social, momento histórico, direcionamentos políticos, etc. Percebe-se, destarte, que justiça é um conceito permeável, descrito amplamente de acordo com cada momento histórico e suas implicações conjunturais. Houve períodos em que “justa era a vontade dos deuses e justo era obedecê-la” (AGUIAR, 1993, p. 28). Com o surgimento do Direito burguês, após as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, o conceito de justiça tomou uma forma em que “justiça é potencializar a liberdade individual, proteger a propriedade e policiar e concorrência entre os homens” (AGUIAR, 1993, p. 41).

Filosoficamente, o conceito de justiça passou por diversas modificações ao longo do tempo, sendo ressignificado, retomado ou negado por pensadores desde a antiguidade clássica até a contemporaneidade. Por ser um conceito permeável e fortemente propenso a interferências da ordem política, social e econômica, suas interpretações e desdobramentos tiveram representações diversas ao longo da história. Entretanto, deve-se frisar que as elaborações teóricas posteriores não constituíram meio de eliminação ou diminuição das antes realizadas.

Aristóteles cunhou o conceito de justiça total como a “virtude de observância da lei, no respeito àquilo que é legítimo e que vige para o bem da comunidade” (cf. BITTAR; ALMEIDA, 2001, p. 89). Nessa concepção, o indivíduo que eventualmente contrariasse as leis estaria contrariando também todos os outros indivíduos beneficiados por elas, atuando com comportamentos pouco ou nada virtuosos. Nesse sentido, para o filósofo, “justiça e legalidade são uma e a mesma coisa, nesta acepção do termo” (cf. BITTAR; ALMEIDA, 2001, p. 91).

São Tomás de Aquino entendia a justiça como “um hábito, portanto, uma prática, que atribui a cada um o seu, à medida que cada um possui uma medida, e que nem todos são materialmente iguais” (cf. BITTAR; ALMEIDA, 2001, p. 197). Num

sentido diverso do pensamento tomista, Hegel admitia que a justiça se efetiva no momento em que, “com base na legislação, os indivíduos agem para a defesa e construção de seus direitos” (cf. BITTAR; ALMEIDA, 2001, p. 280).

A justiça também pode assumir o papel de representação efetiva da solidariedade, equidade, igualdade e liberdade – papel este que se dá no âmbito de uma justiça transformadora. Esta justiça, que pode ser nomeada como *justiça social*, tem em suas bases a teoria de Karl Marx. Ele defendeu que para alcançar uma justiça efetiva seria necessária uma transformação estrutural profunda na sociedade, em que esta passasse a assumir a seguinte bandeira: “De cada um segundo suas capacidades, a cada um segundo suas necessidades” (MARX, 2012, p. 33).

Ante as múltiplas interpretações do conceito de justiça, vê-se que ela se transforma de acordo com quem exerce o poder e com os interesses deste grupo. “Para os dominados a escravidão é má, enquanto ela é justa para os dominantes. Para a justiça transformadora a propriedade privada pode ser injusta, enquanto para a mantenedora ela é um direito inalienável do homem, uma condição de justiça” (AGUIAR, 1993, p. 52).

Na atualidade, são diversas as questões que expressam o binômio justo *versus* injusto. Para alguns o justo tem um caminho, mas para outros ele tem sentido diametralmente oposto. São exemplos os debates acerca da descriminalização das drogas e da legalização do aborto, os quais tem em sua essência os embates entre questões morais e direitos fundamentais – trazendo entendimentos diferentes e geralmente opostos sobre o que é justo. Tais questões trazem à tona a discussão sobre os interesses por trás de cada posicionamento. Nesse sentido, Jean-Jacques Rousseau entende que “falsear a justiça, e implantar o governo da injustiça, é dar espaço para o crescimento, ou para o florescimento proliferado, de vontades particulares, de interesses egoísticos em meio à maioria” (cf. BITTAR; ALMEIDA, 2001, p. 242).

É essencial compreender que não existe imparcialidade quanto à visão que se tem de justiça. “Não há justiça que paire acima dos conflitos, só há justiça comprometida com os conflitos, ou no sentido de manutenção ou no sentido de transformação” (AGUIAR, 1993, p. 15). A ideia de neutralidade abre um flanco para a instrumentalização do que se entende por justiça. Isso porque os que a entendem como conceito neutro se retiram do debate e não se ocupam de entender seu vínculo

com o restante das relações sociais. Assim, também não observam se a ideia de justiça passa a ser instrumento de legitimação da dominação.

Em se tratando de visões de justiça já compreendidas como parciais, que permite que falemos não apenas em justiça, mas em *justiças*, cabe asseverar que “a justiça funciona, enquanto valor que norteia a construção histórico-dialética dos direitos, como fim e como fundamento para expectativas sociais em torno do Direito” (BITTAR; ALMEIDA, 2001, p. 431). Assim, os detentores do poder perseguem um direito que tem como justo o que lhes favorece em detrimento dos que são dominados. Este direito é, evidentemente, um instrumento que lhes permite manter o poder e aumentar seus benefícios. Nesse sentido, Roberto Aguiar coloca que

[...] a justiça dos detentores do poder opressor nada mais é que a expressão ideológica de um pensamento conservador, entendido como pensamento que pretende a conservação do *status quo* pelo período mais amplo possível, uma vez que essa ordem implantada serve a um conjunto de interesses que são expressão de um viver e produzir concretos (AGUIAR, 1993, p. 22).

Em se tratando da visão de justiça imposta nos termos do dominador, cumpre trazer à tona uma fala da personagem Trisímaco na obra *A República*, de Platão:

[...] a justiça é, na realidade, um bem alheio, o interesse do mais forte e daquele que governa e a desvantagem daquele que obedece e serve; que a injustiça é o oposto e comanda os simples de espírito e os justos; que os indivíduos trabalham para o interesse do mais forte e fazem a sua felicidade servindo-o, mas de nenhuma maneira a deles mesmos (PLATÃO, 1997, p. 26).

Não é incomum que a ideia de justiça dominante coloque como justa a mera aplicação do direito positivado. Bobbio, tratando do positivismo jurídico, esclarece que “a doutrina pura do Direito se limita a afirmar que as leis são válidas independentemente do fato serem justas ou injustas” (BOBBIO, 2008, p. 30). Entretanto, cabe ressaltar que esse posicionamento ignora que o direito possui características que constituem diferenciações entre os sujeitos de direito.

O senso comum entende a norma contemporânea como expressão de uma igualdade plena, onde a aplicação da norma representaria o último estágio da ideia de que todos são iguais perante a lei. Entretanto, essa lógica de raciocínio, além de ideológica, presume que as normas legais alcançaram um patamar de plenitude em que não necessitam mais de quaisquer alterações frente à noção de justiça. No próximo capítulo, procura-se desenvolver uma base para a discussão desse argumento ao se debater a noção de Poder Pré-Estrutural.

3 TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS E PODER PRÉ-ESTRUTURAL

O poder real sempre foi exercido por classes diferentes em momentos diferentes da história. E conseqüentemente, o poder formal também assumiu novas roupagens e se estruturou com fins diferentes a depender do direcionamento oriundo do poder real. O poder faz a estrutura social, e não o contrário.

Assim, não se pode negar que há uma expressão de poder presente em todos os grupos antagônicos que desejam modificar ou extinguir determinada estrutura social, independentemente deste poder assumir o caráter ideológico dominante ou de apresentar capacidade de domínio. Entenda-se por *grupo antagônico* todos os coletivos humanos que, dentro ou fora de uma mesma classe, realizam embates em busca de ampliar seu poder dentro da estrutura já constituída ou de alcançar o poder real ainda fora de seu domínio.

Este poder exercido por cada um desses grupos antagônicos deve ser organizado e pautado com objetivos explícitos, ainda que ideológicos, podendo eventualmente ser teorizado. Sua existência não depende do exercício do poder real ou do poder formal, mas apenas coexistindo com o poder real pode ocasionar transformações estruturais efetivas. A este poder chamaremos de *Poder Pré-Estrutural*.

Não se deve confundir o conceito de Poder Pré- Estrutural com o conceito de Poder Estrutural, cunhado por Susan Strange, que pode ser entendido como “o poder de determinar as estruturas da economia política global dentro da qual os demais Estados, suas instituições, suas empresas e até seus cientistas e profissionais deverão operar” (ALENCAR; NUNES, 2018, p. 129).

O Poder Pré-Estrutural pode ser dividido em transformador ou conservador. Este caráter conservador advém do fato de que o exercício do poder real aliado ao poder formal direciona-se para manter a dominância dos grupos antagônicos que já a detém. É importante ter em mente que as mudanças operadas pelo poder formal vigente não são transformadoras, levando-se em conta que apenas objetivam a manutenção do *status quo* se baseando em construções ideológicas.

Cumprasseverar que o Poder Pré-Estrutural não está necessariamente aliado a um ideário específico, de esquerda ou de direita, democrático ou autoritário. Ademais, percebe-se que a transformação objetivada pelos grupos antagônicos que exercem este poder deve necessariamente abordar a superestrutura, podendo ou não

abarcam transformações infraestruturais. Isso porque transformações infraestruturais invariavelmente influiriam também na superestrutura. Para o marxismo, a estrutura tem em sua composição

[...] a infraestrutura ou base econômica («unidade» das forças produtivas e das relações de produção), e a superestrutura, que comporta em si mesma dois «níveis» ou «instâncias»: o jurídico-político (o direito e o Estado) e a ideologia (as diferentes ideologias, religiosas, moral, jurídica, política, etc.) (ALTHUSSER, 1980, p. 25).

Nessa lógica, Marx preleciona:

Na produção social da própria existência, os homens entram em relações determinadas, necessárias, independentes da sua vontade; essas relações de produção correspondem a um grau determinado de desenvolvimento de suas forças produtivas materiais. A totalidade dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo da vida social, política e intelectual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; ao contrário, é o ser social que determina sua consciência (MARX, 2008, p. 47).

Veja-se, assim, que os grupos antagônicos que exercem o Poder Pré-Estrutural podem operar objetivando reformas superestruturais que visem a manutenção da infraestrutura vigente, exercendo o Poder Pré-Estrutural conservador, ou indo de encontro aos interesses da classe que exerce o poder real, num caráter efetivamente revolucionário, exercendo o Poder Pré-Estrutural transformador. Quando um dos grupos antagônicos que exerce o Poder Pré-Estrutural e não tem acesso ao poder real passa a exercer também este poder, delimita-se uma situação de ruptura.

É essencial frisar que a mera alternância de poder sem que exista objetivamente uma intenção de alterações estruturais não se dá com o exercício do Poder Pré-Estrutural. Observe-se, por exemplo, a alternância de poder entre burguesia internacional e burguesia nacional que, apesar de terem interesses muito semelhantes, apresentam conflitos. Grupos antagônicos diferentes podem se alternar no exercício do poder real sem desejarem alterações estruturais. Assim, evidencia-se que, para um grupo antagônico exercer o Poder Pré-Estrutural conservador, necessita objetivar alterações superestruturais.

Não se deve fazer um julgamento moral do que representa o exercício do Poder Pré-Estrutural, tendo em vista que sua existência é dinâmica, diversa e operou todas

as transformações ou mudanças sociais de fundo estrutural já ocorridas. Os grupos antagônicos que contribuíram ou efetivamente atuaram para a implantação do nazismo na Alemanha exerciam o Poder Pré-Estrutural conservador, tendo em vista que se alterou drasticamente a superestrutura sem que ocorressem transformações infraestruturais. A burguesia emergente, ainda mercantil no século XV, exercia o Poder Pré-Estrutural transformador buscando alcançar o poder real, fator que desembocou nas revoluções burguesas que trouxeram tanto transformações superestruturais quanto infraestruturais.

Perceba-se que o Poder Pré-Estrutural não é exercido por um único grupo antagônico e nem dentro de uma única classe em cada momento histórico, e sim por diversos grupos antagônicos dentro da classe dominante e dentro da classe dominada. Isso se dá porque não é possível que se faça uma previsão sobre se algum desses grupos antagônicos vai ampliar ou alcançar o poder real e qual deles seria. Assim, em uma sociedade em que existem grupos antagônicos com direcionamentos socialistas, monarquistas, anarquistas, neonazistas ou outros, todos exercem o Poder Pré-Estrutural, transformador ou conservador, dentro de suas possibilidades organizativas, idealmente ou ideologicamente.

Um exemplo claro da imprevisibilidade de ampliação ou alcance do poder real pelos grupos antagônicos que exercem o Poder Pré-Estrutural é a Revolução Russa, também chamada de Revolução de Outubro. Com ela, “a história do século XX encaminhou-se por uma via completamente distinta e alterou de forma radical o prognóstico marxista original de que a transformação socialista se iniciaria pelos países centrais” (PAULINO, 2010, p. 47).

As disputas de poder presentes nas sociedades são descritas por Pierre Bourdieu como representações das relações existentes em um *campo de poder*. Este teria sua estrutura baseada nas relações de poder, as quais, por sua vez, se direcionam a “uma oposição de forças, distribuídas entre posições dominantes e posições dominadas, segundo o capital simbólico, econômico e cultural dos agentes e instituições” (LIMA, 2010, p. 16). Neste sentido, os agentes detentores de capital estariam perseguindo constantemente o domínio do campo – seja pela manutenção do poder que já exercem, seja pela busca de suplantar o poder dominante. Neste sentido, Bourdieu coloca:

Aqueles que, dentro de um estado determinado das relação de forças, monopolizam (de maneira mais ou menos completa) o capital específico, que é o fundamento do poder ou da autoridade específica característica de um campo, se inclinam para estratégias de conservação – as que, dentro dos campos de produção de bens culturais tendem a defender a ortodoxia -, enquanto os que dispõem de menos capital (que geralmente também são recém chegados, dizendo, de maneira geral, os mais jovens) se inclinam a utilizar estratégias de subversão (BOURDIEU, 2002, p. 121, tradução nossa).

Buscando aprofundar a teoria clássica de Marx, Bourdieu utiliza “o conceito de capital na análise social para referir-se não apenas à sua forma econômica, mas também à sua forma cultural e social” (BONAMINO et al., 2010, p. 488). Veja-se que, para Marx o capital é “a propriedade que explora o trabalho assalariado e que só pode aumentar sob a condição de gerar novo trabalho assalariado, para voltar a explorá-lo” (MARX; ENGELS, 2005, p. 52). Veja-se que tanto o marxismo clássico quanto as elaborações teóricas de Bourdieu observam a dominação como algo oriundo da classe dominante. Entretanto, a visão de como o poder opera dentro da estrutura se constituiu como uma divergência. Nesse sentido:

Marx compreendia o mundo social por meio da relação entre a exploração e a própria produção, na qual as classes sociais estariam hierarquizadas pela sua posição na estrutura produtiva; já para Bourdieu, a posse de capital (econômico, social, cultural e simbólico) é que assinalaria a posição do sujeito na estrutura. (CARDOZO, 2012, p. 202).

Assim, para o marxismo, “é o estado econômico de um povo que determina seu estado social, e o estado social de um povo determina, por sua vez, seu estado político, religioso e assim sucessivamente” (PLEKHANOV, 2008, p. 45). Assim, o poder real num viés analítico marxista estaria relacionado em última instância às questões econômicas, as quais representam a infraestrutura. Ademar Bogo (2010, p. 163) coloca que “o poder, antes de estar com as pessoas, está nas forças produtivas e improdutivas da sociedade e se sustenta pela propriedade privada, ou seja, pelo capital”.

Apesar de considerar em princípio a atuação de grupos antagônicos dentro da classe dominante e da classe dominada, numa perspectiva marxista clássica, o Poder Pré-Estrutural também pode ser visto como algo em exercício dentro dos campos de poder de Bourdieu, já que os detentores dos diferentes tipos de capital analisados pelo sociólogo podem representar grupos antagônicos com objetivos de alteração da estrutura social. Entretanto, cabe ressaltar que o exercício do Poder Pré-Estrutural vai

além dos limites dos campos de poder boudieusianos, tendo em vista que não considera a necessidade de detenção de algum capital para que seja considerado efetivo.

Em se tratando das transformações sociais que tomam lugar em diversos pontos da história do mundo, salienta-se que geralmente vêm acompanhadas de transformações jurídicas, dando nova essência ao fenômeno jurídico. Por isso, este fenômeno pode ser considerado relativamente instável historicamente e depende de qual grupo antagônico encontra-se no exercício efetivo do poder formal. Roberto Aguiar (1990, p. 19) entende que

O fenômeno jurídico, se considerado em seus primórdios, está profundamente entrelaçado com a moral e a religião, em suma, com os costumes de uma dada sociedade. Tanto isso é verdade que, para a doutrina, o costume ainda se põe como fonte primordial do direito.

As alterações do fenômeno jurídico demonstram-se intrinsecamente relacionadas às alterações no poder, tendo em vista que o direito é parte do poder formal e “o poder é uma relação entre os homens, uma relação temporal, mutável e sensível que pode ser rompida a qualquer momento” (AGUIAR, 1990, p. 51). Quando um dos grupos antagônicos que exerce o Poder Pré-Estrutural transformador alcança o poder real, o poder formal não é capaz por si só de manter as estruturas vigentes e acaba sendo suplantado. No contexto do conflito entre o poder formal e o poder real, Roberto Aguiar afirma que há “sempre um só vencedor: o poder real” (AGUIAR, 1990, p. 58).

As alterações estruturais substanciais já ocorridas advêm do fato de que “o Estado se acha constantemente submetido a um processo dialético, reflexo das tensões dinâmicas que compõe a realidade social” (DALLARI, 1995, p. 119). Estas tensões estão relacionadas ao conflito de interesses entre as classes que compõe a referida realidade social, sendo que os que dominam assumem diferentes características organizativas que afetam dominados em determinados aspectos. Lenin entendia que “o Estado é o produto e a manifestação do antagonismo inconciliável de classes” (LENIN, 2007, p. 25). Nesse sentido:

Como o Estado nasceu da necessidade de refrear os antagonismos de classes, no próprio conflito dessas classes, resulta, em princípio, que o Estado é sempre o Estado da classe mais poderosa, da classe economicamente dominante que, também graças a ele, se torna a classe

politicamente dominante e adquire, assim, novos meios de oprimir e explorar a classe dominada (LENIN, 2007, p. 30).

A conquista do poder real sempre foi o objetivo das classes ascendentes. Rosa Luxemburgo (2010, p. 98) explica que isso pode ser constatado

[...] nas longas lutas do campesinato contra os financistas e contra a nobreza, na Roma antiga, nas lutas do patriciado contra o alto clero e nas do artesanato contra os patrícios nas cidades medievais, assim como nas da burguesia contra o feudalismo, nos tempos modernos.

O Estado Antigo, por exemplo, “sempre aparece como uma unidade geral, não admitindo qualquer divisão interior, nem territorial, nem de funções” (DALLARI, 1995, p. 53). Assim, o poder centralizado ocasionava descontentamento de grupos antagônicos que o almejavam. No Estado Grego, expressão importante das bases do que hoje entendemos como pensamento democrático, um setor específico da sociedade, formado pelos que eram considerados cidadãos, participava da vida política de forma efetiva. Assim como no Estado Grego, “também no Estado Romano, durante muitos séculos, o povo participava diretamente do governo, mas a noção de povo era muito restrita” (DALLARI, 1995, p. 55).

As alterações de estrutura ocorreram no sentido de atender aos interesses do grupo antagônico que, exercendo o Poder Pré-Estrutural, ampliou ou alcançou o poder real. Um exemplo importante dessas alterações é o fato de que “na antiguidade os ofícios e o comércio urbanos eram pouco valorizados, ao contrário da agricultura; na Idade Média a situação se inverteu” (MARX, 1975, p. 72). Essa transformação foi essencial para que ocorresse a emergência da burguesia e o advento da riqueza monetária, a qual “ajudara a acelerar e a dissolver as antigas relações de produção” (MARX, 1975, p. 104).

O Estado Medieval, por sua vez, foi atingido por uma série de conflitos que abriram caminho para que o Poder Pré-Estrutural transformador exercido pela burguesia alcançasse o poder real. Diversos foram os fatores que levaram a isso, tais como

[...] em primeiro lugar, uma infinita multiplicidade de centros de poder, como os reinos, os senhorios, as comunas, as organizações religiosas, as corporações de ofícios, todos ciosos de sua autoridade e de sua independência, jamais se submetendo, de fato, à autoridade do Imperador; em segundo lugar, o próprio Imperador recusando submeter-se à autoridade da Igreja (DALLARI, 1995, p. 57).

Nesse contexto, uma das atitudes centrais que a burguesia adotou em suas revoluções, tendo como maior expoente a Revolução Francesa, foi atacar a Igreja. Tocqueville explana que “mesmo quando o entusiasmo pela liberdade havia se desvanecido, depois que as pessoas se reduziram a comprar a tranquilidade à custa da servidão, continuavam revoltadas com a autoridade religiosa” (TOCQUEVILLE, 2009, p. 8). No sentido de assumir o poder real e alterar substancialmente o poder formal

[...] a Revolução Francesa teve de atacar simultaneamente todos os poderes estabelecidos, demolir todas as influências reconhecidas, apagar as tradições, renovar os costumes e os usos e, por assim dizer, esvaziar o espírito humano de todas as ideias nas quais se haviam fundamentado até então o respeito e a obediência (TOCQUEVILLE, 2009, p. 11).

O Poder Pré-Estrutural pode objetivar as alterações estruturais utilizando-se de reformas ou transformações do aparelho de Estado, que na teoria marxista “compreende: o Governo, a Administração, o Exército, a Polícia, os Tribunais, as Prisões, etc.” (ALTHUSSER, 1980, p. 43). Entretanto, existe a possibilidade de o Poder Pré-Estrutural visar as mudanças estruturais com a manutenção total ou parcial do aparelho de Estado. Sobre a manutenção do aparelho de Estado, Althusser (1980, p. 37) defende:

Sabemos que o aparelho de Estado pode permanecer intacto, como o provam as «revoluções» burguesas do século XIX em França (1830, 1848) ou os golpes de Estado (o Dois de Dezembro, Maio de 1958) ou as quedas do Estado (queda do Império em 1870, queda da 3ª República em 1940), ou a ascensão política da pequena burguesia (1890-95 em França), etc., sem que o aparelho de Estado seja afectado ou modificado por este facto: pode permanecer intacto apesar dos acontecimentos políticos que afectam a detenção do poder de Estado. Mesmo após uma revolução social como a de 1917, uma grande parte do aparelho de Estado permaneceu intacta após a tomada do poder de Estado pela aliança do proletariado e dos camponeses pobres: Lenine não se cansou de o repetir.

A fim de exemplificar o fato de que os grupos antagônicos que exercem o Poder Pré-Estrutural não necessariamente desejam realizar transformações em todos os âmbitos da sociedade, pode-se trazer à tona que a centralização administrativa assumida pela Revolução Francesa é oriunda do Antigo Regime, sendo esta “a única parte da constituição política do Antigo Regime que sobreviveu à Revolução, porque

era a única que podia adaptar-se ao novo estado social que essa Revolução criou” (TOCQUEVILLE, 2009, p. 40). Nesse sentido, Marx (2011, p. 54) expressa que

O poder estatal centralizado, com seus órgãos onipresentes, com seu exército, polícia, burocracia, clero e magistratura permanentes – órgãos traçados segundo um plano de divisão sistemática e hierárquica do trabalho –, tem sua origem nos tempos da monarquia absoluta e serviu à nascente sociedade da classe média como uma arma poderosa em sua luta contra o feudalismo.

Exemplos relevantes do exercício do Poder Pré-Estrutural estão também na Revolução Russa, onde o proletariado exerceu o Poder Pré-Estrutural transformador, e na ascensão do nazifascismo, onde foi exercido o Poder Pré-Estrutural conservador. Vejam-se que ambas as situações apresentadas aconteceram em contextos de Guerra. Entretanto é essencial compreender que transformações podem acontecer em guerras, mas guerras não geram transformações necessariamente. Hobsbawm (1995, p. 61) argumenta que “a guerra sozinha não conduz necessariamente à crise, colapso e revolução nos países beligerantes”.

Ao tratar das transformações sociais ocorridas na Rússia, Hobsbawm (1995, p. 66) coloca que esta nação, “madura para a revolução social, cansada de guerra e à beira da derrota, foi o primeiro dos regimes da Europa Central e Oriental a ruir sob as pressões e tensões da Primeira Guerra Mundial”. Na Revolução Russa, o foco do grupo antagônico que exercia o poder Pré-Estrutural, que naquela conjuntura representava toda uma classe dominada, era a transformação infraestrutural da sociedade – o que efetivamente ocorreu com a implementação de uma economia planificada.

Apesar de triunfar em princípio, a Revolução Russa não pôde manter suas vitórias por muito tempo. A União das Repúblicas Socialistas Soviéticas passou por diversas crises, até que, já em 1985, “Gorbachev lançou sua campanha para transformar o socialismo soviético com os slogans *perestroika*, ou reestruturação (da estrutura econômica e política), e *glasnost*, ou liberdade de informação” (HOBBSAWM, 1995, p. 465). A abertura econômica trazida pela *perestroika* permitiu que se abrissem caminhos para que grupos antagônicos agissem no sentido de eliminar a economia planificada e transformar novamente a infraestrutural.

Quanto à ascensão do nazifascismo, é importante perceber que não se deu de forma abrupta, com um processo revolucionário. Também não objetivou

transformações infraestruturais, e sim superestruturais, alterando drasticamente a legislação dos países originários destes movimentos e também dos países dominados. O exercício do Poder Pré-Estrutural dos grupos antagônicos liderados pelo totalitarismo de Hitler e de Mussolini ocasionou a ruína do sistema jurídico de diversos países. Nesse sentido Hobsbawm (1995, p. 115) externa:

Em 1918-20, assembleias legislativas foram dissolvidas ou se tornaram ineficazes em dois Estados europeus, na década de 1920 em seis, na de 1930 em nove, enquanto a ocupação alemã destruía o poder constitucional em outros cinco durante a Segunda Guerra Mundial.

No contexto das transformações buscadas pelos grupos antagônicos que exercem o Poder Pré-Estrutural, cabe externar que o entendimento de justo ou injusto está diretamente relacionado a quem exerce cada poder e a quais são os objetivos transformadores ou conservadores existentes. Assim, numa sociedade em que o exercício do poder real estivesse legitimado por uma estrutura ideológica consistente, em que os dominantes são beneficiados e os dominados não se colocam contra os meios utilizados para dominação,

[...] seria injustiça desobedecer a um poder estável e legitimado e justiça obedecê-lo, enquanto em uma situação de transição, a pecha de injusto recairia sobre o poder vigente, que não mais estava obedecendo a essa ordem transumana (AGUIAR, 1993, p. 27).

Destarte, a legitimação da dominação de uma classe sobre outra, ou de um grupo antagônico sobre todos os outros, tem relação intrínseca com a ideia de que a sociedade está estruturada de maneira justa ante a visão comum. O justo ideológico permite que, mesmo que o descontentamento esteja presente nos dominados, não se realize uma ponte entre este descontentamento e a estrutura social – o que enfraquece o exercício do Poder Pré-Estrutural pelos grupos antagônicos submetidos à ideologia dominante. Nesse contexto, o direito assume um importante papel como representação máxima de concretização da justiça.

4 JUSTIÇA, DIREITO E SOCIEDADE

Estabelecidas as relações entre a construção social da noção de justiça e os mecanismos daquilo que se denominou Poder Pré-Estrutural, cabe discutir as representações da justiça e do direito frente às relações sociais. Justiça e direito representam conceitos que, no senso comum, indicam uma mesma ideia. É comum a utilização do conceito de justiça para tratar do direito e do conceito de direito como símbolo essencial de justiça. Nesse sentido, “a justiça, se considerada como algo imanente ao direito, instala um modo circular de justificação, em que algo se apresenta como justo porque conteúdo de um ordenamento jurídico que em si mesmo é justo” (KOZICKI, 2004, p. 150). Entretanto, nem sempre o direito implica em efetivação da justiça e nem sempre o que é justo é contemplado pelo direito. Sérgio Cavalieri Filho (2002, p. 58) explica essa relação:

[...] a ideia de Justiça engloba valores inerentes ao ser humano, transcendentais, tais como a liberdade, igualdade, fraternidade, dignidade, equidade, honestidade, moralidade, segurança, enfim, tudo aquilo que vem sendo chamado de direito natural desde a antiguidade. O Direito, por seu turno, é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural concebido como técnica para a pacificação social e a realização da justiça. Em suma, enquanto a Justiça é um sistema aberto de valores, em constante mutação, o Direito é um conjunto de princípios e regras destinado a realizá-la.

É essencial notar que a lei por si só não é capaz de trazer à tona uma justiça efetiva. Numa sociedade em que existem classes sociais diversas, onde se constitui uma relação de dominação, a lei será produzida pelas instituições controladas pela classe dominante. Ainda que eventualmente a produção normativa permita a existência de leis que favoreçam os dominados, esta situação apenas se dará num contexto em que não se vislumbre o fortalecimento do Poder Pré-Estrutural exercido por grupos antagônicos dominados. Nessa lógica, pode-se concluir que

A lei não efetiva a justiça, e tampouco uma suposta universalidade de seus princípios a todos os indivíduos, mas sim a garantia da reprodução das relações de poder econômico, político e ideológico, em suma, a reprodução das relações de produção (MOTTA, 2019, p. 1128).

Ante o exposto, nota-se que a ideia de justiça não pode ser considerada como intrínseca ao ordenamento jurídico. “Ao contrário, a justiça é algo que transcende o ordenamento, é algo que está além do sistema e que a ele não pode ser reduzido”

(KOZICKI, 2004, p. 158). Ter em mente que o direito pode diferir do que é justo, tanto enquanto norma quanto enquanto formulação, aplicação e consequência, é fundamental para que a busca por uma justiça efetiva possa ter influência transformadora no mundo jurídico – nesse capítulo direcionando o conceito de justiça a justiça social.

Quando se trata da definição de uma sociedade justa, a própria Constituição brasileira pode nos trazer uma ideia. De seus princípios fundamentais aos direitos e garantias fundamentais, centralmente no que tange aos objetivos fundamentais presentes em seu art. 3º, aos direitos e deveres individuais e coletivos do artigo 5º e os direitos sociais expostos no artigo 6º (BRASIL, 1988). Uma sociedade livre, justa, solidária, sem preconceitos, com a pobreza erradicada, onde todos são iguais perante a lei e a dignidade da pessoa humana é aspecto básico de sua dinâmica social. Não é difícil perceber que esta sociedade ainda não existe.

Acontece que as sociedades constituídas sobre o jugo da dominação invariavelmente irão favorecer o grupo antagônico ou classe social no exercício do poder real. Não são todos os integrantes de uma sociedade que tem seus direitos garantidos. John Rawls (1992, p. 37) destaca que

Desde os gregos, na filosofia como no direito, o conceito de pessoa foi entendido como o conceito de alguém que pode participar da vida social, ou nela desempenhar um papel, e que portanto pode exercer e respeitar os vários direitos e deveres a ela inerentes.

Rousseau entendia que “a igualdade de direito e a noção de justiça que aquela produz derivam da preferência que cada qual se atribui” (ROSSEAU, 1996, p. 40). Assim, as próprias ideias de igualdade e de justiça, tal qual as ideias de liberdade ou dignidade, podem assumir significados diferentes na concretude das relações jurídicas como parte das relações sociais. Cabe notar que a concretização das relações jurídicas abarca a aplicação da norma e a ideia de justiça do julgador.

Destarte, a aplicação da norma pode ser injusta ou se amoldar num sentido de alcançar a justiça, ainda que a própria norma por sua essência dificulte esse processo. Entretanto, é essencial frisar que o juiz tem responsabilidade pela forma com que aplica a norma. Nesse contexto, Kozicki (2004, p. 159) expõe que “uma das maneiras de se negar a responsabilidade do juiz, ou negar a possibilidade de transformação do direito e da própria política, é através da identificação do direito com a justiça”.

É imperativo perceber que existe a “possibilidade de cometimento de injustiça não apenas quando estamos diante de uma aplicação inconsistente de normas, mas também quando selecionamos a norma inadequada ao caso” (CUNHA, 2013, p. 13). Levando em consideração a responsabilidade do julgador na aplicação da norma, ressalta-se que

A responsabilidade do juiz se dirige não a uma “correta” leitura da norma (uma vez que é impossível a avaliação do que venha a ser essa correta leitura da norma) e também não ao simples levantamento/descoberta da norma no sistema: a sua responsabilidade diz respeito a uma valoração da norma que pode afastar a sua aplicação, em prol de outra norma que possa ser encontrada no ordenamento, caso a primeira norma referida não esteja adequada à justiça que se quer realizar no caso concreto (KOZICKI, 2004, p. 159).

Observando o julgador como representante de uma instituição jurídica que representa essencialmente os interesses de uma classe dominante que se favorece com a junção dos conceitos de justiça e direito enquanto norma e aplicação, cabe expor que “na perspectiva da legislação e da justiça, o direito é tratado de modo normativo; e na perspectiva da manutenção do poder, ele é tratado de modo instrumental” (HABERMAS, 1997, v. II, p. 269). Assim, a identificação superficial do direito com a justiça constitui uma forma de instrumentalização do direito a serviço do poder real, favorecendo e fortalecendo a dominação. Foucault (2008, p. 181), em seus estudos, procurou

[...] fazer sobressair o fato da dominação no seu íntimo e em sua brutalidade e a partir daí mostrar não só como o direito é, de modo geral, o instrumento dessa dominação – o que é consenso – mas também como, até que ponto e sob que forma o direito (e quando digo direito não penso simplesmente na lei, mas no conjunto dos aparelhos, instituições e regulamentos que aplicam o direito) põe em prática, veicula relações que não são relações de soberania e sim de dominação.

Para refrear o fortalecimento das relações de dominação, seria necessário constituir formas jurídicas que se aliassem à concretização de uma justiça social. Entretanto, essa justiça deve estar comprometida com as questões sociais inerentes às relações de produção sob a perspectiva do dominado, correndo o risco de se ver como justo apenas o que favorece ou se encaixa nessas relações. Sobre isso, Marx (1986, p. 256) constrói a crítica sobre a ideia de justiça enquanto conceito isolado desse comprometimento:

A justiça das transações que se efetuam entre os agentes da produção baseia-se na circunstância de se originarem das relações de produção como consequência natural. As formas jurídicas em que essas transações econômicas aparecem como atos de vontade dos participantes, como expressões de sua vontade comum e como contratos cuja execução pode ser imposta à parte individual por meio do Estado não podem, como simples formas, determinar esse conteúdo. Elas apenas o expressam. Esse conteúdo será justo contanto que corresponda ao modo de produção, que lhe seja adequado. E injusto, assim que o contradisser.

No que tange à busca por uma sociedade considerada justa, onde a justiça social se daria de forma plena com uma distribuição adequada de riquezas, Marx questiona em sua Crítica do Programa de Gotha o que poderia ser considerada uma distribuição justa dos frutos do trabalho. Vislumbra que a classe dominante no capitalismo, a burguesia, entende a atual distribuição como sendo justa, questionando ainda se “as relações econômicas são reguladas por conceitos jurídicos ou, ao contrário, são as relações jurídicas que derivam das relações econômicas?” (MARX, 2012, p. 28). Veja-se que, se existe uma relação de dominação onde a infraestrutura está nas mãos de uma classe determinada, a superestrutura, que inclui as relações jurídicas, certamente será influenciada por esta infraestrutura.

A sociedade justa deverá estar apoiada em relações sociais que não coloquem o direito como meio coercitivo, e sim tendo como sustentação de sua auto-estabilização a “força socializadora de uma vida sob instituições justas; tal vida aperfeiçoa e, ao mesmo tempo, estabiliza as disposições dos cidadãos para a justiça” (HABERMAS, 1997, v. I, p. 85). Nesse sentido, os preceitos fundamentais de uma sociedade justa somente podem se dar numa conjuntura em que os direitos e garantias fundamentais sejam prioridade para todos, não sendo possível o exercício desses direitos e garantias exclusivamente por grupos antagônicos específicos. Sobre essa ideia de sociedade justa, Habermas (1997, v. II, p. 159) coloca que

A ideia de uma sociedade justa implica a promessa de emancipação e de dignidade humana. Pois o aspecto distributivo da igualdade de status e de tratamento, garantido pelo direito, resulta do sentido universalista do direito, que deve garantir a liberdade e a integridade de cada um. Por isso, na sua respectiva comunidade jurídica, ninguém é livre enquanto a sua liberdade implicar a opressão do outro.

É essencial que ocorram transformações sociais que permitam a existência de relações jurídicas efetivamente justas – processo que tem como figuras essenciais os operadores do direito. Sérgio Cavalieri Filho (2002, p. 65) aponta: “Lembremo-nos que

o nosso compromisso é com o Direito e a Justiça e não apenas com a lei, e que sem operadores competentes o Direito não passará de uma estrutura formal e a justiça de uma mera utopia”. É possível a construção de uma sociedade mais justa, onde o direito seja categórico representante da justiça social. Mas, para isso, o debate sobre justiça deve ser aprofundado e transpassar o direito, desde as instituições e suas práticas até a ideologia que assenta o direito como instrumento de dominação.

5 A PRODUÇÃO NORMATIVA

Quando se trata do compromisso com o direito e de sua utilização como instrumento de dominação, deve-se trazer à tona o processo de produção das normas na sociedade. Cabe destacar que as normas são produzidas não em consonância, mas baseadas no contexto político, econômico e social de cada sociedade em determinado período histórico. Cada grupo antagônico pode objetivar um ordenamento jurídico totalmente diferente e eventualmente ter as alterações normativas como foco no exercício do Poder Pré-Estrutural. Algumas leis que hoje são vistas como despautérios em algumas sociedades, já foram consideradas corretas nestas mesmas sociedades ou ainda o são em outras. Entenda-se que isso se dá pela transformação sofrida pelo poder real nos mais diversos contextos, modificando os interesses da classe dominante ou modificando a própria classe dominante.

Por conseguinte, as visões sobre como opera o ordenamento jurídico também se alteram dependendo das variáveis mencionadas. Aqui a ideologia aparece como instrumento influenciador de consciência, no qual os próprios afetados por leis excludentes as enxergam como justas. No sentido da reprodução desta ideologia, Montesquieu coloca que “os hábitos de um povo escravo são parte de sua servidão; os de um povo livre, parte de sua liberdade” (MONTESQUIEU, 2010, p. 328). Cabe então avocar a análise de Coelho (2005, p. 3), o qual manifesta que

[...] a nenhum grego, na democracia ateniense da Antiguidade, pareceria lesivo à isonomia o fato de os escravos, as mulheres e os jovens encontrarem-se excluídos das decisões de interesse da Pólis. Também ao servo feudal não era estranho que seus direitos fossem diferentes dos do senhor.

A norma legal produzida passa por um processo de reificação que se inicia em sua formulação e passa a se desenvolver no plano prático quando do início de sua vigência. Pode-se dizer que esse processo cria uma espécie de *fetichização* da norma legal – no sentido em que a reificação faz com que os sujeitos de direito passem a enxergar as relações jurídicas como algo alheio, superior, independente de suas ações e, assim, as normas mascaram a essência do fenômeno jurídico. Para Coelho (2005, p. 12), “a desfetichização da norma jurídica faria com que ela não mais fosse vista como algo acima dos conflitos sociais”.

O método jurídico formal cumpre um papel essencial no processo de reificação e fetichização na norma jurídica, tendo em vista que afasta a análise concreta da

tensão existente entre fato e norma, origem e consequência de diversos conflitos sociais. Deve-se perceber que em uma análise material dos fatos, as relações sociais suplantam a norma de forma genérica, tendo em vista que são fatores de criação, revogação e alteração desta. Nesse contexto, Pachukanis (2017, p. 113) entende que

[...] se nenhum devedor quitasse a dívida, seria preciso reconhecer que a regra correspondente é de fato inexistente, e se nós mesmos assim quiséssemos confirmar a sua existência, teríamos que, de um modo ou de outro, fetichizar essa norma. Múltiplas teorias do direito dedicam-se mesmo a tal fetichização, fundamentando-a com sutilíssimas considerações metodológicas.

Apesar do processo de reificação da norma legal transmitir uma aparente independência absoluta da vontade humana, cumpre asseverar que não existe produção normativa sem a participação desta vontade. Entretanto, é essencial frisar que a vontade humana não é determinante exclusiva de como será a norma jurídica produzida, e sim integra um sistema dialético baseado nas contradições entre a vontade e os limites da vontade (sejam quais forem suas origens). Norberto Bobbio (2008, p. 157) defende que

Para que se possa falar de um ordenamento jurídico, é preciso concebê-lo como um conjunto de normas *produzidas* pela vontade humana; e para que as normas possam ser produzidas é preciso que alguém tenha o *poder* de fazê-lo.

Com ideias contrapostas a este ideário, o qual tem como base o pensamento positivista kelseniano, Pachukanis (2017, p. 111) defende que “o direito, como conjunto de normas, não é mais do que uma abstração sem vida”. Assim, há que se questionar até que ponto a vontade humana é fator determinante na produção normativa e de que grupos antagônicos esta vontade emanaria. Levando em conta a vontade humana e o Estado como mecanismo legislativo, Marx e Engels (2009, p. 112) prelecionam:

Como o Estado é a forma em que os indivíduos de uma classe dominante fazem valer os seus interesses comuns e se condensa toda a sociedade civil de uma época, segue-se que todas as instituições comuns que adquirem uma forma política, são mediadas pelo Estado. Daí a ilusão de que a lei assentaria na vontade e, mais ainda, na vontade dissociada da sua base real, na vontade livre. Do mesmo modo o direito é, por sua vez, reduzido à lei.

Em se tratando das diversas influências que circundam a produção normativa, tais como questões políticas, culturais, morais ou econômicas, há que se compreender o papel fundamental da evolução das forças produtivas nesse processo. Para Coelho (2005, p. 4),

[...] o modo de produção, em que se traduz a evolução do domínio do homem sobre a natureza, e os antagonismos das classes sociais fixam as balizas, em cujo interior se desenvolve o trabalho mental de homens concretos de que resultam as normas jurídicas.

Evidencia-se que a norma por si só não pode ser encarada como representante do direito. Entretanto, assume um papel fundamental no contexto em que a produção normativa encontra um monopólio prático de uma classe dominante e, assim, as normas podem ser direcionadas e trazer em si ideias fechadas ou abertas de acordo com os interesses de sua futura aplicação. Nesse cenário, o processo de reificação pelo qual passa a norma legal exprime um dos atributos mais importantes da instrumentalização do direito: a ideologia. Esse é o fenômeno que se busca evidenciar no próximo capítulo.

6 O DIREITO COMO INSTRUMENTO

O fenômeno da reificação acontece num contexto de aprofundamento ideológico e atinge as mais diversas manifestações humanas, subsistindo nas relações jurídicas como um todo. Ao passo em que as demandas sociais surgem, o ordenamento jurídico deve dar uma resposta. Assim, pode-se afirmar que

O direito é um termômetro das relações sociais em dada sociedade pois, se de um lado ele é um dever-ser, um conjunto normativo ideológico, de outro ele é um fenômeno observável que surge dos conflitos sociais e serve para controlar esses mesmos conflitos (AGUIAR, 1993, p. 115).

Concretamente, o direito enquanto fenômeno social constitui um dos meios de expressão de um poder “destinado a seres concretos, tendo em vista objetivos rigorosamente orientados” (AGUIAR, 1990, p. 33). No exercício do poder real ou ainda do Poder Pré-Estrutural esses objetivos estão definidos, mas podem se alterar de acordo com os interesses do grupo antagônico que os assentou. Nesse sentido, o direito pode ser entendido como um instrumento para implementação de uma ordem e, ao mesmo tempo, para controle de sua própria aplicação.

Essa faceta instrumental do direito não pode ser encarada como algo neutro, tendo em vista, como já expressado na discussão sobre o conceito de justiça, que a neutralidade total é impossível e contar com sua existência é imprudente. Assim, “o mito da neutralidade do direito deve ser derrubado. Não existe direito neutro. Todo direito é comprometido. Todo direito é resultado de um poder e de uma forma de se relacionar com a natureza e transformá-la” (AGUIAR, 1990, p. 67).

Esse comprometimento, para o marxismo, demonstra que “o Direito não é nem instrumento para a realização da justiça, nem a emanção da vontade do povo, nem a mera vontade do legislador, mas uma superestrutura ideológica a serviço das classes dominantes” (BITTAR; ALMEIDA, 2001, p. 311). No mesmo sentido, o entendimento marxista é de que “a ordem instaurada pela regra jurídica é causa de manutenção das distorções político-econômicas” (BITTAR; ALMEIDA, 2001, p. 311). Tais distorções, as quais são geradoras de desigualdades, são concomitantemente origem e consequência do direcionamento assumido pelo ordenamento jurídico. Rousseau (2007, p. 90) observa que

[...] a desigualdade, sendo quase nula no estado de natureza, tira sua força e seu crescimento do desenvolvimento de nossas faculdades e dos progressos do espírito humano, tornando-se enfim estável e legítima pelo estabelecimento da propriedade e das leis.

Analisando os direcionamentos assumidos pelo direito nas diversas sociedades enquanto fenômeno social, Eduardo Bittar e Guilherme de Almeida (2001, p. 430) entendem que “a própria história da humanidade, de suas ideologias, bem como de suas tendências político-econômicas, tornou o Direito frágil, suscetível e vassalo aos desmandos do poder político e econômico”. Entretanto, esta análise tende a ser até mesmo inocente, tendo em vista que o direito, sendo utilizado como instrumento de quem exerce o poder, é sempre forte e centrado no sentido de atender justamente os interesses que tem como objetivo.

Rosa Luxemburgo (2010, p. 99) expressa que “a legislação outra coisa não é que a expressão política da vida e da sociedade”. Assim, o direito pode ser entendido “como sistema de relações que corresponde aos interesses da classe dominante e de sua garantia por meio de sua força organizada” (PACHUKANIS, 2017, p. 108). Nesse sentido Roberto Aguiar (1990, p. 24) preleciona:

O grupo situado nos níveis mais altos das relações verticais detém o poder dominando e controlando os outros grupos e se apropriando do que é mais valioso e útil, daquilo que a sociedade produz. Desse modo, ele passa a deter nas mãos o privilégio de legislar, de ditar normas para si e para os grupos que terão que aceitar essas normas, ou porque elas guardam alguma compatibilidade com seus interesses, ou porque tais grupos, ignorando sua própria condição, acreditam serem essas normas as melhores para a sociedade, ou ainda porque neles foi inculcada e internalizada a crença de que são incapazes de governar, ou por último, simplesmente pela força, pela sanção.

Levando-se em conta que “a superestrutura jurídica é uma consequência da superestrutura política” (PACHUKANIS, 2017, p. 117), deve-se entender que o legislador nada mais é que um representante da classe que detém o poder político, ainda que represente também um grupo antagônico de menor poder dentro desta classe dominante. Observe-se, destarte, que “quem legisla é o grupo social que detém o poder, por deter o controle da vida econômica e conseqüentemente política de uma sociedade” (AGUIAR, 1990, p. 24).

A utilização do direito como instrumento da classe dominante realiza-se por meio de processos ideológicos, tendo em vista que as normas legais representam os interesses do poder formal, o qual se estrutura a partir do exercício do poder real em

seus aspectos econômico-políticos. Roberto Aguiar entende que essa utilização ideológica constitui concretamente um modelo ideológico. Sobre esta questão, o autor afirma:

Esse modelo ideológico que se traduz nas normas jurídicas e no *continuum* do direito vai controlar uma sociedade segundo um sentido, conforme uma direção. Há escolha, e, por isso, há separação entre atitudes boas e más, entre comportamentos certos e errados, entre pensamentos construtivos e não-construtivos, entre *solid citizens* e delinquentes e entre cidadãos honrados e não-honrados (AGUIAR, 1990, p. 35).

Para que o ordenamento jurídico seja visto como legítimo por determinada sociedade, é essencial que exista uma autoridade. Entretanto, essa autoridade não necessita ser imposta, devendo ser “aceita por suas qualidades pessoais ou pelas qualidades do respaldo ideológico que a sustenta” (AGUIAR, 1990, p. 62). A imposição da autoridade é utilizada pela classe dominante em momentos nos quais o modelo ideológico não é suficiente para garantir a manutenção do poder. Assim, “o direito é a ideologia que sanciona, é a linguagem normativa que instrumentaliza a ideologia do legislador ou a amolda às pressões contrárias, a fim de que sobreviva” (AGUIAR, 1990, p. 79).

Tendo em vista que o direito estabelece princípios, delimita qual seria uma conduta boa ou uma conduta ruim, incentiva determinadas ações e desestimula outras, até mesmo estabelecendo sanções para atitudes específicas, podemos entendê-lo como “a expressão mais alta da tradução ideológica do poder” (AGUIAR, 1990, p. 80). Como instrumento ideológico do poder que trabalha no sentido de sua manutenção, o ordenamento jurídico pode realizar concessões no periférico, todavia deve necessariamente manter o essencial. Isso porque alterações essenciais representariam uma transformação total do ordenamento jurídico, o que somente poderia ter sido ocasionado por uma transformação das estruturas sociais.

A classe dominante “opta por ‘perder os anéis antes de perder os dedos’ ao permitir a legalização jurídica de algumas concessões” (CHAGAS, 2011, p. 95). Assim, as concessões são um meio de refrear ou desestabilizar empreitadas contra o poder estabelecido advindas de tensões sociais diversas. Entretanto, existem meios de se estabelecer um contexto em que as concessões são apenas aparentes. Um exemplo é o fato de que “a Constituição apresenta expressões polissêmicas que exercem uma função mais retórica do que operativa” (AGUIAR, 1990, p. 41). Neste

cenário, os direitos fundamentais expressos na Carta Magna brasileira representam de fato importantes avanços no que tange aos direitos humanos no plano ideal, porém não são colocados em prática pelo Estado.

Veja-se, por exemplo, o direito à moradia, o qual não é exercido por uma grande parcela da população brasileira – fator que teve como consequência a criação de movimentos sociais de luta pela moradia, como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) ou o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST). Caso análogo é o impedimento do exercício do direito à saúde, levando-se em conta que os equipamentos do Sistema Único de Saúde (SUS) muitas vezes não contam com utensílios e medicamentos básicos para o atendimento à população.

As concessões e a instrumentalização da norma num direcionamento ideológico perpassam todo o procedimento legislativo. É importante perceber que “o direito, enquanto o poder é mantido, desenvolve-se (ou simplesmente muda) por meio de arranjos que, direta ou indiretamente, confirmam o discurso do poder” (AGUIAR, 1990, p. 64). Assim, observe-se que podem ocorrer diversas alterações no ordenamento jurídico sem que se abale o poder real em exercício ou até mesmo com o objetivo de mantê-lo neste exercício. O poder real é rígido, enquanto o poder formal se amolda às necessidades do poder real.

Para além das meras alterações normativas, deve-se também levar em consideração a aplicação das normas pelo Poder Judiciário, o qual, “por via de suas decisões, de suas aplicações da lei aos casos concretos, se torna um dos tradutores mais eficazes da moral vigente, da ideologia vigente, ao mesmo tempo em que exerce a função de amortecedor social” (AGUIAR, 1990, p. 57). Isso porque, se a produção normativa é ideológica e orientada por interesses de uma classe dominante, aplicar a norma é colocar em prática os mandamentos ideológicos desta classe.

Hegel entendia que “se os indivíduos possuem direitos, esses direitos vêm pela ordem jurídica” (BITTAR; ALMEIDA, 2001, p. 282). E está lógica não está errada. Apesar de o direito ser efetivamente instrumentalizado pelos grupos antagônicos de uma classe dominante, prova-se historicamente que os dominados podem alcançar vitórias no sentido de transformações legislativas que os favoreçam. Um exemplo é a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que foi concretamente fruto de lutas da classe trabalhadora organizada num período em o Brasil se convulsionou com a Greve Geral de 1917 e com as diversas manifestações posteriores.

É interessante notar, entretanto, que apesar de determinadas alterações legislativas favorecerem os dominados e serem fruto de suas lutas, o poder sempre buscou meios de trazer para si a iniciativa – fazendo assim com que os movimentos sociais acabassem deslegitimados ou apenas arrefecidos. No caso da CLT, inclusive, este fato ocorreu. Getúlio Vargas, presidente do Brasil que assinou o Decreto-Lei nº5.452, de 1º de maio de 1943, utilizou-se da demanda dos trabalhadores para entregar a CLT como um projeto do Estado – fator que elevou sua estima dentro da classe dominada e ajudou a construir sua imagem de “pai dos pobres”.

Perceba-se que as reformas legais sempre fizeram parte dos meios utilizados pelas classes dominantes para assegurar a manutenção do poder, ou pelos grupos antagônicos que, exercendo o Poder Pré-Estrutural, passavam a tomar parte no poder real no sentido de absorvê-lo integralmente. Entretanto, a transição das sociedades modernas para as contemporâneas mostrou a utilização dessas reformas como meios de instrumentalizar o direito com muito mais clareza. Rosa Luxemburgo (2010, p. 98) expressa que

Na história da sociedade burguesa, a reforma legal serviu para o reforçamento progressivo da classe ascendente até se ter esta sentido bastante forte para se apossar do poder político e suprimir todo o sistema jurídico, substituindo-o em seguida por outro.

Ao passo em que a burguesia, que exerceu o Poder Pré-Estrutural enquanto burguesia mercantil, assumiu o poder real e substituiu o sistema jurídico vigente, “o interesse particular da burguesia tomou o poder como interesse geral da sociedade” (MARCUSE, 2011, p. 11). Esse processo foi reforçado pela instrumentalização da norma, que, atendendo aos preceitos ideológicos da nova classe dominante, deveria ser vista como legítima e justa, se dirigindo tanto aos dominados quanto à própria classe dominante. Sobre o direcionamento das normas jurídicas, Roberto Aguiar (1990, p. 36) observa:

As normas jurídicas por meio de seus conteúdos já dizem para quem se dirigem. Dirigem-se para os grupos, que por suas necessidades e ideologia, tendem a assumir comportamentos opostos ao interesse dos grupos no poder e se dirigem, também, aos próprios grupos ou grupo no poder, para manter sua coesão comportamental e acordo com o seu modo de produzir, transacionar e relacionar-se.

As reformas graduais defendidas por alguns “esbarram precisamente nesse caráter instrumental do Estado e do direito; que estão a serviço da classe dominante” (CHAGAS, 2011, p. 131). Por esse fato, a ideia de alterações paulatinas dificilmente poderia se direcionar para a superação da ordem social vigente e, conseqüentemente, seria improvável que a classe dominante deixasse de utilizar o direito como instrumento sem que houvesse uma transformação efetiva das relações de poder e dominação.

Visando trazer para o plano prático a discussão acerca da instrumentalização do direito e as questões relativas à aplicação concreta dos conceitos de poder e justiça, discute-se no próximo capítulo, de forma genérica, pontos de conflito que norteiam este debate em áreas diversas do ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, tomar-se-á o Direito Penal como representação essencial da discussão e como meio de aprofundamento da análise até então realizada.

7 O PODER E A JUSTIÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A legislação brasileira está repleta de casos que explicitam os mecanismos de favorecimento e criação de privilégios para os setores social, econômica e politicamente dominantes, denunciando, dentro dos diferentes ramos do direito, os antagonismos estruturais da sociedade. No Direito Civil brasileiro, uma das principais questões que se pode levantar em relação ao favorecimento dos grupos antagônicos dominantes são as identificações de critérios e as fixações dos valores para as indenizações. Veja-se que o argumento de que as indenizações não podem comportar enriquecimento ilícito, ou seja, o aumento substancial do patrimônio, deveria ser visto como algo que fere o princípio da igualdade disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Ao passo em que se compreende que a fixação da indenização deve seguir este rumo, os mais ricos têm a possibilidade de alcançar um montante maior que os mais pobres. Isso porque um valor que não faria diferença alguma no patrimônio de um milionário poderia representar uma alteração profunda no patrimônio de um trabalhador que recebe um salário mínimo.

Cumprе ressaltar que, apesar da jurisprudência já abarcar essa discussão, a maior parte dos julgados ainda segue essa linha. Assim, o poder real cumpre a função de favorecimento da classe dominante em detrimento do restante da população – o que carrega uma importante carga ideológica, permitindo que se enxergue a redução dos valores indenizatórios para os mais pobres como algo justo.

O Direito Tributário, por sua vez, na forma em que se estrutura no ordenamento jurídico brasileiro, também é responsável por agravar as desigualdades sociais. A legislação atinente à matéria torna possível que não se afete o patrimônio dos mais ricos, ao passo que grande parte da carga tributária acaba sendo repassada à população mais pobre.

Isso acontece porque o sistema tributário brasileiro impõe uma sobrecarga ao consumo, ao mesmo tempo em que coloca uma tributação baixa, ou até mesmo isenta em determinados casos, no tocante à propriedade, à renda, aos ganhos de capital e à herança. A Constituição Federal prevê a existência de um imposto sobre grandes fortunas em seu artigo 153, inciso VII (BRASIL, 1988). Entretanto, tal questão nunca foi objeto de regulamentação pelo legislador.

Ressalta-se que a discussão acerca da taxaço das grandes fortunas sempre surge nos períodos de eleições presidenciais como bandeira política de vários candidatos. Entretanto, é notável que não há preocupação efetiva com tal assunto por parte dos eleitos que, em tese, defendem essa pauta. Vê-se que, apesar de ser uma questão colocada mais amplamente como injusta, mesmo que claramente não de forma geral, fere o âmago do poder instituído – já que altera diretamente o tratamento do patrimônio no ordenamento jurídico.

Outro exemplo de favorecimento pode ser observado na área da Previdência. O Direito Previdenciário surgiu com o pretexto de se amparar o trabalhador. Entretanto, diversos são os pontos em que se pode observar a construção de desigualdades entre os dominantes e os dominados. O sistema previdenciário, na forma hoje colocada, permite uma concentração de renda nas mãos dos mais abastados.

Veja-se que são desconsideradas questões fáticas na produção normativa referente à previdência, à assistência e à seguridade social. Um exemplo é a questão de que, de forma geral, o trabalho informal é exercido por trabalhadores pobres, enquanto os mais ricos têm acesso a trabalhos formais de forma muito menos dificultosa. Por conta disso, observa-se uma clara divisão social entre os que se aposentam por idade e os que se aposentam por tempo de serviço. De acordo com pesquisas do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA),

[...] os trabalhadores com maiores rendimentos tendem a se aposentar mais cedo, seja por meio da Aposentadoria por Tempo de Contribuição (homens e mulheres, respectivamente, com 35/30 anos de contribuição e na faixa dos 50-55 anos de idade) ou com 60/55 anos de idade (homens/mulheres) no caso dos servidores públicos. Os trabalhadores da clientela urbana (ocupados em atividades não-agrícolas) com menores rendimentos, por sua vez, tendem a se aposentar por idade, aos 65/60 anos de idade (homens/mulheres), com pelo menos 15 anos de contribuição, ou, caso não alcancem esta carência mínima, a depender de suas famílias ou do recebimento de Benefícios de Prestação Continuada previstos na Lei Orgânica da Assistência Social (BPC/LOAS) para idosos de baixa renda com 65 anos ou mais de idade (COSTANZI; ANSILIERO, 2017, p. 3).

Ademais, ressalta-se que existe uma rede de sistemas que constituem privilégios para uma parcela da sociedade que não fica submetida ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Nela, encontramos, por exemplo, o Plano de Seguridade Social dos Congressistas (PSSC), o Sistema de Previdência e Pensão de Militares das Forças Armadas e das Polícias Militares e Corpo de Bombeiros e o Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos (RPPS).

Em se tratando da produção normativa relativa ao Direito Previdenciário, é essencial trazer à tona as discussões acerca da Reforma da Previdência. Apesar de se mostrar com a face de uma medida urgente para suprir um suposto rombo na previdência, o que alegadamente afetaria todos os setores da sociedade, a Reforma carrega um arcabouço de pontos prejudiciais aos mais pobres. Um dos pontos importantes nesse contexto é o sistema de capitalização, no qual o valor da aposentadoria não é definido e pode vir a ser ínfimo para a manutenção da vida do aposentado.

Em relação ao Direito do Trabalho, cumpre externar a discussão acerca da ideologia jurídica como instrumento de intensificação do controle sobre os dominados, representando mais um mecanismo de reprodução e ampliação das desigualdades.

O jurista francês Bernard Edelman (2016), traz à tona a questão da lei como instrumento de dominação – lei esta que seria enxergada pela sociedade como algo que expressa a justiça em sua forma mais pura, mas que apresenta desígnios ocultos.

Muitas das grandes conquistas dos trabalhadores nos processos de enfrentamento político com a classe dominante geraram efeitos que, de fato, passaram a cumprir um papel oposto ao pretendido. Um exemplo é a normatização do direito de greve, que passou a possibilitar um maior controle dessa ação tipicamente de trabalhadores na medida em que a retirou do plano de fato e a transferiu para o plano de direito.

Em se tratando da produção normativa contemporânea no Direito do Trabalho, é essencial mencionar a Lei nº 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista. Analisando os efeitos da Reforma Trabalhista, o Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região Jorge Luiz Souto Maior expõe que o enriquecimento de grandes empresas, a acumulação de riqueza e a multiplicação da miséria “não traduzem qualquer projeto de nação, servindo, unicamente, à disseminação da violência e ao caos social” (MAIOR, 2019). Defendida por grande parte do empresariado e criticada por um grande número de juristas ligados à Justiça do Trabalho, essa Reforma abriu um flanco para a retirada de direitos e para a precarização das relações de trabalho⁶.

⁶ O Desembargador Jorge Luiz Souto Maior expõe como exemplos da precarização o aumento do desemprego, o aumento da informalidade, a redução do acesso à Justiça do Trabalho, o aumento do número de acidentes de trabalho, a diminuição dos direitos e ganhos normativos dos trabalhadores, entre outros (MAIOR, 2019).

7.1 O Direito Penal

O Direito Penal, assim como qualquer outra área do direito, deve ser entendido como algo amplo, que vai além da norma em si, afastando a análise positivista do direito. Assim, quando se trata de Direito Penal deve-se compreender, ainda que de forma rudimentar, que se trata de duas coisas: “1) o conjunto de leis penais, isto é, a legislação penal; ou 2) o sistema de interpretação dessa legislação, ou seja, o saber do Direito Penal” (BITENCOURT, 2003, p. 3).

Em se tratando deste ramo do direito na sociedade contemporânea e, centralmente, brasileira, deve-se compreender que as relações de poder e dominação fazem com que ele não seja igual para todos, punindo de forma desigual. Ademais, segundo Alessandro Baratta (2002, p. 162), na atual aplicação do Direito Penal, “o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos [...] independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei”.

Ademais, no âmbito do Direito Penal compete tratar do debate sobre a seletividade penal, tema discutido amplamente pela Criminologia Crítica. Nesse sentido colocam-se as demandas trazidas anteriormente pela teoria do *Labeling Approach*, ou Teoria do Etiquetamento Social, as quais foram reformuladas ou aprofundadas pela Criminologia Crítica e constituíram fonte de importantes debates acerca de comportamentos desviantes, criminalização, marginalização e também sobre o papel das prisões nas sociedades.

7.1.1 Do etiquetamento social à criminologia crítica

A Teoria do *Labeling Approach* representou um importante avanço quando se estabeleceu, partindo da ideia de que para se compreender a criminalidade com profundidade deve-se aprofundar o entendimento do sistema penal como um todo e de sua relação com a própria criminalidade. Nesse sentido, “o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência” (BARATTA, 2002, p. 86).

O *Labeling Approach* apresentou importantes contribuições no sentido de “demonstrar como a reação social ou a punição de um primeiro comportamento desviante tem, amiúde, um papel para o comprometimento com o desvio” (FURQUIM, 2016, p. 109). Entretanto, como esta linha teórica se apoia nas questões institucionais

relativas ao comportamento desviante, “as teorias da criminalidade baseadas no *Labeling Approach* afastam nossa atenção do desvio como fato social, preconstituído em face de sua criminalização” (BARATTA, 2002, p. 113).

A Criminologia Crítica construiu um direcionamento teórico que solucionou esta questão, tendo como base uma “teoria materialista, ou seja, econômico-política, do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização” (BARATTA, 2002, p. 159). Na visão desenvolvida pela Criminologia Crítica

[...] a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas (BARATTA, 2002, p. 161).

Nesse sentido, a Criminologia Crítica mostra que “o direito penal não é menos desigual do que os outros ramos do direito burguês, e que, contrariamente a toda aparência, é o direito desigual por excelência” (BARATTA, 2002, p. 162). Para melhor compreender os motivos que levam a isso, é necessário alargar a discussão sobre comportamentos desviantes, quem é considerado delinquente e como acontece o processo de criminalização.

7.1.2 Desvio, delinquência e criminalização

O crime não é um conceito fixo que se mantém com os mesmos princípios ou regramentos ao longo do tempo ou em diferentes sociedades. Ele sempre está identificado com o que cada sociedade entende como um comportamento desviante em determinado período. Dessa forma, alguns comportamentos podem ser encarados como desviantes e, apesar de moralmente reprováveis, não serem tipificados penalmente. Veja-se que “o grau em que um ato será tratado como desviante depende também de quem o comete e de quem se sente prejudicado por ele. Regras tendem a ser aplicadas mais à algumas pessoas que a outras” (BECKER, 2008, p. 25).

Segregam-se “os párias, os deserdados, os parasitas, os lúmpens, os perigosos, os réprobos, os inimigos, os desamparados moral e socialmente, em uma palavra, os pobres” (MARTINI, 2007, p. 45). São eles que representam o perigo na

sociedade. É baseado neles que se cria um estereótipo de quem seria o criminoso, que deve se submeter aos sistemas disciplinares existentes. O isolamento gerado pelas relações de dominação e exploração configura este modelo. Vera Malaguti Batista (1998 apud FURQUIM, 2016, p. 120) coloca que

[...] o estereótipo do bandido vai se consumando na figura de um jovem negro, funkeiro, morador da favela, próximo do tráfico de drogas, vestido com tênis, boné, cordões, portador de algum sinal de orgulho ou de poder e de nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o circunda.

Os sistemas disciplinares que regulamentam comportamentos desviantes existem para além da norma penal, seja de forma infralegal ou, até mesmo, *ultralegal*. Entretanto, a existência da relação regulamentação-sanção define, de certa forma, os sistemas disciplinares como tipos de sistemas penais. Nesse sentido, Foucault (2004, p. 149) expressa:

Na essência de todos os sistemas disciplinares, funciona um pequeno mecanismo penal. É beneficiado por uma espécie de privilégio de justiça, com suas leis próprias, seus delitos especificados, suas formas particulares de sanção, suas instâncias de julgamento. As disciplinas estabelecem uma “infrapenalidade”; quadriculam um espaço deixado vazio pelas leis; qualificam e reprimem um conjunto de comportamentos que escapava aos grandes sistemas de castigo por sua relativa indiferença.

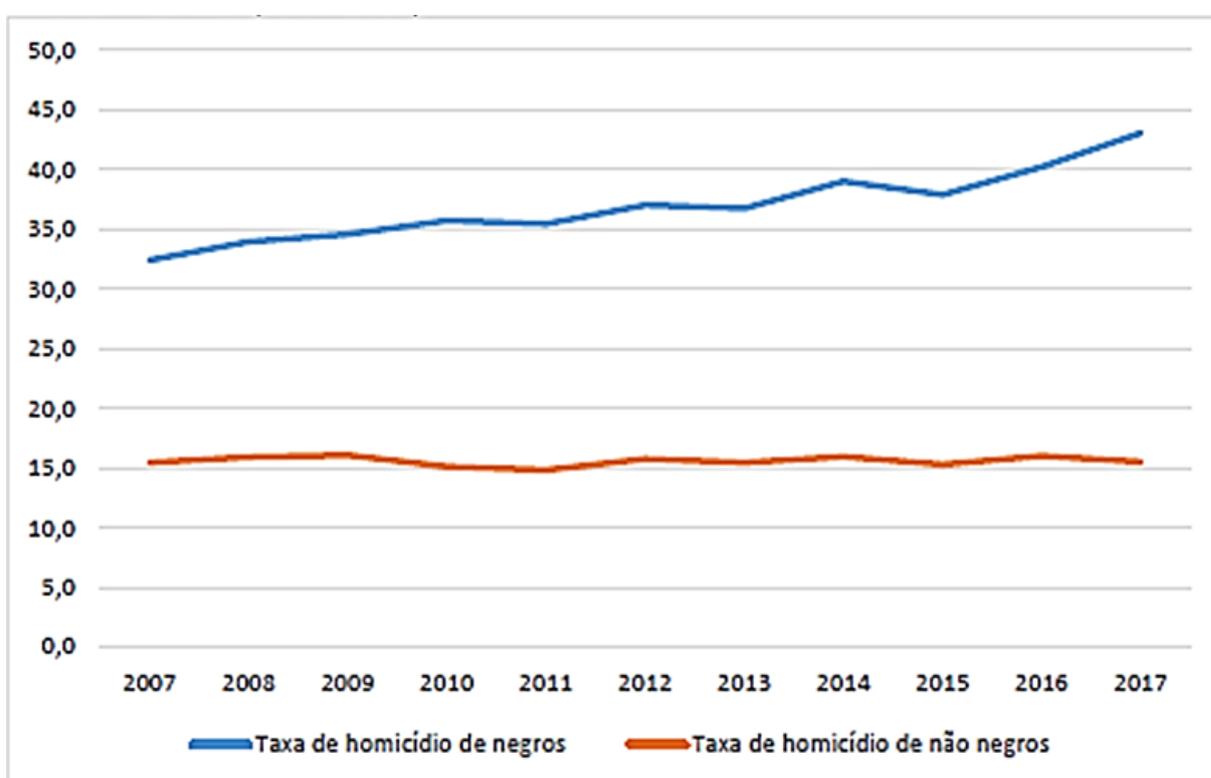
Para além dos sistemas disciplinares expressos, onde determinadas condutas devem ser seguidas conforme um conjunto de normas, existe um sistema disciplinar tácito: o moral. Ele se constitui de ações que não estão descritas em lugar algum, mas que tem um peso considerável na vida de uma parte da população. Por ele, questiona-se em tom acusatório o que o jovem da periferia está fazendo na rua de madrugada; por ele, presume-se que furadeiras ou guarda-chuvas na mão de um morador da favela são armas⁷; por ele, o negro deve tomar muito mais precauções ao andar na rua do que o branco⁸.

⁷ Em 19 de maio de 2010, um policial do Batalhão de Operações Especiais matou um morador do Morro do Andaraí, na Zona Norte do Rio de Janeiro quando confundiu uma furadeira com uma arma (TABAK, 2010). Em 17 de setembro de 2018, um morador da favela Chapéu Mangueira, na zona sul do Rio de Janeiro, foi assassinado por policiais da Unidade de Polícia Pacificadora que confundiram um guarda-chuva com um fuzil (MOURA, 2018).

⁸ Em 2017, pais negros nos Estados Unidos gravaram um vídeo ensinando seus filhos como devem se comportar na frente da polícia (GELEDES, 2017).

Nesse contexto, percebe-se uma perseguição sistemática de pessoas enquadradas no que a sociedade constitui como desviante. E, às vezes, ser desviante não depende de ação e sim de simplesmente ser. É o caso da população negra, que sob o manto de uma igualdade ilusória defronta-se com um perverso racismo estrutural. De acordo com o Atlas da Violência, no ano de 2017, 75,5% das vítimas de homicídios foram indivíduos negros (BRASIL, 2019, p. 49). O genocídio da população negra é uma realidade alarmante, conforme demonstra o gráfico abaixo.

FIGURA 1 – Taxas de homicídios de negros e de não negros a cada 100 mil habitantes dentro destes grupos populacionais – Brasil (2007-2017)



Fonte: BRASIL, 2019a, p. 49. Observe-se que o número de negros foi obtido somando pardos e pretos, enquanto o de não negros se deu pela soma dos brancos, amarelos e indígenas.

As regras impostas socialmente, sejam elas normatizadas ou simplesmente morais sem qualquer tipo de regulamentação, estabelecem os limites entre um cidadão probo e um desviante. Howard Becker (2008, p. 15) cunha o conceito de *outsider*, que sintetiza o papel desempenhado pelo desviante. Nesse sentido, a pessoa que infringe as regras supramencionadas “pode ser vista como um tipo especial, alguém de quem não se espera viver de acordo com as regras estipuladas

pelo grupo. Essa pessoa é encarada como um *outsider*". Para Foucault (2001, p. 415), o desviante caracteriza o

[...] indivíduo a corrigir. É um personagem mais recente que o monstro. É menos o correlato dos imperativos da lei e das formas canônicas da natureza do que das técnicas de disciplinamento com suas exigências próprias. O aparecimento do 'incorrigível' é contemporâneo à instauração das técnicas de disciplina, século XVII e o século XVIII – no exército, nas escolas, nas oficinas, depois, um pouco mais tarde, nas próprias famílias. Os novos procedimentos de disciplinamento do corpo, do comportamento, das aptidões abrem o problema dos que escapam dessa normatividade que não é mais a soberania da lei.

Perceba-se que a lei, quando se trata de definição de desvio, é apenas parte do processo de construção da imagem do desviante – representando mais uma consequência de processos ideológicos anteriores do que origem dessa construção. Dentro ou fora da norma legal, as regras morais geram sanções, ainda que não de forma regulamentar. Essas sanções, por sua vez, contribuem para “uma decisiva mudança da identidade social do indivíduo; uma mudança que ocorre logo no momento em que é introduzido no status de desviante” (BARATTA, 2002, p. 89).

Quando se trata do sistema penal, a necessidade do controle está indubitavelmente presente na aplicação das sanções. Assim, o comportamento desviante é controlado – não no sentido de ser eliminado, e sim fortalecido em suas predefinições socialmente contrastantes. Ante este contraste, deve-se ressaltar que “o sistema penal de controle do desvio revela, assim como todo o direito burguês, a contradição fundamental entre igualdade formal dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos” (BARATTA, 2002, p. 164). Saulo Ramos Furquim (2016, p. 112), sobre o Direito Penal, afirma:

[...] cria-se o mito de que este direito é igualitário, do qual protege igualmente seus cidadãos contra as ofensas aos bens essenciais, ou seja, todos os infratores que tenham comportamentos desviantes e reprováveis têm iguais chances de se tornar sujeitos e com as mesmas consequências do processo de criminalização.

Conforme exposto, o sistema penal não tem a intenção de eliminar os desvios. Entretanto, a classe dominante busca contê-los “em limites que não prejudiquem a funcionalidade do sistema econômico-social e os próprios interesses” (BARATTA, 2002, p. 197). Essa contenção é necessária para que o processo de controle social por uma definição de criminalidade específica se fortifique. O desvio é controlado

conforme os interesses da classe dominante, fomentando as desigualdades. Destaca-se que “quanto mais uma sociedade é desigual, tanto mais ela tem necessidade de um sistema de controle social do desvio de tipo repressivo” (BARATTA, 2002, p. 206). Tal fato se demonstra na própria legislação penal, como demonstrado por Márcia Martini (2007, p. 46):

O crime de roubo é punido muito mais severamente do que o de sonegação fiscal, levando à conclusão de que, para o conjunto da sociedade brasileira, subtrair uma carteira mediante grave ameaça é mais gravoso do que sonegar milhões em impostos, ainda que o roubo da carteira apresente à vítima somente prejuízos materiais, enquanto a sonegação pode ceifar inúmeras vidas, por subtrair recursos que seriam aplicados em políticas públicas.

O desvio como mecanismo de controle da classe dominante é fetichizado, produzindo uma delinquência que nunca se combate concretamente. A produção da delinquência “e seu investimento pelo aparelho penal devem ser tomados pelo que são: não resultados definitivos, mas táticas que se deslocam na medida em que nunca atingem inteiramente seu objetivo” (FOUCAULT, 2004, p. 236). Isso porque o sistema penal não busca erradicar a delinquência, apenas mostrá-la como consequência do desvio segundo interesses predeterminados. Nessa lógica, Foucault (2004, p. 239) expressa que a

[...] delinquência própria à riqueza é tolerada pelas leis, e, quando lhe acontece cair em seus domínios, ela está segura da indulgência dos tribunais e da discrição da imprensa. Daí a ideia de que os processos criminais podem se tornar ocasião para um debate político, que é preciso aproveitar os processos de opinião ou ações intentadas contra os operários para denunciar o funcionamento geral da justiça penal.

Evidencia-se que, ainda quando enquadrados em comportamentos desviantes direcionados usualmente à rotulação do delinquente, os integrantes da classe dominante estão mais protegidos do processo de criminalização do que os da classe subalterna. Enquanto a produção legislativa penal faz o papel da criminalização primária, onde as leis produzidas são voltadas a golpear uma classe e proteger outra, a ação punitiva põe em prática a criminalização secundária. A criminalização primária e a criminalização secundária representam, assim, a instrumentalização do direito a serviço da classe dominante.

Em se tratando da criminalização, Furquim (2016, p. 123) defende que “o verdadeiro entendimento acerca de crime e criminalização, para além dos estudos de grupos subculturais, deve considerar também a dinâmica dos meios de comunicação de massa”. Essa dinâmica é responsável por auxiliar numa construção mais ampla da imagem dos desviantes, dos *outsiders*, dos delinquentes, e, assim, “apresentá-los como bem próximos, presentes em toda parte e em toda parte temíveis. É a função do noticiário policial que invade parte da imprensa” (FOUCAULT, 2004, p. 237).

Num contexto em que tanto o sistema penal quanto a grande imprensa estão sob controle dos que dominam, “a mídia é utilizada para criminalizar determinados comportamentos em razão dos interesses daqueles que detém o poder” (FURQUIM, 2016, p. 125). Enquanto os noticiários policiais dos jornais populares se utilizam do crime e da ideia de delinquência para se promoverem, centrando suas exposições nos criminosos da classe mais pobre, surge o que Foucault chama de “contranoticiário policial”, o qual

[...] destaca sistematicamente os fatos de delinquência da burguesia [...]; substitui os relatos de crimes cometidos por gente do povo pela descrição da miséria em que caem os que exploram a que, no sentido estrito, os deixam com fome e os assassinam; mostra nos processos criminais contra os operários a parte de responsabilidade que deve ser atribuída aos empregadores e à sociedade inteira. Enfim, empenha-se todo esforço para transformar esse discurso monótono sobre o crime, procurando ao mesmo tempo isolá-lo como uma monstruosidade e fazendo cair todo o seu escândalo sobre a classe mais pobre (FOUCAULT, 2004, p. 239).

A desigualdade é patente na sociedade capitalista e o direito não escapa dessa lógica, servindo inclusive como meio de manutenção daquela. Conforme dito por Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), “nosso direito é feito para prender menino pobre com 100 gramas de maconha”⁹. A situação mostra-se ainda mais drástica quando a análise adentra no funcionamento da seletividade penal, tanto aproveitadora da marginalização quanto marginalizadora, e no encarceramento.

⁹ Fala de Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), no Fórum sobre Combate à Corrupção e Compliance. Notícia disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,nosso-direito-e-para-prender-menino-pobre-com-100-gramas-de-maconha-diz-barroso,70002075956>. Acesso em: 13 mar. 2019.

7.1.3 Da seletividade e marginalização ao cárcere

Como já discutido e demonstrado, “o sistema penal possui um filtro específico para criminalizar, julgar e condenar aqueles que se opõem à classe social dominante” (ROSSI, 2017, p. 110). Esse filtro passa tanto pela produção e pela aplicação normativa, que ocorrem seletivamente, quanto pelo exercício do Direito Penal de “uma função ativa, de reprodução e de produção, com respeito às relações de desigualdade” (BARATTA, 2002, p. 166). Esse processo seletivo inclui-se num contexto em que

Os valores das sociedades modernas atuais, tais como liberdade, igualdade, segurança e justiça, são cada vez mais díspares para pessoas ou grupos sociais diferentes. As consequências advindas dos processos de formação homogeneizadora das sociedades, pautados sempre na ideia falaciosa de igualdade entre os diferentes indivíduos, acarretaram a exclusão de vários grupos coletivos da sociedade (FURQUIM, 2016, p. 61).

Essa conjuntura faz do Direito Penal, “além de um sistema ornamentado de sanções e normas, um sistema dinâmico de funções seletivas e segregadoras do processo de criminalização” (FURQUIM, 2016, p. 112). A seletividade penal funciona de forma a contrapor o adequado ao inadequado, o apropriado ao inapropriado, o conveniente ao inconveniente. Estabelecido o que é adequado, os detentores do poder real agem “criminalizando e marginalizando qualquer ordem ou estilo que se contraponha” (FURQUIM, 2016, p. 126).

Perceba-se que as noções de crime e de criminoso estão diretamente relacionadas aos “jogos de força que, segundo a classe a que pertencem os indivíduos, os conduzirão ao poder ou à prisão” (FOUCAULT, 2004, p. 240). A prisão, ou o cárcere, por sua vez, representa

[...] em suma, a ponta do iceberg que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa (BARATTA, 2002, p. 167).

A ideia de consolidação de uma carreira criminosa está diretamente relacionada à questão de que o cárcere funciona como uma fábrica de delinquência, no sentido em que as próprias condições a que são submetidos os detentos exprimem

a face mais vil da marginalização. Na prisão, “todo o seu funcionamento se desenrola no sentido do abuso de poder” (FOUCAULT, 2004, p. 222). Esse funcionamento não difere da lógica desigual construída pelos sistemas penais, pelo contrário, consubstancia diversos elementos dessa lógica.

Por esse motivo, e por constituir-se de uma relação onde a criminalidade deve se manter viva enquanto mecanismo de controle social, as prisões não reduzem as taxas de ocorrência de crimes. Antes, “pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta” (FOUCAULT, 2004, p. 221). Veja-se que não se trata de negar a existência do crime ou do criminoso, e sim de demonstrar que ambos são construídos socialmente e se consolidam pelos próprios meios punitivos disponibilizados pela sociedade.

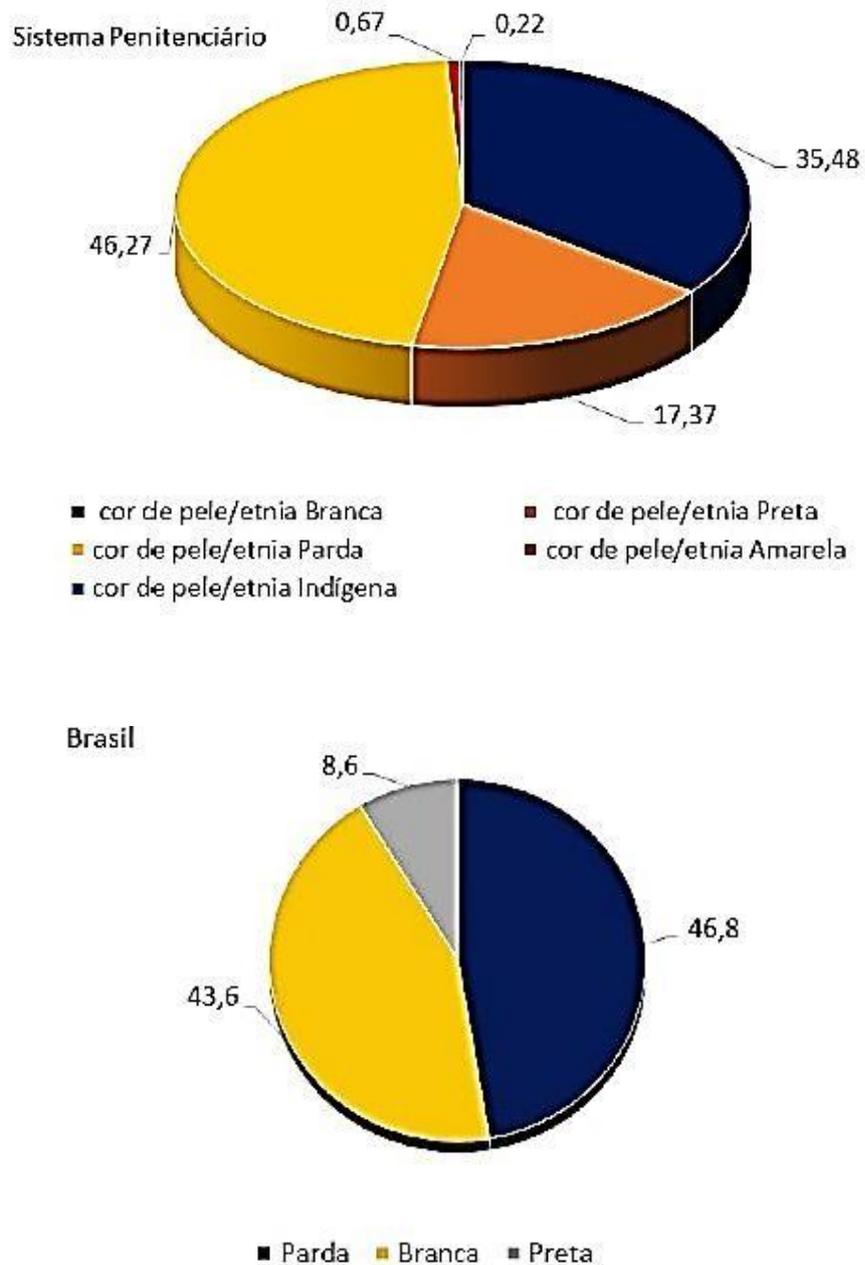
É evidente que as respostas penais penitenciárias nos moldes conduzidos até hoje pelas mais diversas sociedades, principalmente na sociedade ocidental contemporânea, não trilham um caminho para um mundo mais seguro, justo ou igualitário. Diversamente, “além de não curar as doenças sociais, reforçam e reproduzem-nas, em um modelo perverso de reabastecimento excludente e de contaminação criminógena” (MARTINI, 2007, p. 47).

Para além das condições inerentes ao cárcere em si, deve-se salientar que as condições em que se encontra um ex-detento são igualmente desfavoráveis à abolição da criminalidade – ao mesmo tempo que favorecem a consolidação de sua delinquência. Estigmatização, desemprego, isolamento, marginalização e miséria: essas “condições dadas aos detentos libertados condenam-nos fatalmente à reincidência” (FOUCAULT, 2004, p. 223). Sobre esta questão, Martini (2007, p. 45) explicita:

Não bastando a segregação, é preciso amalgamar a infração cometida ao corpo e à alma do desviante, estigmatizando-o, para que se atinja o caráter dissuasório da correição. Marcado pela cicatriz, aquele que milagrosamente sobrevive às atrocidades das masmorras encontra a maldição derradeira revelada pela condição de ex-presidiário, o que equivale a uma condenação perpétua à marginalidade.

A seletividade penal e a marginalização encontram-se evidentes quando se analisa a quantidade de negros encarcerados no Brasil (63,6%) em relação à quantidade de negros na sociedade brasileira (52,2%):

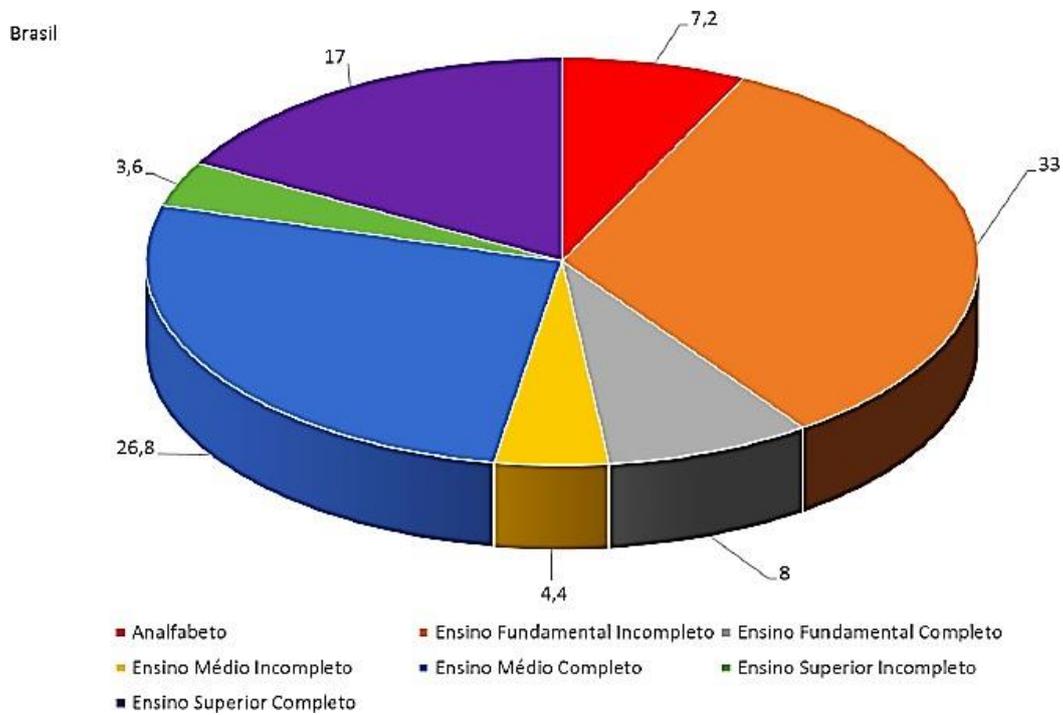
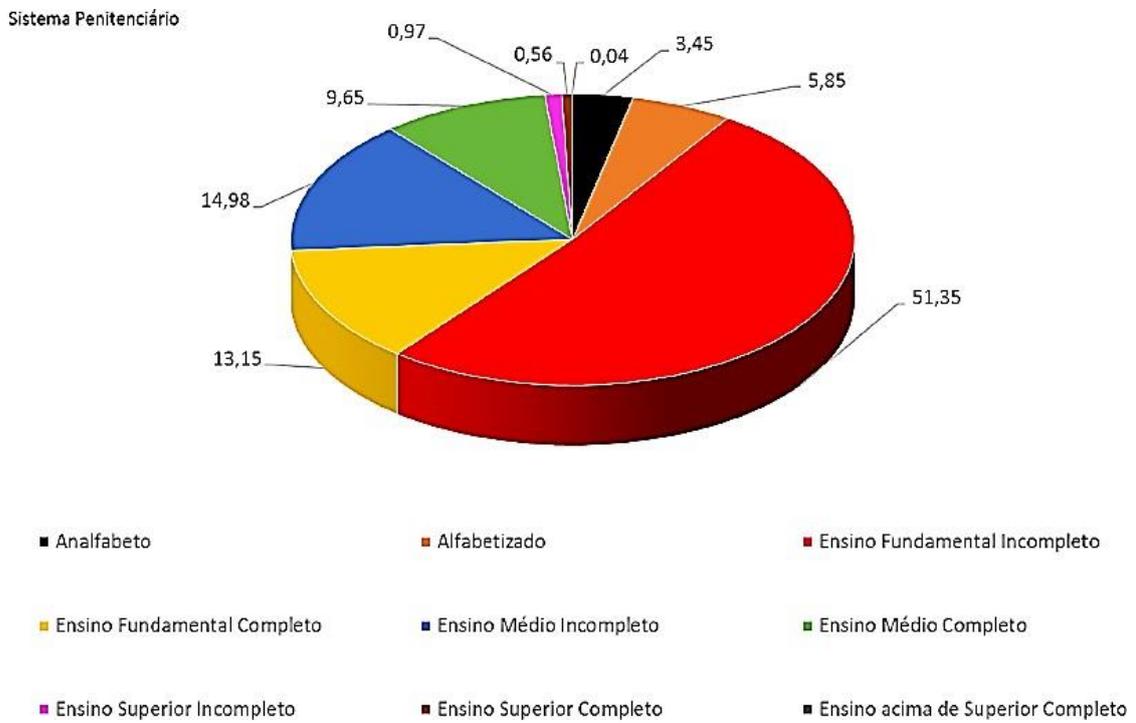
FIGURA 2 – Etnia das pessoas privadas de liberdade no Brasil e da população total



Fonte: BRASIL, 2019b, p. 32.

No mesmo sentido, a seletividade também fica clara quando se compara o nível de escolaridade das pessoas presas no Brasil em relação à população total. Enquanto 73,8% dos detentos tem até o ensino fundamental completo, na sociedade brasileira este grupo representa 48,2%.

FIGURA 3 - Escolaridade dos privados de liberdade no Brasil e da população total



Fonte: BRASIL, 2019b, p. 34.

Evidencia-se, destarte, o “êxito dos objetivos reais de gestão diferencial da criminalidade como tática política de submissão” (MARTINI, 2007, p. 45). Ao mesmo tempo em que se personifica o mal na figura do delinquente, que é o desviante por excelência e que, por essa lógica, deveria ser expurgado da sociedade, as relações sociais de exploração impostas pela classe dominante fortalecem a delinquência e sua conseqüente criminalidade. Assim, o Estado atua concomitantemente como produtor de delinquência, se omitindo de sua efetiva responsabilidade social, e como salvador, encarcerando os desviantes e protegendo os “corretos”.

7.1.4 O caso Rafael Braga

A história de Rafael Braga¹⁰ é emblemática quando se coloca em pauta a definição de comportamentos desviantes, a seletividade penal e a criminalização. A primeira detenção de Rafael aconteceu após uma das maiores manifestações da história do Rio de Janeiro, em 20 de junho de 2013 (ANISTIA INTERNACIONAL, 2014, p. 15). Em 2015, Rafael Braga recebeu autorização para trabalhar fora da prisão e cumprir pena domiciliar. Entretanto, em janeiro de 2016, ele foi preso novamente (ANISTIA INTERNACIONAL, 2016, p. 21).

A primeira prisão de Rafael Braga aconteceu no Processo nº 0212057-10.2013.8.19.0001, 32ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, quando se deu a condenação com base no art. 16, parágrafo único, inciso III da Lei nº 10.826/2003 – o qual tipifica a conduta de quem “possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (BRASIL, 2003). A denúncia oferecida pelo Ministério Público afirmou que Rafael

[...] com consciência e vontade, portava 02 (dois) frascos contendo substância inflamável com pedaços de pano presos em seu bocal, conhecidos como ‘coquetel Molotov’, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar (RIO DE JANEIRO, 2013, p. 2).

O auto de apreensão expressou que as garrafas apreendidas eram de plástico (RIO DE JANEIRO, 2013, p. 21). O laudo técnico identificou o conteúdo de uma das

¹⁰ Rafael Braga é um catador de produtos recicláveis que nasceu em 1988 e no período dos fatos ora narrados encontrava-se em situação de rua.

garrafas como água sanitária e de outra como etanol. Ainda afirmou que “esses engenhos submetidos a exame encontravam-se aptos a serem acionados (por chama), lançados, porém com **mínima aptidão para funcionar como ‘coquetel molotov’**” (RIO DE JANEIRO, 2013, p. 71, grifo nosso).

A sentença, proferida pelo Juiz de Direito Guilherme Schilling Pollo Duarte, identificou que a materialidade restou comprovada inequivocamente “pelo Registro de Ocorrência de fls. 05/05v., pelo auto de apreensão de fls. 21, pelo laudo técnico de exame do material acostado às fls. 70/72, e pelo relato das testemunhas, em Juízo” (RIO DE JANEIRO, 2013, p. 122). Veja-se que o relato das testemunhas, policiais civis, apenas apontou que Rafael foi visto adentrando em um estabelecimento comercial abandonado e que momentos depois saiu com dois frascos em suas mãos, semelhantes a coquetéis molotov.

O caso gerou grande repercussão, tendo em vista que uma das garrafas continha conteúdo não inflamável e as duas garradas eram de plástico, o que tornava altamente improvável que fossem utilizadas como coquetel molotov. Inicialmente, Rafael foi condenado a 5 cinco anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mas depois de interposição de recurso conseguiu reduzir a pena para 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mantendo-se os 10 (dez) dias-multa. Em dezembro de 2015, Rafael Braga progrediu para o regime aberto com a utilização de tornozeleira eletrônica. Entretanto, sua liberdade subsistiu por um curto lapso temporal.

Em janeiro de 2016, Rafael foi novamente preso e processado, nos autos do Processo nº 0008566-71.2016.8.19.0001, 39ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro. Rafael Braga foi denunciado como incurso nos tipos penais dos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06, sendo eles referentes ao tráfico de drogas e a associação para o tráfico (BRASIL, 2006). A sentença, que julgou procedente a pretensão punitiva, condenou Rafael às penas de 11 (onze) anos e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de 1.687 (um mil seiscentos e oitenta e sete) dias-multa. A sentença do Juiz de Direito Ricardo Coronha Pinheiro expõe a denúncia do Ministério Público:

[...] No dia 12 de janeiro de 2016, por volta das 09 horas, na Rua 29, em localidade conhecida como "sem terra", situado no interior da comunidade Vila Cruzeiro, [...] o denunciado, com consciência e vontade, trazia consigo, com finalidade de tráfico, 0,6g (seis decigramas) da substância entorpecente Cannabis Sativa L., acondicionados em uma embalagem plástica fechada por nó, bem como 9,3g (nove gramas e três decigramas) de Cocaína (pó) [...]. Nas mesmas condições de tempo e lugar acima descritas, o denunciado, com consciência e vontade, estava associado a outros indivíduos não

identificados, todos subordinados à facção criminosa que domina o tráfico de drogas na comunidade, para o fim de praticar, reiteradamente, o crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06. Policiais militares lotados na 07ª UPP do 16º BPMERJ estavam em operação no interior da comunidade, quando foram informados por um morador acerca da presença de um homem portando entorpecente com a intenção de comercializá-lo. Destarte, ao chegarem ao logradouro indicado, os agentes visualizaram o denunciado Rafael Braga Vieira em poder de uma sacola de conteúdo suspeito. De imediato, ao perceber a presença dos agentes da lei, o denunciado tentou se desfazer do material, arremessando a referida sacola ao solo. Ato contínuo, após a abordagem do denunciado, os agentes lograram arrecadar os objetos abandonados, oportunidade em que verificaram tratar-se de vasta quantidade de material entorpecente, bem como um morteiro [...] (RIO DE JANEIRO, 2016, p. 1).

Rafael Braga afirmou que não tinha associação ao tráfico e que os policiais militares o conduziram de forma forçada até um beco e exigiram que ele lhes prestasse informações sobre armas, drogas e traficantes da região. Após sua negativa, os agentes teriam apresentado “uma bolsa contendo material entorpecente e ameaçaram que iriam lhe atribuir a posse das drogas, caso não prestasse as informações solicitadas por eles” (RIO DE JANEIRO, 2016, p. 3). Rafael também afirmou que foi agredido e incentivado a usar drogas no interior da viatura até chegar à 22ª Delegacia de Polícia (DP).

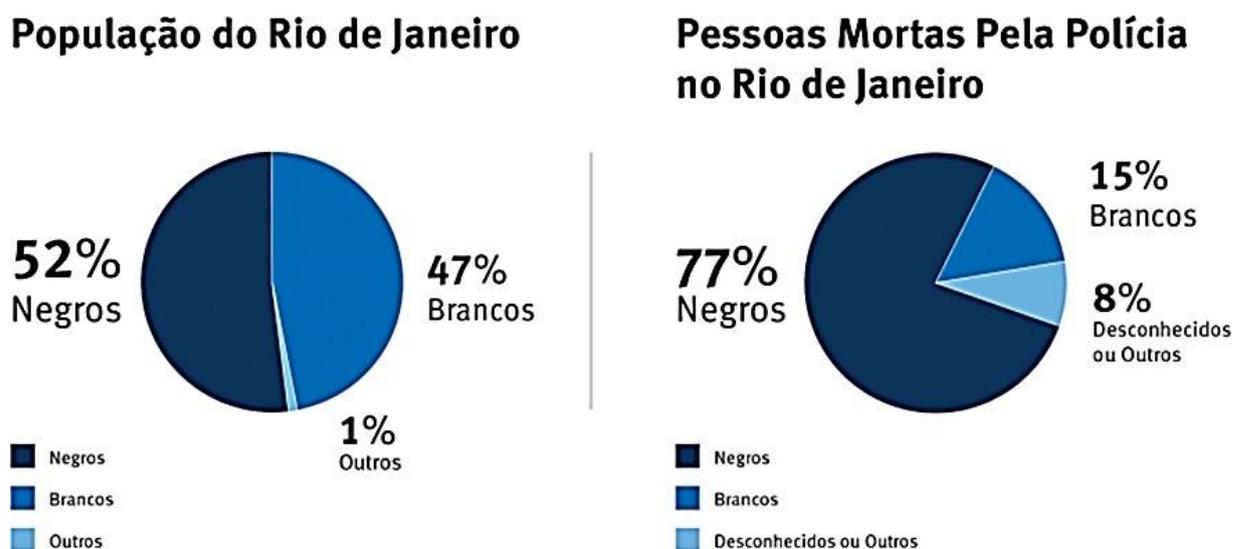
As testemunhas que foram arroladas pelo Ministério Público eram policiais militares e afirmou o Juízo em sentença que todos “apresentaram depoimentos harmônicos entre si, cujo teor de suas declarações faz prova robusta” (RIO DE JANEIRO, 2016, p. 4). Baseia-se o Juízo na Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ), que define: "O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação" (BRASIL, 2004). Assim, em tese a Súmula “atesta a moralidade, a idoneidade e a veracidade dos atos dos agentes da polícia militar” (WEIGERT; CARVALHO, 2017, p. 12).

Apesar do Juízo afirmar que o depoimento dos policiais é “coerente, neles inexistindo qualquer contradição de valor” (RIO DE JANEIRO, 2016, p. 6), Weigert e Carvalho apontam em parecer sobre o caso que os depoimentos apresentam diversas divergências: quem teria prestado informação sobre a ocorrência do crime, quantas pessoas estariam comercializando a droga e para onde Rafael Braga teria sido levado após a prisão (WEIGERT; CARVALHO, 2017, p. 22).

Ademais, é sabido que a Polícia Militar do Rio de Janeiro tem um histórico considerável de abuso de autoridade, centralmente contra a população mais pobre e

contra os negros. Em relatório da Human Rights Watch, demonstra-se a seletividade da polícia no Rio de Janeiro:

FIGURA 4 – Etnia da população total do Rio de Janeiro e das pessoas mortas pela polícia no estado em 2015



É evidente que existe uma perseguição das forças policiais direcionada à população negra. Demonstra-se que a confiança convicta na instituição policial não deve prevalecer independente do caso. Tal fato se demonstra por outras ações declaradamente ilegais praticadas por policiais militares. O relatório supramencionado, tratando de homicídios cometidos por policiais militares no Rio de Janeiro, afirma que

Uma técnica comum é remover o cadáver da vítima da cena do crime e levá-lo a um hospital, alegando a tentativa de “socorrer” a vítima. Esses falsos “socorros” servem para destruir provas na cena do crime ao mesmo tempo em que simulam um ato de boa-fé por parte dos policiais. Em alguns casos, policiais forjaram provas ao colocarem armas nas mãos das vítimas e as dispararem, ou, ainda, ao deixarem drogas junto aos seus corpos. Alguns policiais ameaçaram testemunhas para desencorajar depoimentos (HUMAN RIGHTS WATCH, 2016).

Demonstra-se, assim, a necessidade de se relativizar a Súmula 70 do TJERJ, tendo em vista que simplesmente assumir depoimentos de testemunhas policiais

como verídicos cria uma grave insegurança jurídica e abre um flanco gigantesco para as decisões injustas e seletivas. Não bastasse a simples aplicação da Súmula 70 do TJERJ sem crítica alguma das circunstâncias, o Juízo também descartou o depoimento de uma testemunha não contraditada. Pela narrativa do próprio Juízo,

Segundo a aludida testemunha Evelyn Barbara, foi possível observar da varanda de sua casa o réu RAFAEL BRAGA sozinho, sem qualquer objeto em suas mãos, sendo abordado e agredido pelos policiais militares. Ato contínuo, narrou a aludida testemunha Evelyn que o acusado foi arrastado por um policial até a parte baixa da rua, o que comprometeu a sua visão. (RIO DE JANEIRO, 2016, p. 7).

Por fim, veja-se que o Juízo negou a desclassificação do crime para o art. 28 da Lei 11.343/06, o que colocaria Rafael apenas como usuário de drogas. Entretanto, existem diversos entendimentos dos tribunais acerca da quantidade de droga que permitiria a desclassificação do crime para a conduta tipificada no dispositivo legal mencionado, inclusive do próprio Superior Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. EXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA APTA A AFASTAR A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE ÍNFIMA DE ENTORPECENTES (8,3 GRAMAS). DENÚNCIA POR TRÁFICO. CONDUTA QUE NÃO SE ADEQUA AO TIPO PENAL DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS. EXISTÊNCIA DE FATOS E PROVAS QUE DEMONSTRAM O DEPÓSITO PARA CONSUMO PESSOAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM HABEAS CORPUS. EXCEÇÃO JUSTIFICADA PELA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA. I – Peculiaridades do caso que revelam a existência de contexto fático apto a ensejar a admissão da presente ação constitucional, de modo a superar o verbete da Súmula 691/STF. II – Preso em flagrante, teve prisão posteriormente convertida em preventiva, por guardar, em sua residência, **8 gramas de crack e 0,3 gramas de cocaína**. Conduta que se assemelha ao tipo penal de consumo pessoal e não do tráfico de drogas. III – O trancamento da ação penal em habeas corpus só é justificável diante da ocorrência de situações de ilegalidade ou teratologia, tais como aquelas constantes do art. 395 do Código de Processo Penal: (i) a denúncia for manifestamente inepta; (ii) faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; (iii) faltar justa causa para o exercício da ação penal. IV – **Ordem concedida para trancar a ação penal e conceder a liberdade ao paciente**, salvo se estiver preso por outro motivo (BRASIL, 2017a, grifo nosso).

Como se pode observar, a quantidade de droga que foi considerada para uso próprio pelo Supremo Tribunal Federal é muito similar à quantidade que, segundo os policiais, carregava Rafael Braga. Além deste fato, o Juízo simplesmente ignorou a acusação de provas plantadas, descartou testemunha com depoimento válido e condenou Rafael com base exclusivamente nos depoimentos dos policiais militares envolvidos no caso. Desde 2017, Rafael Braga cumpre pena em prisão domiciliar, após julgamento do habeas corpus nº 415.508-RJ, impetrado no Superior Tribunal de Justiça. Em seu voto, o Ministro Relator Rogério Schietti Cruz afirmou:

O quadro grotesco de violações aos direitos e às garantias fundamentais alcança distinto patamar em hipóteses que, como a de Rafael Braga Vieira, tratam de indivíduos que satisfazem o perfil corriqueiro dos encarcerados no País: negros, jovens, de baixa renda e escolaridade (BRASIL, 2017b, p. 5).

As injustiças foram diversas e não podem ser consideradas meros erros jurídicos. A história de Rafael Braga tornou-se um símbolo da luta contra a seletividade penal justamente porque expressa com exatidão a regra do sistema penal brasileiro – regra esta que define como alvo o negro periférico e pobre. Os casos que envolveram Rafael provam que é urgente aprofundar a discussão sobre o controle social por meio do sistema penal, sobre as desigualdades e sobre o que representa de fato o direito em uma sociedade onde uma classe exerce um poder repressivo sobre outra, produzindo um fosso de desigualdade intransponível no decorrer de várias gerações.

8 CONCLUSÃO

A reificação do poder é uma das principais bases ideológicas da estrutura das sociedades. A relação criada por esse processo reificatório facilita o controle social e a disciplina. A construção ideológica desse processo integra as relações de produção, as quais vinculam dominantes e dominados por questões econômicas. Nesse contexto, o poder funciona concomitantemente como origem e sustentação das relações de produção e como reprodutor de outros aspectos culturais e ideológicos.

Levando-se em conta que o poder faz a estrutura social, e não o contrário, deve-se levar em consideração que existe expressão de poder presente em todos os grupos antagônicos que têm como intenção modificar ou extinguir uma estrutura social. Essa expressão, veiculada pelo exercício do Poder Pré-Estrutural, pode objetivar reformas superestruturais, externando o Poder Pré-Estrutural conservador, ou transformações infraestruturais, explicitando o Poder Pré-Estrutural transformador.

Os grupos antagônicos que exercem o Poder Pré-Estrutural podem ter entendimentos completamente diversos do que é justo ou injusto. Isso porque a ideia de justiça é um dever-ser. Entretanto, esse dever-ser depende de quem está se utilizando do conceito de justiça, já que para a classe dominante é o dever-ser da manutenção da infraestrutura vigente e para os dominados é o dever-ser da possibilidade de transformação.

Evidencia-se a permeabilidade do conceito de justiça, podendo este representar os mais diversos aspectos dos interesses presentes na sociedade. Não obstante, observa-se como uma linha importante de entendimento de justiça a representação efetiva da solidariedade, equidade, igualdade e liberdade. Esta justiça, a justiça social, é essencialmente transformadora – tendo em vista que na sociedade capitalista contemporânea, ela necessita de transformações infraestruturais para se efetivar.

O direito é usualmente confundido com justiça. Todavia, nem sempre o direito tem como consequência a efetivação da justiça e nem sempre o que é justo está contemplado pelo direito. Isso se demonstra pela própria Constituição Federal, que não tem seus princípios legitimamente justos colocados em prática. No direito, deve-se também observar a atuação do julgador, representante de uma instituição jurídica ordenada pela classe dominante. Enquanto legislação o direito é normativo, mas enquanto expressão de poder o direito é, de veras, um instrumento.

A discussão sobre o direito brasileiro, no que tange às desiguais indenizações, à inexistência do imposto sobre grandes fortunas, à divisão social entre os que se aposentam por idade e os que se aposentam por tempo de serviço, à retirada de direitos trabalhistas e à seletividade penal, marginalização e criminalização reforçam a tese da instrumentalização. Os casos ocorridos com Rafael Braga, que se transformaram em símbolos de luta contra a seletividade penal, demonstram a instrumentalização na prática.

Conclui-se que o direito sempre será instrumento do poder, independente do tipo de sociedade a que estiver submetido. A questão é se o poder exercido de forma dominante em determinada sociedade, com determinada estrutura, será orientado por preceitos justos. Assim, a instrumentalização do direito está dissociada da efetivação da justiça, que pode acontecer ou não. Confirma-se, destarte, a ideia inicialmente levantada de que o direito enquanto instrumento pode ser justo ou injusto, assim como representar aspectos transformadores ou conservadores.

Resta avaliar se o direito pode ser transformador a ponto de representar uma verdadeira alteração da infraestrutura vigente. Veja-se que o modo de produção capitalista, como originário de um Poder Pré-Estrutural transformador que suplantou a infraestrutura feudal, constrói uma superestrutura ideológica a serviço das classes dominantes. Na superestrutura encontra-se o direito, desde o ordenamento jurídico até sua aplicação e consequências.

O direito enquanto composto de uma superestrutura baseada em uma infraestrutura específica, não pode ser neutro. Assim, o direito é invariavelmente comprometido e esse comprometimento é com a classe dominante ou, numa situação de ruptura, com o grupo antagônico que exerce o Poder Pré-Estrutural já direcionado a se constituir como poder real. É possível que o direito propicie avanços efetivos para que os dominados tenham uma vida socialmente mais justa, entretanto não pode alterar o status social dos membros da classe subalterna sob pena de dismantelar a infraestrutura que o definiu.

Assim, no sentido de refrear o fortalecimento e reprodução das relações de dominação, o único caminho dentro do direito seria o de constituir formas jurídicas que se aliassem à concretização de uma justiça social – uma justiça sob a perspectiva do dominado. Esse direito, justo, sendo superestrutural, somente seria possível em uma sociedade também justa, com instituições justas, pautada na solidariedade, igualdade, equidade e liberdade. Essa sociedade é possível, o direito como categórico

representante da justiça social é possível. Entretanto, para que essa possibilidade se torne concretude, o Poder Pré-Estrutural transformador deve ser tomado nas mãos dos dominados com a libertação das amarras ideológicas e direcionado a uma infraestrutura onde a relação antagônica dominador-dominado não mais perdure.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **Direito, Poder e Opressão**. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1990. 184p.

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **O que é justiça**: Uma abordagem dialética. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1993. 123p.

ALENCAR, Fernando Barcellos de Andrade; NUNES, Lucas Silva Ferreira. Susan Strange: poder estrutural e hierarquia monetária, uma breve discussão. **Revista de Geopolítica**, Rio de Janeiro, v. 9, nº 1, p. 125 - 142, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://www.revistageopolitica.com.br/index.php/revistageopolitica/article/download/203/197>. Acesso em: 16 mai. 2019.

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado**. Tradução de Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Presença; Martins Fontes, 1980. 120p.

AMENDOLA, Gilberto. 'Nosso Direito é para prender menino pobre com 100 gramas de maconha', diz Barroso. **Estadão**, 2017. Disponível em: politica.estadao.com.br/noticias/geral,nosso-direito-e-para-prender-menino-pobre-com-100-gramas-de-maconha-diz-barroso,70002075956. Acesso em: 13 mar. 2019.

ANISTIA INTERNACIONAL. **"Eles usam uma estratégia de medo"**: Proteção do direito ao protesto no Brasil. Rio de Janeiro: Anistia Internacional Brasil, 2014. 22p.

ANISTIA INTERNACIONAL. **A violência não faz parte desse jogo**: risco de violações de direitos humanos nas olimpíadas rio 2016. Rio de Janeiro: Anistia Internacional Brasil, 2016. 25p.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002. 256p.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. 230p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 748p.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001. 550 p.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008. 299 p.

BOGO, Ademar. **Identidade e luta de classes**. 2ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010. 264p.

BONAMINO, Alicia; ALVES, Fátima; FRANCO, Creso; CAZELLI, Sibebe. Os efeitos das diferentes formas de capital no desempenho escolar: um estudo à luz de Bourdieu e de Coleman. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, v. 15, nº 45, p.488-594. set./dez. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-24782010000300007&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 18 mar. 2019.

BOURDIEU, Pierre. **Campo de poder, campo intelectual**. Tucumán: Montessor, 2002. 126p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Atlas da Violência 2019**. Brasília: IPEA, 2019a. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/19/atlas-da-violencia-2019>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)**: 2017. Brasília: DEPEN, 2019b. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.826**, de 22 de Dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm. Acesso em: 14 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº. 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. STF. **Habeas Corpus 138.565/SP**, 2a Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18/04/2017a. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769811933/habeas-corpus-hc-138565-sp-sao-paulo-0062248-5420161000000?ref=serp>. Acesso em 15 set. 2019.

BRASIL. STJ. **Habeas Corpus Nº 415.508/RJ**, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 12/12/2017b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-415508-braga.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. **Súmula nº 70 da Jurisprudência Predominante (Art. 122 RI) nº 2002.146.00001 (Enunciado Criminal nº 02, do TJRJ)** - Julgamento em 04/08/2003. Votação: unânime. Relator: Des. J. C. Murta Ribeiro, fls. 565/572. Acórdão em 05/03/2004. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70>. Acesso em 16 set. 2019.

CALDERA, Alejandro Serrano. **Razão, Direito e Poder**: Reflexões sobre a democracia e a política. Tradução de Antônio Sidekum. Ijuí: Unijuí; São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005. 136p.

CARDOZO, José Carlos da Silva. Encontros e desencontros entre Bourdieu e o marxismo. **Estudos Ibero-Americanos - PUCRS**, Porto Alegre, v. 38, n. 1, p. 200-206, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/iberoamericana/article/view/11602>. Acesso em: 22 jun. 2019.

CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Parecer**: “Depoimentos Policiais e Regras de Experiência no Juízo de Tipicidade dos Crimes dos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06: o caso Rafael Braga”. Rio de Janeiro, 2017. 58p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-rafael-braga.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Direito, Justiça e Sociedade. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v.5, n.18, p.58-65, 2002. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_58.pdf. Acesso em: 18 jun. 2019.

CHAGAS, Juary. **Sociedade de classe, direito de classe**: uma perspectiva marxista e atual. São Paulo: Sundermann, 2011. 173p.

CHAUI, Marilena de Souza. Ideologia e educação. **Educação e Pesquisa**, São Paulo, v. 42, n. 1, p. 245-257, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ep/v42n1/1517-9702-ep-42-1-0245.pdf>. Acesso em 20 out. 2019.

CHAUI, Marilena de Souza. **O que é ideologia**. 2ed. São Paulo: Brasiliense, 2008. 119 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito e Poder**: ensaio de epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 2005. 132 p.

COSTANZI, Rogério Nagamine e ANSILIERO, Graziela. **Os Efeitos do Envelhecimento na Previdência Social Brasileira e as Aposentadorias Precoces**. Brasília: IPEA, 2017. 28p.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. Justiça e equidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 50, nº 198, p.7-31, abr./jun. 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/198/ril_v50_n198_p7. Acesso em: 22 jun. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 260p.

EDELMAN, Bernard. **A legalização da classe operária**. São Paulo: Boitempo, 2016. 192 p.

FERNANDES, Railton Tomaz. Classe social no pensamento de Marx, Weber e Buordieu e reprodução de classe social. **Webartigos**, 2016. Disponível em: www.webartigos.com/artigos/classe-social-no-pensamento-de-marx-weber-e-buordieu-e-reproducao-de-classe-social/143366. Acesso em: 15 jun. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Tradução de Roberto Machado. 26ed. São Paulo: Graal, 2008. 295p.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 479p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução de Raquel Ramallete. 28ed. Petrópolis: Vozes, 2004. 288p.

FURQUIM, Saulo Ramos. **A criminologia cultural e a criminalização cultural periférica**: estudos sobre crime, multiculturalismo, cultura e tédio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. 196p.

GELEDES. Pais negros ensinam aos filhos como lidar com a polícia. **Geledes**, 2017. Disponível em: www.geledes.org.br/video-pais-negros-ensinam-aos-filhos-como-lidar-com-policia. Acesso em: 16 mar. 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 354p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 352p.

HOBBSAWM, Eric John Ernest. **Era dos extremos**: o breve século XX – 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 598p.

HUMAN RIGHTS WATCH. **O Bom Policial Tem Medo**: os custos da violência policial no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: www.hrw.org/pt/report/2016/07/07/291589. Acesso em: 16 jun. 2019.

KOZICKI, Katya. O problema da interpretação do direito e a justiça na perspectiva da desconstrução. **O que nos faz pensar**, Rio de Janeiro, nº18, p.145-164. set. 2004. Disponível em: http://oquenofazpensar.fil.puc-rio.br/import/pdf_articles/OQNFP_18_08_katya_kozicki.pdf. Acesso em: 15 mai. 2019.

LENIN, Vladimir Ilitch. **O Estado e a revolução**: o que ensina o marxismo sobre o Estado e o papel do proletariado na revolução. Tradução de Aristides Lobo, São Paulo: Expressão Popular, 2007. 144p.

LIMA, Denise Maria de Oliveira. Campo de Poder, segundo Pierre Bourdieu. **Cógitto**, Salvador, nº11, p.14-19, out. 2010. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-94792010000100003. Acesso em: 12 jun. 2019.

LUXEMBURGO, Rosa. **Reforma ou revolução?** Tradução de Livio Xavier. 2ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010. 136p.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A “reforma” trabalhista gerou os efeitos pretendidos. **Blog Jorge Luiz Souto Maior**, 2019. Disponível em: www.jorgesoutomaior.com/blog/a-reforma-trabalhista-gerou-os-efeitos-pretendidos. Acesso em 22 set. 2019.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**: Comentado por Napoleão Bonaparte. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo. Martin Claret. 2010. 178 p.

MARCUSE, Herbert. Prólogo ao 18 Brumário de Luís Bonaparte. In: MARX, Karl. **18 Brumário de Luís Bonaparte**. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 9-16.

MARTINI, Márcia. A seletividade punitiva como instrumento de controle das classes perigosas. **MPMG Jurídico**, Minas Gerais, ano III, nº11, p.45-47, out.-dez. 2007. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/650>. Acesso em: 22 mar. 2019.

MARX, Karl. **A guerra civil na França**. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2011. 268p.

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. Tradução e introdução de Florestan Fernandes. 2ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008. 288p.

MARX, Karl. **Crítica do Programa de Gotha**. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2012. 159p.

MARX, Karl. **Formações econômicas pré-capitalistas**. Tradução de João Maia. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975. 136p.

MARX, Karl. **O Capital**: crítica da economia política. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. 2ed. São Paulo: Nova Cultural, 1986. 353p.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia alemã**. Tradução de Álvaro Pina. São Paulo: Expressão Popular, 2009. 128p.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**. Tradução de Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2005. 254p.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. 733 p.

MOTTA, Luiz Eduardo. Marxismo e a crítica ao Direito moderno: os limites da judicialização da política. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 10, N. 02, p. 1118-1148, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662019000201118. Acesso em: 15 jul. 2019.

MOURA, Carolina. PM confunde guarda-chuva com fuzil e mata garçom no Rio, afirmam testemunhas. **El país**, 2018. Disponível em: www.brasil.elpais.com/brasil/2018/09/19/politica/1537367458_048104.html. Acesso em: 14 mar. 2019.

NIVALDO JÚNIOR, José. Lições ao Príncipe. In: MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**: Comentado por Napoleão Bonaparte. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo. Martin Claret. 2010. p. 149-472.

PACHUKANIS, Evgeni. **A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)**. Coordenação de Marcus Orione. Tradução de Lucas Simone. São Paulo: Sundermann, 2017. 384p.

PAULINO, Robério. **Socialismo no século XX**: o que deu errado? 2ed. São Paulo: Letras do Brasil, 2010. 415p.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997. 352 p.

PLEKHANOV, Guiorgui Valentinovitch. **O papel do indivíduo na história**. São Paulo: Expressão Popular, 2012. 160p.

RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. **Lua Nova**, São Paulo, nº 25, p. 25-59, abr.1992. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451992000100003. Acesso em: 28 mai. 2019.

RIO DE JANEIRO. **Processo nº 0212057-10.2013.8.19.0001**, 32ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://jusliberdade.com.br/wp-content/uploads/2018/02/Processo-Artefato-Incendi%C3%A1rio-Rafael-Braga.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2019.

RIO DE JANEIRO. **Sentença**. Processo nº 0008566-71.2016.8.19.0001, 39ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=00040DF0FF64CDE7A6B8EAFE5F0FDFEB80C5E6C50621360E>. Acesso em: 16 jul. 2019.

ROSSI, João Matheus Vilela Marcondes. Seletividade criminal e direito penal econômico: da escola contratualista à crítica. **Revista Liberdades**, São Paulo, nº 24, p.102-118, jul./dez. 2017. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=306. Acesso em 16 jun. 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **A origem da desigualdade entre os homens**. 2ed. São Paulo: Escala, 2007. 111p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 186p.

TABAK, Bernardo. Policial do Bope confunde furadeira com arma e mata morador do Andaraí. **Globo**, 2010. Disponível em: www.g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2010/05/policial-do-bope-confunde-furadeira-com-arma-e-mata-morador-do-andarai.html. Acesso em: 14 mar. 2019.

TINEU, Rogério. Ensaio sobre a teoria das classes sociais em Marx, Weber e Bourdieu. **Aurora: revista de arte, mídia e política**, São Paulo, v.10, n.29, p. 89-107, jun.-set.2017. Disponível em: www.revistas.pucsp.br/aurora/article/view/33734. Acesso em: 15 jun. 2019.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo Regime e a Revolução**. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. 284p.