

Teorias legitimadoras da pena: ciência ou ideologia? Uma análise crítica dos discursos penais dominantes à luz do conceito de ideologia em Marx e Engels

Legitimizing theories of punishment: science or ideology? A critical analysis of dominant penal discourses in light of the concept of ideology in Marx and Engels

Paulo Márcio de Nápolis*
Jefferson Carús Guedes**

Resumo: O escopo desta análise é passar em revista os grandes discursos teóricos de legitimação da pena e do Direito Penal e a sua inaptidão para concretizarem-se no plano da realidade. Diante do grande hiato existente entre a programação normativa que inspiram e a sua efetivação, é descortinada a possibilidade de que são destituídos de cientificidade, enquanto discurso racional orientado para a compreensão de um determinado conjunto de fenômenos evidenciáveis, degenerando em expedientes ideológicos de legitimação de uma forma de controle social através da expressão do poder de aplicar sanções penais. Para a interpretação do fenômeno verificado, são revisitadas algumas das teses principais de Marx e Engels, tal qual expostas em A Ideologia Alemã, e a sua forma peculiar de definir o conceito da ideologia. Percorrendo, no essencial, os caracteres gerais de cada uma das teorias analisadas, ao invés de entendê-las por si próprias, são interpretadas, segundo o método histórico-dialético, como expressões da hegemonia da classe que emerge como dominante a partir da consolidação do modo de produção capitalista. Evidenciando-se, assim, a essência ideológica de tais discursos, permite-se que sejam reavaliados em seu alcance e fins, propiciando uma prática que, sem lhes pretender a abolição ou superação imediatas, permita o seu exercício em termos menos refratários à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: teorias da pena; ideologia; materialismo histórico-dialético; Ideologia Alemã.

Abstract: The scope of this analysis is to review the great theoretical discourses on the legitimation of punishment and Criminal Law and their inability to materialize in terms of reality. Faced with the large gap between the normative programming they inspire and its effectiveness, the possibility is revealed that they are devoid of scientificity, as a rational discourse oriented towards the understanding of a certain set of evident phenomena, degenerating into ideological expedients of legitimizing a form of social control through the expression of the power to apply penal sanctions. For the interpretation of the verified phenomenon, some of the main theses of Marx and Engels are revisited, as exposed in The German Ideology, and their peculiar way of defining the concept of ideology. Going through, in essence, the general characteristics of each of the analyzed theories, instead of understanding them by themselves, they are interpreted, according to the historical-dialectical method, as expressions of the hegemony of the class that emerges as dominant from the consolidation of the capitalist mode of production. Evidencing, thus, the ideological essence of such discourses, it is allowed that they be reassessed in their scope and purposes, providing a practice that, without intending their immediate abolition or overcoming, allows their exercise in terms less refractory to the dignity of the human person.

Keywords: theories of punishment; ideology; historical-dialectical materialism; German Ideology.

Recebido em: 30/10/2023
Aprovado em: 10/11/2023

Como citar este artigo:

NÁPOLIS, Paulo Márcio de;
GUEDES, Jefferson Carús.
Teorias legitimadoras da
pena: ciência ou ideologia?
Uma análise crítica dos
discursos penais
dominantes à luz do
conceito de ideologia em
Marx e Engels. Revista da
Defensoria Pública do
Distrito Federal, Brasília,
vol. 5, n. 2, 2023, p. 155-176.

* Mestrando em Direito
(CEUB). Defensor Público
do Distrito Federal.

** Professor da Graduação,
Mestrado e Doutorado
(CEUB). Doutor e Mestre em
Direito Processual Civil
(PUC-SP). Advogado e
Consultor Jurídico.

1. Introdução

Chegamos ao interior da Penitenciária do Distrito Federal II para o atendimento semanal. São oito horas. Ao longe, no horizonte, o céu, do azul inconfundível do Planalto Central, parece fundir-se com a vegetação ressequida do cerrado, criando uma atmosfera bucólica. Não nos permitimos demorar muito na contemplação. Transpostos os robustos portões de ferro em que se incrustam pesadas grades, logo percorremos a via principal que nos conduz aos pátios de atendimento, fronteiros aos blocos interiores que guardam as pessoas em cumprimento de pena. Conduzidos em filas, roupas alvas a contrastar com as tezes escuras - Caetano Veloso e Gilberto Gil não se enganaram ao sinalar que “são quase todos pretos” (Haiti, 1993). Cabeças baixas, permitindo divisar as maçãs do rosto amolecidas e murchas, que ganham realce com os cabelos cortados rente. Braços para trás, algemas grossas contrastando com os pulsos finos. Não podem caminhar ou falar sem autorização. Dirigem-se aos policiais penais e a todos os demais como senhores e senhoras (mesmo que, em alguns casos, tenham idade superior a eles). Terminado o atendimento, o mesmo ritual. São conduzidos em fila, mãos algemadas, olhos vazios a fitar o chão. Passando pela revista, são postos de joelhos, cabeças baixas, bem próximo à parede, aguardando a ordem para serem conduzidos de volta ao cubículo que lhes serve de expiação e lar. Nada ali lhes pertence, senão a obediência. São os “donos de nada”, de que fala Eduardo Galeano (2010): dependem daquilo que se convencionou chamar Estado para alimentarem-se, satisfazerem as necessidades fisiológicas, terem ou não um leito para dispensar o corpo após mais um dia, higienizarem-se, não serem torturados, agredidos ou violentados. Podem ser privados, de um jato, de todo e qualquer contato com o mundo exterior. Algo mais que o tempo existencial foi-lhes subtraído com o escarmento, ou a pretexto deste. Quem ali ingressa, na condição de carcereiro ou encarcerado, jamais será o mesmo, a menos que não se cuide de um ser humano¹.

¹ O parágrafo introdutório é narrado a partir de uma das tantas incursões de um dos autores no interior do Complexo Penitenciário da Papuda no Distrito Federal, no cumprimento de seu dever de Defensor Público, com exercício de atribuições no Núcleo de Execuções do Distrito Federal. A Penitenciária do Distrito Federal II é uma das unidades destinadas ao cumprimento da pena em regime fechado, ao lado da unidade homônima que se singulariza pelo algarismo romano I. No mesmo espaço, situam-se o Centro de Internamento e Reeducação, destinado às pessoas em cumprimento de pena no regime semiaberto, sem o trabalho externo concretizado e os Centros de Detenção Provisória, I e II, devotados aos presos provisórios, ainda sem uma condenação definitiva. Não se descurou, aqui, de apresentar as circunstâncias de que se partiu para a análise, por um pretenso escrúpulo de neutralidade. Com efeito, de há muito, as próprias ciências naturais perderam a sua presunção de assepsia e distanciamento do observador. As suas experiências e formação, tais quais adquiridas e moldadas ao longo de sua existência biológica, psíquica e social, repercutem, também, no resultado de suas análises. Se é assim, o único compromisso possível não é com a adoção de uma (im)possível relação de alheamento e alteridade com o objeto, mas de compromisso em demonstrar a metodologia e o itinerário intelectual que levaram às conclusões adotadas, permitindo-lhes o controle e a crítica. No limite, no âmbito das ciências do espírito, não se descrevem fenômenos com pretensão à objetividade, mas se lhes busca uma compreensão dentro de possíveis sentidos e valores, sendo inevitável a opção por uma interpretação possível – posto

O Distrito Federal contempla, atualmente, no respectivo sistema penitenciário, 16.814 pessoas encarceradas². Nacionalmente, ainda no ano de 2022, esta população atingira a cifra de 832.295, com o cômputo das pessoas custodiadas pela Polícia³. Com tal contingente, em números absolutos, a população brasileira privada de sua liberdade em estabelecimentos oficiais tornara-se a terceira maior do mundo⁴, atrás, apenas, dos Estados Unidos e da China, conquanto detenha, tão-somente, a sétima população absoluta global. Compõe-se aquela, em sua expressiva maioria, de homens e mulheres jovens e com baixo grau de escolaridade, com índice de analfabetismo superior à média nacional. Em sua composição, 68,2% são pessoas negras, o que contrasta com as frações percentuais do total de pessoas que se autodeclararam pretos e pardos no Brasil, que correspondem, respectivamente, a 10,6% e 45,3%⁵.

Em sua evidência mais elementar, a execução de uma pena privativa de liberdade, envolve o exercício do poder de um grupo de pessoas sobre outro, previamente selecionado, com o intuito de causar-lhe sofrimento⁶. Mas a sua singularidade reside em plasmar uma forma de violência exercida com o apanágio do consentimento, ainda que tácito, da comunidade que o presencia e realizada por pessoas especialmente investidas deste poder, segundo um procedimento previamente regulado abstratamente⁷. Cuida-se, pois, de um fenômeno essencialmente político, posto que não exclusivamente, na medida em que envolve uma das manifestações mais típicas e expressivas do poder do Estado, enquanto titular do poder de impor a sua vontade coativamente, inclusive com o recurso à violência física.

Mas, evidência que acompanha toda a análise do fenômeno político, nenhum poder com tal compostura e magnitude pode ter aspiração a conservar-se como fato, caso não tenha alguma

que não exclusiva, excludente ou absoluta. A proposta hermenêutica de Gadamer (2021) é, aqui, uma proposta fecunda e alvissareira.

² DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Estado da Administração Penitenciária, 2023. Sistema prisional em números. Disponível em: <<https://seape.df.gov.br/painel/>>. Acesso em: 05 de ago. de 2023.

³ BRASIL. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>>, p. 276 da versão em PDF. Acesso em: 05 de ago. de 2023.

⁴ WORLD PRISION BRIEF. World Prision Population List, 13th. ed, 2021. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_13th_edition.pdf>. Acesso em: 05 de ago. de 2023.

⁵ BRASIL. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>>. Acesso em: 05 de ago. de 2023. Segundo o aludido estudo, à página 285 da versão em PDF, 77,8% dos presos informaram a sua cor/raça.

⁶ É certo que, como demonstra Foucault (1987), a privação da liberdade, enquanto modalidade específica de punição institucionalizada, nem sempre existiu. Foi o importante momento de um processo de formação histórica e atendeu a imperativos particulares. Mas isso não lhe subtrai o caráter de infligir dor, seja nos seus efeitos programados, seja naquilo que não se explica pelos últimos, embora correlacionado.

⁷ É certo que nem sempre foi assim. A assunção do monopólio do magistério repressivo e do uso da violência pelo Estado foi um processo histórico lento e gradual que, quanto às penas privativas de liberdade, somente se completou com a formação dos Estados Nacionais na modernidade (Barros, 2001).

medida de sustentação ou legitimidade, forcejando o nascimento de arranjos normativos que compõem os mais diversos sistemas de direito positivo existentes (Bobbio, 2005). Para além das explicações puramente fundadas na necessidade material, que, na realidade, seriam uma recusa a qualquer fundamentação⁸, coube à Filosofia Política desfilhar um elenco significativo de teorias que pudessem alicerçar e embasar o poder punitivo da comunidade politicamente erigida sob a forma de Estado, indicando-lhe sentidos e diretrizes⁹. De um modo geral, estas teorias podem ser alinhadas em duas grandes classes: absolutas e relativas, ou, respectivamente, retribucionistas e prevencionistas, com as suas próprias diferenciações internas em subdivisões. Reprimir o prevenir o crime, ora ambos, partindo do fato praticado ou de seu autor: estas as matrizes lapidares que, ganhando densidade política, têm inspirado o modelamento, o delineamento, a morfologia, transformação e, ao menos em tese, a fisiologia dos sistemas de controle social de pessoas e comportamentos que viriam a desaguar, em sua forma mais aprimorada, em sistemas normativos com a pretensão de autonomia, autorreferenciabilidade e autorregulação (Jakobs, 2012), que constituem a marca das sociedades contemporâneas.

Não obstante, a análise das condições e circunstâncias reais que presidem à imposição e execução das penas privativas de liberdade traz à tona as contradições entre as motivações ideais que imantam os sistemas penais e o seu funcionamento. Sob o pálio dos discursos legitimadores, a pena deveria albergar, com um preço e sacrifício mínimos de valores vitais da coexistência, uma promessa de paz, segurança e justiça. Não obstante, o mínimo contato com a realidade, a que se quer furtar com a assepsia das técnicas abstratizantes, demonstra que aquilo com o que se busca assegurar tais valores transmuda-se, ele próprio, em um instrumento proliferador de violência, insegurança e reprodutor de mecanismos de exclusão e injustiça. A seletividade e as cifras ocultas, os abusos e desvios das autoridades públicas, a expansão dos índices de criminalidade e a reincidência tornam-se indícios de que a prática não reflete o discurso (Zaffaroni, 2001). Quando se aprofunda, um pouco mais, o processo de percepção desta realidade subjacente, principia-se a perceber que, ao menos como hipótese, as disfunções da pena privativa de liberdade e do cárcere que lhe serve de cenário não seriam apenas um efeito marginal, mas um elemento estruturante e essencial à sua própria tessitura: talvez o problema do cárcere, seja o próprio cárcere (Baratta,

⁸ São as que justificam o poder pelo poder. Na realidade, partem de uma explicação tautológica: em sendo poder, prescinde de justificar-se e, se o precisa, já deixou de sê-lo. Pode-se, aqui, opor a esta premissa a refutação de Hannah Arendt: “o poder não precisa de justificação, sendo inerente à própria existência das comunidades políticas; o que realmente precisa é legitimidade” (Arendt, 2013). Não se trata, pois, de justificar o poder, mas a sua legitimidade.

⁹ Já Platão defende um fundamento e uma justificativa para o exercício da punição institucionalizada, ao pronunciar-se pela boca de Protágoras: “*Quien piensa en castigar de modo razonable, no lo hace por el injusto ya cometido... sino com la voluntad futura de que ni el autor mismo vuelva a cometer tal injusto, ni tampoco los demás que vem como aquél es castigado*” (Platão *apud* Jescheck, 2014).

2011). Ora, o objetivo de toda teoria com pretensão à racionalidade e à correção é a explicação de um determinado setor da realidade. Mas, quando os seus postulados e leis são sistematicamente desmentidos pela observação acurada desta mesma realidade, devem perder a sua aptidão e confiabilidade, inspirando a suspeita de que possam ser falsas. No âmbito do discurso formalizado das diversas teorias penais, uma das formas de enfrentar tal desarmonia é a recusa sistemática de contato com a realidade e a sua própria negação, situando-a em um nível próprio de abstração e esvaziamento de quaisquer dados empíricos (Zaffaroni, 2001)¹⁰. Esta atitude, porém, não é indene de consequências deletérias, porque, aqui, a consequência não é apenas o sacrifício da verdade, mas a legitimação de uma forma de exercício do poder político de controle social que é, em si mesma, violenta, dispendiosa e, potencialmente, aniquiladora da liberdade individual. Mas, quando este exercício apresenta o apanágio das teorias justificadoras, torna-se ainda mais lesivo e difícil de ser confrontado.

O escopo do presente trabalho é analisar a questão do confronto entre as grandes matrizes teóricas que sustentam, grosso modo, a pena privativa de liberdade e o próprio Direito Penal e a sua inaptidão para dar conta das disfunções estruturais que se generalizam e que se difundem em todo o seu mecanismo real, esgarçando-lhe o tecido que serve de envoltório. Parte-se da hipótese de que as teorias de fundamentação do poder punitivo, ao despirem-se da aptidão para explicar o que se passa no plano das relações reais, esvaziaram-se da essencialidade de qualquer construção científica que é a aspiração a serem verificadas e evidenciadas em fenômenos observáveis e suas correlações ou de servirem de instrumento idôneo à sua compreensão. Diante deste descompasso entre a realidade, a programação normativa e as suas matrizes teóricas inspiradoras, estar-se-ia, assim, não diante de um exercício de cientificidade, mas de pura ideologia, como singela técnica e instrumento de sustentação do poder exercido pelo grupo hegemônico no corpo social?

Para fins de que se possa analisar e propor uma resposta a semelhante problema, ele será escrutinado a partir da contribuição singular de Marx e Engels, sobretudo através da invocação das pedras angulares de *A Ideologia Alemã*, que determinou uma forma de conceber o fenômeno ideológico que, a despeito de tudo em que foi confrontada ou refutada, ainda é encarecida por um profundo senso de coerência e atualidade. Para tal fim, após expostos os caracteres centrais das grandes matrizes teóricas de justificação da pena – retribucionistas e prevencionista, serão

¹⁰ É o caso típico das teorias jurídicas formalistas e de matiz idealizante, segundo a qual a ciência jurídica teria o condão de construir o seu próprio objeto, ao invés de interpretar e disciplinar a realidade existente. Não sem razão, como adverte Zaffaroni (1997), o idealismo e a recusa de contato com a realidade têm sido a marca de sistemas penais autoritários.

revisitadas, no essencial, as premissas e conclusões centrais daquela obra¹¹, no que possam substanciar uma lente teórica hábil à interpretação e crítica destas finalidades. Ato contínuo, com o recurso a expoentes da ciência jurídico-penal que guardam, em maior ou menor medida, fidelidade à tradição do materialismo histórico-dialético, serão confrontadas as principais teorias de justificação das penas, em suas grandes matrizes teóricas, com as teses da obra dos grandes autores germânicos, diminuídas em sua abstração e generalidade, para abarcar, com especificidade, o problema da pena e do próprio Direito Penal.

Em sede das considerações finais, serão congregadas, sistematicamente, as conclusões principais da análise, a partir dos eixos mencionados, observando-se a metodologia dedutiva.

2. Retribuir e prevenir, a partir do fato ou de seu autor. Os dois grandes eixos de sustentação do discurso mobilizado pelo Direito Penal

Com variações mais ou menos proeminentes, desde quando se procurou esboçar uma justificativa para o exercício do poder punitivo empunhado por um Estado suficientemente consolidado a tomar a si o correspondente monopólio de reprimir os fatos delituosos, duas ordens de considerações disputam a primazia de tal fundamentação: as teorias absolutas, ditas retribucionistas, e as relativas, com considerações de ordem prevencionista e utilitária (Queiroz, 2005). Embora, de um modo geral, tentativas de justificação da punição sempre tenham existido, pretende-se analisar estas duas vertentes a partir do Iluminismo europeu que se potencializa no século XVIII, quando tais teorias começam a ganhar corpo no interior de sistemas bem delimitados e em circunstâncias específicas¹².

A partir dos subtópicos seguintes, serão delineadas as propostas centrais de cada uma destas grandes matrizes, a partir de seus corifeus filosóficos.

¹¹ Tendo em vista o caráter de elevada abstração e abrangência da obra, além de impossível, um tratamento mais denso furta-se-ia ao que se faz necessário para a resposta ao problema de pesquisa delineado.

¹² Isso não quer dizer que tais teorias chegaram a ser incrementadas, em suas formas puras, por algum sistema específico. A análise, aqui, gravita em torno da elevada abstração dos sistemas de justificação ideal, os quais, sob o influxo da sua aplicação à experiência, através dos diversos sistemas de direito positivo ganharam o contorno de formas híbridas, onde, invariavelmente, coexistem o elemento retributivo e preventivo (Roxin, 2000). Todo modo, compreende-se que a análise, a partir das formas puras, aproveita-se às teorias mistas ou híbridas que mais não fazem que as combinar, pretendendo extrair o essencial de uma e outra.

2.1 As teorias absolutas ou retribucionistas da pena

Sob o pálio de tais teorias, agrupam-se aqueles que compreendem a sanção penal e, por conseguinte, a pena privativa de liberdade como forma de punir um determinado comportamento, retribuindo-se, com a punição, uma certa conduta, em determinadas condições – *punitur quia peccatum est* (Queiroz, 2005, p. 9). São consideradas como absolutas, na medida em que, essencialmente, a pena é uma resposta necessária e suficiente em si, como retribuição de um mal, prescindindo-se da demonstração de quaisquer outros efeitos externos a ela.

Este é, por exemplo, o escólio de Kant, tal qual se pode extrair da *Metafísica dos Costumes* (2008). Como se sabe, o mestre de Königsberg partira da diferenciação entre dois horizontes essenciais e inconfundíveis, abarcáveis pelos dois conceitos fundamentais de natureza e liberdade, como explicitado na introdução da *Crítica da Faculdade do Juízo* (2016, p. 1 e 2):

“Todavia, existem somente duas espécies de conceitos que precisamente permitem outros tantos princípios da possibilidade dos seus objetos. Referimo-nos aos conceitos de natureza e ao de liberdade. Ora, como os primeiros tornam possível um conhecimento teórico segundo princípios a priori, e o segundo com relação a estes comporta já em si mesmo somente um princípio negativo (de simples oposição) e todavia em contrapartida institui para a determinação da vontade princípios que lhe conferem uma maior extensão, então a Filosofia é corretamente dividida em duas partes completamente diferentes segundo os princípios, isto é, em teórica, como filosofia da natureza, e, em prática, como filosofia da moral (na verdade é assim que se designa a legislação prática da razão segundo o conceito de liberdade.

Destarte, no sistema kantiano, divisa-se um mundo dividido entre a liberdade e a natureza, com os seus domínios e legislação próprias. Enquanto os objetos do mundo natural regem-se por uma relação de causalidade, o ser humano, dotado da capacidade de agir segundo fins¹³, pode, à mercê da ideia de liberdade, forrar-se à inexorabilidade causal que rege os fenômenos naturais, tornando-se, ele próprio, a origem de sua própria causalidade – embora em um sentido diverso da causalidade meramente natural. Assim, dotado de uma razão prática e de uma vontade capaz de determinar, a partir daquela, os seus próprios objetos e de ser a causa deles, a consequência é que os seus feitos, sendo reconhecidos assim como obra sua, podem-lhe ser imputados e gerar consequências.

¹³ Segundo Kant, na *Crítica da Faculdade do Juízo*, a finalidade é uma forma específica de causalidade intelectual, ou seja, a partir de conceitos (2016, p. 235).

Nesta dimensão, seja perante a legislação interna posta pela sua própria razão, seja perante a legislação externa¹⁴ posta por uma autoridade pública investida e suscetível de impor sanções ao descumprimento, o homem será sempre visto como uma pessoa, enquanto suscetível de escolher e determinar-se por leis morais, o que lhe confere uma dimensão de autonomia e dignidade, por ser, dentre tudo o que existe, capaz de conduzir a sua própria vida por escolhas não imputáveis senão a ele próprio. Assim, é a circunstância de apresentar moralidade, enquanto a possibilidade de guiar-se e orientar-se por uma legislação que ele mesmo produz, que discerne a pessoa humana, conferindo-lhe dignidade e centralidade em toda a criação:

Ora, somente temos uma única espécie de ser no mundo, cuja causalidade é dirigida teleologicamente, isto é, para fins, e, todavia, de tal modo constituída que a lei, segundo a qual ela determina a si própria fins, é representada por eles próprios com incondicionada e independente das condições naturais, mas como necessária em si mesma. Esse ser é o homem, mas considerado como *numeno*; o único ser da natureza, no qual podemos reconhecer, a partir da sua própria constituição, uma faculdade suprassensível (a liberdade) e até mesmo a lei da causalidade como objeto da mesma, que ele pode propor a si mesmo como o fim mais elevado (o bem mais elevado do mundo) (Kant, 2016, p. 311-312).

Destarte, para Kant, independentemente das suas singularidades próprias, o homem, todos eles, salvante as hipóteses de patologias mentais ou de imaturidade em razão da idade, por ser livre, deve ser reconhecido, essencialmente, como autor de suas próprias condutas, as quais lhe devem ser imputadas, carregando-lhe responsabilidade. Logo, toda legislação que se pretenda legítima, deve partir desta ideia essencial, de sorte que toda consequência punitiva somente se pode suceder ao reconhecimento de um comportamento oriundo da vontade que a faz imputável a uma pessoa. Além disso, a própria ideia de punição exaure-se na retribuição do comportamento assim verificado, não se lhe podendo agregar qualquer outro móvel ou finalidade exterior. Com efeito, a conduta voluntariamente praticada a partir de uma escolha livre é o único fundamento para a punição, erigindo-se, outrossim, no limite intransponível da mesma, porque infligir um mal, sob qualquer outro fundamento e, para além dos limites do mal ocasionado pela conduta, ainda que por objetivos externos outros valiosos à comunidade, significaria mediatizar o homem, ou seja, torná-lo como singelo instrumento de consecução de outras finalidades, quando, segundo o imperativo categórico¹⁵, deve erigir-se em fim em si mesmo. Destarte, o único fundamento capaz

¹⁴Em Kant (2008), as leis éticas, em sentido estrito, e as leis jurídicas não se discernem pelo seu conteúdo, mas pela origem de sua imposição: interna e externa, respectivamente.

¹⁵Em Kant (2008), o imperativo categórico é aquela norma da razão que deve ser observada em si mesma e por si mesma, independentemente das consequências que se lhe podem suceder. São oponíveis aos imperativos hipotéticos

de substanciar o poder de punir é a retribuição ao mal ocasionado, sem qualquer outro móvel ou finalidade possível e o seu limite é disciplinado pelo Talião: mais seria mediatizar o homem e, menos, significaria condescendência, como sublinha, expressivamente, o próprio Kant:

A lei da punição é um imperativo categórico e infeliz aquele que rasteja atrás de tortuosidades do eudaimonismo, a fim de descobrir algo que libere o criminoso da punição ou, ao menos, reduza sua quantidade pela vantagem que promete, de acordo com as palavras farisaicas: “É melhor que um homem morra do que pereça um povo inteiro”. Se a justiça desaparecer não haverá mais valor algum na vida dos seres humanos sobre a Terra.

Também Hegel, no interior de seu próprio sistema filosófico, projeta a pena, com caráter retributivo, negando-lhe finalidades outras, além das que decorrem de si própria. Entretanto, para sustentá-lo, não adota as mesmas premissas de que parte Kant. O seu ponto de partida e parâmetro é o próprio Direito. Com efeito, consente com que é a liberdade o valor que confere singularidade e dignidade ao ser humano. Mas, de acordo com o pensamento hegeliano a liberdade somente se possibilita e substancializa no âmbito do Direito. Conforme se extrai dos *Princípios da Filosofia do Direito* (1997, p. 12):

O domínio do direito é o espírito em geral; aí a sua base própria, o seu ponto de partida está na vontade livre, de tal modo que a liberdade constitui a sua substância e o seu destino e que o sistema do direito é o império da liberdade realizada, o mundo do espírito produzido como uma segunda natureza a partir de si mesmo.

Se, em Kant, o delito é concebido como um mau exercício do livre arbítrio, resultando em uma conduta exterior que não se pode compatibilizar com o arbítrio alheio, segundo uma lei universal, em Hegel, torna-se uma forma de exercício da liberdade¹⁶. Assim, embora subjetiva ou empiricamente, o delito represente um mal, isso não lhe desvenda a verdadeira essência. Apenas no âmbito do Direito e de sua ideia, recebe a sua significação, enquanto ato livre e gerador de efeitos jurídicos. Destarte, a pena surge não como um fator de retribuição de um mal moral ou

que não se observam em si mesmos e por si próprios, mas, apenas, na medida em que valiosos para um determinado resultado exterior.

¹⁶ Hegel, aqui, critica a ideia de Direito em Kant, tal qual extraída da Doutrina do Direito, por compreender que ela somente contempla uma definição negativa da liberdade, como limitação do arbítrio ou da escolha. Para o primeiro, esta definição seria insuficiente e limitada, pois não daria conta da liberdade como fruto de “uma vontade existente e racional em si e para si” (1997, p. 31).

como fator de intimidação (o que, a toda evidência, atentaria contra a dignidade do ser humano, transformando-o em um objeto destituído de liberdade, impelido por instintos). É a resposta contemplada no próprio Direito à sua negação que, em um momento de objetivação do espírito, afirmá-lo-ia, exaltando, portanto, a liberdade, inclusive na pessoa de quem o conspurca. Por via de consequência, através da pena, o próprio infrator possui a sua liberdade respeitada, pois recebe a resposta que lhe é devida de acordo com o Direito que, sobre reafirmar a própria existência, ressalta a liberdade do agente. Ao receber a pena retributiva e justa, proporcional ao delito, para além de qualquer outra função preventiva que possa possuir, o autor tem a sua liberdade respeitada e o Direito, a sua devida afirmação.

De um modo geral, embora tenham resultado em uma evolução importante no processo de contenção do poder punitivo, ao delinearem exigências e limites ao seu exercício, na medida em que pressupõem um ato imputável à vontade de um sujeito, não podendo ir além da extensão da magnitude do mal que dele resulta¹⁷, as teorias absolutas foram preteridas por aquelas de viés relativo ou prevencionista, as quais, conquanto assimilando alguns efeitos do retribucionismo, passam a perseguir finalidades específicas para além da simples necessidade de punir como imperativo de justiça categórico, tal qual se passa a expor no tópico seguinte.

2.2 As teorias relativas ou prevencionistas da pena

Para logo, verificou-se que as teorias calcadas no retribucionismo revelavam-se impróprias às necessidades do poder punitivo. Com efeito, dotadas de um cariz metafísico, invocavam para o Estado um papel de dispensador de uma justiça absoluta. Não obstante, se isso era curial a um estado de coisas em que o soberano terreno era não mais que um representante da divindade cristã encarregado, ele próprio, de punir as condutas contrárias aos valores por ele encarnados, torna-se refratário a um novo estado de coisas onde, sob uma ótica laica de liberdade e tolerância religiosa e moral, o Estado somente se deve ocupar de coisas e assuntos humanos e terrenos. Como resultante desta guinada de orientação, mais acorde com o estado de coisas que emergiu das revoluções burguesas que puseram em derrocada os últimos redutos do Antigo Regime, os esforços

¹⁷ A seu tempo, as teorias retribucionistas serviram e ainda servem de contenção ao exercício do poder punitivo, proibindo que alguém seja punido por qualquer estado ou situação que não seja emanado e alicerçado na emanação de uma vontade livre e consciente. Além disso, a extensão da pena não pode, segundo esta perspectiva, ser superior aos limites do mal ocasionado pelo próprio crime. Com isso, foram coarctados excessos que eram praticados sob o pálio do absolutismo monárquico, consolidando uma importante conquista liberal no processo de subversão do anterior modelo punitivo, os quais, não raro, atribuíam a delitos menos graves sanções severas e desproporcionais. (Queiroz, 2005, p. 23).

de fundamentação do poder punitivo logo se voltaram para a exigência, não tanto de responder ao mal causado pelo delito, mas para a finalidade de evitá-los – *punitur ut ne peccetur* (Queiroz, 2005, p. 09).

No seu primeiro estágio, através da construção teórica edificada por Feuerbach, adotou-se a perspectiva de que a ameaça de pena, previamente cominada e legalmente prevista¹⁸, funcionaria como um contraestímulo psicológico que, contrabalançando os impulsos que poderiam conduzir ao crime, impedi-los-ia. Partia-se, pois, de uma concepção antropológica vazada na compreensão de um sujeito livre e racional, suscetível de calcular, previamente, as possíveis vantagens e desvantagens de sua conduta, inibindo as pressões antissociais pelo temor de sofrer um malefício superior às vantagens que poderiam advir de sua conduta. Tratar-se-ia de realizar a prevenção geral (porque voltada à generalidade das pessoas, através da cominação abstrata da pena) negativa (pois se visa a evitar a prática de delitos).

Em um estágio posterior, a influência exercida pela expansão das ciências biológicas, a partir do século XIX, colocou em xeque este paradigma. *Ad instar* do evolucionismo de Darwin, os privilégios que se faziam atribuir ao homem como sujeito racional e livre, absolutamente inconfundível com os demais, foram sendo paulatinamente questionados e depauperados: o homem não era senão um animal singularizado por um processo de seleção natural específico. A partir da difusão da pena privativa de liberdade, proliferando-se os estabelecimentos destinados ao encarceramento coletivo, acentuou-se uma tendência à pesquisa em torno das causas do delito e estas passaram-se a ver albergadas não mais em um ato de escolha livre de uma consciência autônoma e distinta, mas em fatores biológicos e psicológicos. Aprofundando esta fratura com as concepções metafísicas anteriores, a nascente sociologia, em sua matriz positivista, passa a buscar a explicação do delito em fatores e circunstâncias sociais, incontroláveis pela consciência. Destarte, o nascente positivismo, com a sua perspectiva extraída do modelo das ciências naturais, baseadas na experimentação e na demonstração de relações de causalidade irrefragáveis, alicerçando-se, primeiro nos aspectos biopsicológicos e, posteriormente, sociais, investem contra a concepção do delito como derivado de um ato de vontade de um sujeito consciente, passando a buscar a sua causa em fatores diversos e incontroláveis pelo arbítrio humano (Baratta, 2011).

Destarte, não se podendo explicar o delito pela autonomia do sujeito ativo, natural que o vértice da pena, ao invés de voltar-se, abstrata e indefinidamente, para a generalidade dos sujeitos humanos, fosse voltada para o próprio sujeito infrator ou potencialmente infrator (daí o seu caráter

¹⁸ No que se contemplavam os princípios da reserva e da anterioridade legais.

de prevenção especial), com o fito de neutralizar as possíveis causas precipitadoras do delito (advindo o seu matiz negativo). Assim, muito mais que a retribuição por um ato supostamente livre de um sujeito capaz de nortear as suas escolhas racionalmente, a pena torna-se um ato de “engenharia social”, visando, segundo a explicitação de Von Liszt, no seu Programa de Marburgo, adequar-se à figura do próprio infrator, intimidando os que o pudessem ser, corrigindo os que se afigurassem hábeis a sê-lo, mas neutralizando os que não fossem intimidáveis ou corrigíveis (Zaffaroni, 1997, p. 305). O propósito de reabilitação, outrossim, foi amplamente utilizado como modo de propiciar a reintegração social das pessoas condenadas (Anjos, 2009).

Mais próximo a nós, a partir do último quartel do século XX, passou-se a falar, em detrimento de uma ideia de prevenção geral negativa tendente à evitação da prática delituosa através da coerção psicológica, em favor de uma prevenção geral positiva. É a ideia que imanta a proposta teórica de Günther Jakobs, segundo a qual a sanção penal não teria o condão de evitar a prática de delitos – pelo contrário, quando ela é aplicada, o seu pressuposto já se teria aperfeiçoado, esvaziando-se tal significado. A aplicação da pena seria uma providência adotada, sob tal perspectiva, visando a cristalizar na consciência dos demais a noção de que a norma violada permanece atuante, confirmando-lhe a vigência. A resposta penal, destarte, confirmaria as expectativas sociais em torno da observância da norma, carreando estabilidade e segurança (Jakobs, 2003).¹⁹

No momento de crise do paradigma do Estado Social e diante da propalada debilidade do cárcere em reabilitar as pessoas em cumprimento de pena, voltou-se, a partir das décadas finais do século XX, sob a égide do ideário neoliberal, a invocar a teoria retribucionista, sob a perspectiva de os homens calculariam riscos e, portanto, a pena deveria ser uma resposta que demonstrasse a inconveniência do delito – o neoretribucionismo.

3. Apreciação crítica das teorias legitimadoras da sanção penal a partir das teses centrais de A Ideologia Alemã

¹⁹ Como o presente estudo não possui por âmago o estudo das diversas teorias que legitimam a resposta penal, são expostas as suas premissas básicas e conclusões, tanto quanto bastem para a sua finalidade nevrálgica, ou seja, a sua clivagem crítica à luz da teoria de Marx e Engels, como exposta na Ideologia Alemã. Para um maior aprofundamento sobre a teoria da prevenção geral positiva de Jakobs, consultar a obra “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal” (2003).

As diversas matrizes teóricas trazidas à colação nos tópicos antecedentes enunciam uma tentativa de fundar uma justificação para um fato: a violência monopolizada, institucionalizada, ritualizada e imposta pelo Estado através das mais diversas manifestações do seu magistério repressivo exteriorizado sob a forma de pena e, especialmente, pena privativa de liberdade (que ainda constitui a centralidade dos sistemas repressivos). Vagueando entre a expressão de um ideal de justiça retributiva pura contra um mal conscientemente praticado por um sujeito livre e a expressão dos anseios de um instrumento de evitação de condutas injurídicas através da cominação e execução de penas, seja pela intimidação psicológica de possíveis infratores, seja pela incidência concreta de possíveis móveis criminógenos atuantes sobre um agente específico, tratando-o ou neutralizando-o, seja pela afirmação de valores socialmente relevantes, confirmando, contrafaticamente, a vigência da norma violada, o que se visa, em última análise, é fundamentar, racionalmente, o exercício de um poder, legitimando-o.

Entretanto, quando se deixa a esfera das abstrações teóricas, descendo-se ao plano da realidade, o que se vislumbra é a negação da própria idealidade da programação finalística presente naquelas matrizes filosóficas. O exercício do poder punitivo mais parece o sortilégio de uma prática arbitrária que, em lugar de punir todos os que se afastam do cumprimento da norma jurídico-penal, parece satisfazer-se em punir, apenas, uma pequena camada daqueles, segundo um especial critério de seleção. E existe um padrão de seleção mais ou menos evidente: são sempre determinados tipos de delitos e, principalmente, de atores sociais que se perseguem: estar investido em determinados estratos sociais, sob determinadas condições ou circunstâncias, mais do que, propriamente, um imperativo de justiça, parece ser o fator decisivo na opção sobre o que ou quem punir (Zaffaroni, 2001). Outrossim, as supostas finalidades preventivas, gerais ou especiais, não se coadunam com os índices de expansão da prática de delitos: por mais que se criem novas infrações penais ou se lhes recrudescer a resposta, não se observa qualquer tendência séria e sustentável de decréscimo. Estas vicissitudes, por seu turno, subtrai a seriedade de qualquer projeto teórico em torno de uma função promocional da pena no sentido de robustecer as expectativas sociais, quando se sabe que as mais lídimas expectativas sociais em torno dos pressupostos legitimadores da pena, como a prevenção, a igualdade, a ressocialização ou a preservação da dignidade humana não se confirmam.

Uma das respostas possíveis a estas contradições seria, pura e simplesmente, refugiar-se no campo das abstrações normativas e da diferenciação ontológica entre as esferas possíveis do “ser” e do “dever-ser”, como postulado pelo funcionalismo sistêmico de cunho normatizante de Jakobs (2003) ou as construções do neokantismo: a ausência de efetividade das normas não diz

nada além de que o que deveria ser não se converteu em ser²⁰, o que seria natural em termos de normas e valores. Entretanto, é necessário verificar-se que, aqui, está-se diante de uma legitimação que, potencialmente, permite o aniquilamento e o garroteamento de liberdade individuais. Quando se permite que o instrumental do poder punitivo seja, sistematicamente, exercido em dissonância com as finalidades que, em tese, devê-lo-iam orientar, não obtendo os resultados colimados, o que se tem, na realidade, é a legitimação da imposição de um mal destituído de justificação racional, que se converte em pura e simples inflição de dor e violência²¹.

Aos que não desejam enveredar pelo caminho cômodo, posto que prenhe de contradições, das reduções formalistas e relegitimadoras, sacrificando o homem e sua dignidade real ao altar de uma programação normativa que nunca se verifica, há o legado valioso de Marx e Engels, a partir da obra *A Ideologia Alemã*, a inspirar, como fonte perene e lúcida de pensamento, reflexão e crítica – que são o fermento de qualquer transformação. No conjunto de textos e ensaios que substanciam e corporificam a obra em questão, os autores consolidam a transição que os carrearia do idealismo ao materialismo histórico-dialético, em moldes que é preciso revisitar.

Adotam, a título de ponto de partida, o método dialético. Para eles, Hegel detinha razão contra Aristóteles em sua percepção da realidade. Contra a concepção aristotélica imperante até o surgimento da filosofia hegeliana, o processo de apreensão da essência da realidade consiste não em apreender um objeto na singeleza de sua significação isolada, afastando as negações dos predicados que se lhe pudessem atribuir. A realidade é um fluxo perene que não pode afastar as suas próprias contradições e negações, sob pena de não poder ser compreendida em sua completude e essência. A concepção hegeliana também marcaria profundamente os jovens Marx e Engels, ao contrapor, à ideia de um sujeito e um objeto absolutamente divorciados e inconfundíveis, através da categoria do trabalho, a constatação de que o sujeito interage com o meio que o circunda, transformando-o, na mesma medida em que é transformado por ele.

Não obstante, diversamente do idealismo que viceja em toda a extensão da obra do filósofo de Stuttgart, é à esfera dos fenômenos reais, dos fatos materialmente palpáveis e empiricamente constatáveis, que Marx e Engels recorrem para a compreensão dialética da verdade. Com efeito,

²⁰ Já, aqui, o próprio Kelsen (1994), no auge do seu formalismo, é mais reticente quanto a esta afirmação, porque, embora discernindo entre as esferas da validade e da eficácia da norma, irredutíveis, assenta que a validade da norma fundamental (*Grundnorm*) é condição necessária, mas não suficiente, de possibilidade de uma ordem jurídica globalmente válida, sendo imperioso que ela possua um mínimo de eficácia (social) para a subsistência desta mesma validade.

²¹ Valendo-se da prestigiosa expressão cunhada por Louk Hulsman, Zaffaroni denomina este fenômeno de sistemático exercício do poder punitivo divorciado das razões que o fundamentam como “as penas perdidas”, ou, no limite, como mero exercício da violência a pretexto de punir. Daí o sugestivo título de sua obra “Em busca das penas perdidas” (2001).

as sociedades são erigidas sobre indivíduos reais e não sobre abstrações metafísicas, os quais apresentam necessidades a serem satisfeitas, como alimento, bebida, vestuário, abrigo e que, para satisfazê-las, possuem a capacidade de incidir as suas forças produtivas sobre a natureza, através do trabalho, gerando, assim, as próprias condições necessárias à vida e à reprodução dela. Travando relações com outros homens, imbuídos das mesmas necessidades, estabelecem relações sociais, com trocas e cooperação recíprocas. Assim, diversamente do que preconizavam os tributários da filosofia idealista, a consciência, para Marx e Engels, não é algo que preexista e direcione a sua vida social, mas, antes, é resultado dela, algo que somente existe na e para as condições materiais de existência socialmente dadas. Dirão, em trecho célebre das Teses sobre Feuerbach: “não é a consciência que determina a vida, mas a vida que determina a consciência” (2007). Como conseqüência, diversamente do que postulam os idealistas, as noções morais, as crenças e os valores não existem como fruto de uma consciência isolada e autônoma, mas são construções elaboradas a partir de relações sociais enraizadas a partir de como os homens organizam-se para sobreviverem e satisfazerem às próprias necessidades. Não há, portanto, conceitos ou juízos definitivos em torno de cada uma daquelas noções, mas eles variam de acordo com a própria variabilidade e mutação das formas e estruturas em torno das quais os homens organizam e erigem a própria vida social.

Outra evocação constante da obra é a de que, ao longo da história, o intercâmbio social em torno do resultado do trabalho sempre se registrara desigual. Esta desigualdade geraria o domínio de uma classe social sobre outra. Para a manutenção e estabilização deste domínio, far-se-ia necessária a produção de crenças e ideias que o justificassem, dissimulando as contradições existentes. Também em passagem consagrada do texto, concluem os autores que as ideias dominantes seriam sempre a expressão hegemônica da classe dominante (2006). Se é assim, elas persistem até que as contradições irrefreáveis gerem a erosão do sistema e a substituição do poder de uma classe por outra, que, por seu turno, deverá engendrar os seus próprios mecanismos de justificação. É a este conjunto de crenças, valores e noções, sedimentadas, em sistemas mais complexos, no âmbito do direito, da política, da religião e da moral, que os autores concebem como ideologia. Logo, diversamente do que se pode pretender, não haveria noções definitivas ou a-históricas em torno de semelhantes temas, sendo todas, invariavelmente, um instrumento de legitimação e sustentação da hegemonia de uma classe sobre outra.

Escrutinando as diversas teorias que alicerçam o exercício do poder punitivo à luz das noções revisitadas, pode-se perceber que fornecem um campo fértil à testagem das últimas. Com efeito, todas as teorias ditas absolutas ou relativas da pena partem de uma noção a-histórica e

isolada de delito e ordem jurídica, como se fossem dados de modo apriorístico e natural. O homem infrator, com algumas singularidades entre uma e outra, é sempre aquele que está em confronto com uma ordem perpetuamente estabelecida, uma anormalidade que ameaça a generalidade dos demais membros da sociedade, em sua maior parte, constituída de pessoas reverentes aos dizeres e preceitos normativos. Quando são submetidas à abordagem de cunho materialista, que torna inócuas e imprestáveis as suas abstrações e o seu realismo, verifica-se que não se cuida senão de uma ficção. Não há um conceito único e invariável de crime ou de criminoso, sequer no mesmo período histórico, o que demonstra a impossibilidade de afirmação de um conceito ontológico de delito (Baratta, 2011). O que existem são construções sociais, mais ou menos sofisticadas, que encobrem o exercício do poder político dominante em cada época e lugar – que nada mais é que a expressão do poder da classe dominante. Logo, elas variam, igualmente, de acordo com as necessidades expressas pela própria manutenção do modo de produção subjacente, não de uma maior ou menor consciência isolada de quem quer que seja. Existe uma profunda conexão e dependência deste assoalho de relações e forças produtivas em sua feição social e histórica concreta e a superestrutura de poder que lhes confere expressão e permanência.

Sob tal prisma, cada uma das construções do retribucionismo ou prevenicionismo não parte de uma concepção ontológica de crime ou pena, mas de construções sociais e ideologizantes, engendradas por necessidades ínsitas ao controle social. Prova disso é que, como se passa a expor, apresentam-se profundamente díspares entre si.

Assim, é que, primeiro, o paradigma retribucionista revisita uma noção de homem abstrata, dissociada da sua individualidade histórica e de suas singularidades existenciais. Trata-se do homem que, “nascido livre e igual” aos demais, é concebido como dotado de razão e autonomia. Nesta justificação, é possível intuir o mesmo processo de abstração que engendra o conceito de “contrato social”, forjado por homens livre e iguais. Independentemente das desigualdades reais que lhes separem, são todos gasalhados sob a frente do mesmo gênero humano. Assim, é curial que o controle social seja visto como compensatório: se todos são livres e iguais e assumiram para si as obrigações decorrentes do contrato que reconhece direitos e deveres recíprocos, natural que respondam à violação da norma com as consequências previstas e ajustadas naquilo que se convencionou. Este expediente foi útil e relevante para, superando as formas de controle social vicejantes no Antigo Regime, pautadas na desigualdade e na arbitrariedade, a nova ordem burguesa ascendente dos movimentos revolucionários do século XVIII, pusesse amarras e controle àquilo que se lhe contrapunha. Contra as desigualdades e privilégios feudais, esgrime com a ideia de uma igualdade formal; contra os excessos e desmedidas do poder absolutista, esgrime com os

limites de uma pena que respeite a autonomia da vontade e o direito de liberdade. Mas, como não lhes interessava, a dimensão concreta da igualdade consistente em abarcar as profundas desigualdades realmente existentes foram abstraídas.

Não obstante, de modo diametralmente oposto, a partir do século XIX, irrompem as concepções de pena como prevencionistas. Paulatinamente, o aspecto ideal e metafísico que inspirava as teorias absolutas da pena cede aos apelos de um exercício mais pragmático e voltado para objetivos específicos. Em lugar da concepção de homem, como dotado de autonomia e liberdade de arbítrio, surge a noção de periculosidade. Em detrimento de um contrato celebrado por pessoas livres e iguais, o empreendimento social passa a ser visto a símile de um organismo vivo que, como tal, detém algumas células nocivas e potencialmente perigosas que devem ser constringidas, intimidadas e, quando isso não se faz possível, tratadas ou, no limite, simplesmente, neutralizadas, a bem da saciedade e da higidez do todo. Relacionando tal paradigma com o substrato real subjacente, não é difícil ver aqui a expressão de um controle social próprio de uma ordem burguesa que, já instalada no poder, não mais se precisava opor aos aniquilados restolhos da ordem feudal superada, mas que, às voltas com as massas que se avolumavam nos grandes conglomerados urbanos e que, famintas e destituídas das condições de sobrevivência, precisavam ser, preparadas e disciplinadas para atender às necessidades da indústria em expansão por mão-de-obra barata²² ou simplesmente neutralizadas.

Sucessivamente, no estágio de consolidação do *Welfare State*, a partir da segunda metade do século XX, como, em meio a um período de prosperidade econômica, a miserabilidade não mais poderia justificar o delito, ao menos em tese, a questão passaria para a égide de que a delinquência passa a ser vista como um sintoma de um distúrbio individual, demandante de tratamento para propiciar a reintegração, vazando as teorias da pena alicerçadas sobre o escopo de tratamento.

Exaurido, contudo, o ciclo de prosperidade econômica do Estado de Bem-Estar-Social, conseqüência direta das sucessivas crises financeiras que permearam o último quartel do século XX, a justificativa da pena é deslocada para as teorias da prevenção geral positiva fundamentadora, legitimada pela necessidade de reafirmação da vigência do Direito e confirmadora de expectativas sociais reputadas legítimas, em uma ordem social cada vez mais complexa e caótica. Em outra importante vertente, o ideário neoliberal revisita, novamente, o retribucionismo, que, em sua forma revista de neoretribucionismo busca a revalidar a pena como singela resposta ao delito, sem

²² Foucault (1987) relaciona a difusão dos estabelecimentos coletivos de encarceramento e cumprimento de pena ao imperativo de disciplinarização e preparação da mão-de-obra para as fábricas nascentes.

qualquer outra consideração no sentido de uma reintegração social ou tratamento – que se revelaram dispendiosos e mobilizadores de recursos financeiros que não se pretende mobilizar desta forma.

É certo que estas relações não se podem interpretar sob a lente de um determinismo absoluto – o que seria, em certa medida, trair o legado marxiano. Mas elas oferecem subsídios e um ponto de partida para uma reflexão crítica acerca das teorias e de seus pressupostos. Reconhecer, ao menos em parte, que uma fração substancial das teorias desagua em ideologia, no sentido muito próprio e específico com que definem Marx e Engels, não significa desconstruí-las ou torná-las imprestáveis, porque muitas delas, em diversos aspectos, também servem para o controle real da arbitrariedade, da violência e da irracionalidade do poder²³, não podendo ser renunciadas, ao menos até que se chegue a um estágio de profunda transformação das bases produtivas e de uma distribuição mais igualitária do produto do trabalho social. Todavia, ao fazê-lo, denunciando-lhes as contradições mais agudas e os aspectos ideologizantes e não fundados de muitas de suas construções, permitir-se-á um exercício mais consciente de suas limitações e menos ofensivo à liberdade individual. Não se trata, pois, de destruir ou prescindir-se da pena – o que seria, ao menos por ora, ingênuo e utópico, no sentido negativo dos termos, mas, compreendendo as suas contradições essenciais e os interesses reais a quem ela serve, promover-lhe o controle e a minoração de seus malefícios evitáveis ou a minimização daqueles não evitáveis.

4. Considerações finais

Evocada e revolvida, no essencial, as principais teorizações vicejantes no campo da justificação do poder punitivo e reveladas contradições essenciais com a crônica inaptidão das estruturas reais de poder em efetivá-las, emergiu a intuição essencial do presente trabalho: a possibilidade de que as diversas edificações teóricas, conquanto majestosas, não tivesse condições para obter os fins para os quais foram, em tese, programadas.

Alternativas são possíveis diante desta disfuncionalidade. A primeira seria o caminho do absentismo e da negação dos dados da realidade, como se o Direito e sua programação existissem

²³Aqui, é muito importante a admoestação de Alessandro Baratta (2011), no sentido de que, até a transformação profunda das bases materiais da sociedade e uma redistribuição mais igualitária do produto do trabalho social, renunciar às garantias do Estado Liberal, como legalidade, proporcionalidade, culpabilidade, devido processo legal, igualdade, dentre outros, significaria deixar desprotegidos e desabrigados de qualquer proteção justamente aqueles mais vulneráveis.

em si e para si próprios e esta vicissitude seria apenas um efeito colateral natural aos fenômenos do “dever-ser”. Embora bastante cômoda, os que aceitam tal possibilidade culminar por tomar para si a responsabilidade ética de estar justificando um conjunto de meios altamente dispendiosos de infringir sofrimento, violência e privação de direitos (que é o que consiste, na realidade, a pena privativa de liberdade) por fins que jamais se evidenciam.

A presente análise trilhou por uma outra via, que se tornou possível através da contribuição de Marx e Engels na obra *A Ideologia Alemã*, que serviu de norte teórico à interpretação do fenômeno estudado. Ao invés de analisar a cabal inaptidão do Estado e do Direito Penal de darem conta da contradição com as finalidades da programação normativa como secundárias e, até conaturais ao funcionamento de ambos, procurou-se, na esteira propugnada pelos autores, tomá-las como um fenômeno relevante e nevrálgico a qualquer conclusão que se pretenda sobre a questão. Seguindo o fio condutor do materialismo histórico-dialético ali consagrado, as teorias não foram tomadas como fim em si mesmas, mas como frutos e expressão de uma determinada ordem de relações de poder e hegemonia que não nascem de uma consciência autônoma através das ordens moral, jurídica ou política, mas da base material em que ocorrem as relações econômicas do modo de produção capitalista. Assim concebido, verificou-se que estas teorias, em certa medida, têm uma capacidade limitada de explicar ou fundamentar a realidade, porque partem de um conceito de crime absolutamente a-histórico, de caráter ontologizante, como se fosse um dado da natureza. Adversamente, verificou-se que as diferenças que possuem não são fruto de uma evolução da consciência, um salto do espírito, mas formas de acomodação levadas a efeito a partir das necessidades da classe dominante em formatar o controle social de acordo com a alteração das circunstâncias históricas. Isso foi particularmente relevante e evidente no giro do retribucionismo puro que matizou os movimentos revolucionários iluministas e que permitiram a derrocada dos últimos escombros do modo de produção feudal para um prevencionismo mais pragmático ditado pelas necessidades de um burguesia que, agora instaurada no poder, não mais rivalizava com a antiga nobreza, mas que devia conter um proletariado que, despojado dos meios de sobrevivência e alojado, aos borbotões, nas periferias das nascentes metrópoles industriais, tornava-se perigoso e precisava ser contido e neutralizado, até que pudesse, se viável, ser adestrado na disciplina da produção das fábricas.

Também elucidativa foi a gradativa substituição do discurso de reabilitação e tratamento, fartamente empregado nos anos de prosperidade do Estado de Bem-Estar Social pelo neoretribucionismo, gestado no seio de um Estado Neoliberal, onde não mais se queria mobilizar

recursos com tais encargos: quem delinque assume um risco racionalmente calculado e deve ser pura e simplesmente punido, sem nenhuma outra preocupação.

Tais constatações demonstram o caráter ainda presente e atual do conceito marxiano de ideologia: enquanto a mobilização de teorias e crenças que, sob aparência científica, operam no plano da justificação do poder exercido pela classe dominante, para legitimar e secundar uma forma de exercício do poder que, não se podendo manter pela mera força, torar-se-ia ameaçado se fosse exposto nas suas contradições reais.

Evidenciar e demonstrar o matiz ideológico dos vários discursos mobilizados para sustentar o Direito Penal e a pena não significa pugnar por sua abolição imediata.²⁴ Esta seria uma atitude ingênua, voluntarista e sem consequências, porque os próprios Marx e Engels acentuam que a superação de uma determinada ordem política não se fará apenas operando no nível da superestrutura, exigindo a transformação pela própria base econômica, alterando, integralmente, as estruturas capitalistas de produção, com a divisão do trabalho e distribuição desigual de seus produtos correlatos. Uma pura e simples abolição das normas penais, sem a modificação correlata da sociedade, conduziria a formas muito mais letais e violentas de controle social contra os mais débeis, porque desenroladas fora do marco das garantias, mesmo que formais, de uma ordem de Direito erigida sobre um marco humanista e de salvaguarda da liberdade.

Não obstante, ainda que guardado um tal limite e uma tal reserva, é possível que a desmistificação do cariz ideológico de que se revestem estas justificações, possa contribuir para que se obtenha, por tantos quantos trilhem tal caminho, um exercício de poder mais crítico de si, porque conhecedor de suas próprias limitações. Em reconhecendo que as finalidades que lhe são decantadas não são verdadeiramente factíveis ou reais, poder-se-á buscar, ao menos, a sua racionalização, a contenção da sua violência e de seus excessos. No limite, escancarar o caráter ideológico de muito dos discursos sobre o poder punitivo do Estado, a partir da contribuição dos autores analisados, poderá permitir um sentido mais reverente ao fim maior a ser perseguido por toda e qualquer modalidade de ordem política: a dignidade da pessoa humana.

Referências

²⁴ As propostas abolicionistas possuem razões diversas e discursos diversos, como pode ser visto em obra recente, resultante de tese de doutoramento defendida no Centro universitário de Brasília (CEUB), de autoria de Lucas Villa, sob o título *Hegemonia e estratégia abolicionista: o abolicionismo penal como negação da crueldade*.

ANJOS, Fernando Vernice dos. *Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro*. 2009. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à sociologia do direito penal. Traduzido por Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>>

CACICEDO, Patrick Lemos. *Ideologia e Direito Penal*. Tese – mimeografada. USP: São Paulo, 2019.

DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Estado da Administração Penitenciária, 2023. *Sistema prisional em números*. Disponível em: <<https://seape.df.gov.br/painel/>>.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 20. ed. Traduzido por Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Traduzido por Sérgio Faraco. São Paulo: L&PM, 2010.

HEGEL, Georg Wihelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. 1. ed, 4ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Traduzido por Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. 1. ed. Madri: Civitas, 2003.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzido por Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Traduzido por João Baptista Machado. Preparação do original Márcio Della Rosa. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

MARX, Karl. *Crítica da Filosofia do Direito em Hegel*. Lisboa: Presença, s/d. Traduzido por Conceição Jardim e Eduardo Lúcio Nogueira.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Baeur e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas. Traduzido por Luciano Cavini Martorano; Nélio Schneider e Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2007.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte Geral*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução da segunda edição alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Madri: 1997.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VELOSO, Caetano. Gil, Gilberto. *Haiti*. Polygram: 1993. CD. 4 minutos e 17 segundos.

VILLA, Lucas. *Hegemonia e estratégia abolicionista: o abolicionismo penal como negação da crueldade*. RIO DE Janeiro: Lumen Juris, 2020.

WORLD PRISION BRIEF. *World Prision Population List*, 13th. ed, 2021. Disponível em:https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_13th_edition.pdf>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema pena*. Traduzido por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.