

PATRICK LEMOS CACICEDO

IDEOLOGIA E DIREITO PENAL

Tese de Doutorado

Orientadora: Professora Titular Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2019

PATRICK LEMOS CACICEDO

IDEOLOGIA E DIREITO PENAL

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob orientação da Profa. Titular Ana Elisa Liberatore Silva Bechara.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2019

Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Cacicedo, Patrick Lemos
Ideologia e Direito Penal / Patrick Lemos Cacicedo
São Paulo : P. L. Cacicedo, 2019.
236 f. ; 30 cm.

Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2019.
Orientadora: Prof. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara.
Notas de rodapé.
Inclui bibliografia

1. direito penal. 2. teoria da pena. 3. garantismo. 4. ideologia. I. Bechara, Ana Elisa Liberatore Silva. II. Título.

PATRICK LEMOS CACICEDO

IDEOLOGIA E DIREITO PENAL

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob orientação da Profa. Titular Ana Elisa Liberatore Silva Bechara.

BANCA EXAMINADORA

Presidenta: _____
Profa. Titular Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

1º Examinador (a): _____

2º Examinador (a): _____

3º Examinador (a): _____

4º Examinador (a): _____

5º Examinador (a): _____

À Gabi e Stelinha, meus amores.

AGRADECIMENTOS

À Professora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, pelo exemplo de dedicação à docência e pela orientação sensível, paciente e estimulante. Agradeço a confiança depositada desde o mestrado e, sobretudo, a amizade por todos esses anos.

Ao Professor Sérgio Salomão Shecaira, pelas valiosas e estimulantes contribuições no Exame de Qualificação e pelos importantes ensinamentos durante o estágio docente.

À Professora Adriana Eiko Matsumoto, pela disponibilidade e contribuições no Exame de Qualificação.

Aos Professores Ângelo Segrillo, Alysson Leandro Mascaro, Flávio Roberto Batista, Ronaldo Lima dos Santos e Rafael Godoi, pela excelência das disciplinas ministradas, que foram fundamentais para a elaboração da tese.

Aos amigos e companheiros de vida acadêmica e prática profissional Rafael Strano, Thiago Pagliuca e Bruno Parise, pela dedicada leitura deste trabalho.

Ao amigo e defensor público Bernardo Faeda, pela colaboração nas licenças necessárias para a elaboração da tese.

Aos amigos Marcelo Semer, maior companheiro dos anos de doutorado, e Marina Lima, pelos profícuos debates sobre a história do pensamento penal brasileiro.

Aos funcionários das bibliotecas do IBCCRIM e da PUC-SP.

À minha mãe Antonia, minha sogra Bill e minha tia Tania, pelo apoio com a Stellinha.

À Gabi, pela paciência, constante incentivo e amor a mim dedicados, sem os quais nada seria possível.

À Stellinha, presente maior que inspira todas as minhas ações.

“Toda a ciência seria supérflua se a forma de manifestação
e a essência das coisas coincidissem imediatamente.”

Karl Marx

“As coisas estão no mundo
só que eu preciso aprender.”

Paulinho da Viola

CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideologia e Direito Penal**. 2019. 236 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar criticamente os fundamentos do direito penal moderno à luz do conceito de ideologia. Nesse passo, analisa-se o percurso teórico da formação do conceito de ideologia no pensamento de Karl Marx e, posteriormente, as principais interpretações do conceito no seio do marxismo. Após recusar as correntes de pensamento que negam o conceito de ideologia, resgata-se a formulação original de Karl Marx da ideologia como construção a-histórica e idealista que oculta, inverte e naturaliza uma situação de injustiça com a função de preservar as relações de dominação. Em seguida, expõe-se a forma como a doutrina penal alemã e brasileira reproduzem os fundamentos do direito penal para a posterior análise crítica a partir do conceito marxiano de ideologia. A reprodução dos fundamentos do direito penal pela doutrina penal tradicional constitui uma manifestação ideológica na medida em que incorre no idealismo sem cotejo com a história e generaliza aspectos particulares do fenômeno. Como consequência, oculta-se o papel do direito penal na reprodução das condições sociais de desigualdade e do racismo, de maneira a contribuir para a dominação de classe. Diante do quadro ideológico, cumpre fundar uma prática social transformadora que tenha como horizonte o fim da ideologia, e no presente a construção de uma política criminal que não a reproduza.

Palavras chave: Ideologia – teorias da pena – garantismo – marxismo.

CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideology and Criminal Law**. 2019. 236 f. Thesis (Doctorate). Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

ABSTRACT

This research aims to critically analyze the foundations of modern criminal law in the light of the notion of ideology. In this way, the theoretical trajectory of the formation of the concept of ideology in Karl Marx's line of thought and later the main interpretations of the concept within Marxism are analyzed. After rejecting the currents of thought that deny the concept of ideology, the original Karl Marx formulation of ideology is rescued as an ahistorical and idealist construction that conceals, inverts and naturalizes a situation of injustice with the function of preserving relations of domination. Later it shows how the German and Brazilian criminal doctrines reproduce the foundations of criminal law for then critically analyze the Marxist concept of ideology. The reproduction of the foundations of criminal law by traditional penal doctrine constitutes an ideological manifestation as it incurs idealism without comparison with history and generalizes particular aspects of the phenomenon. As a consequence, the role of the criminal law in the reproduction of social conditions of inequality and racism, in order to contribute to class domination, is hidden. At this ideological framework, it is necessary to establish a transformative social practice whose final aim is to end the ideology, and at present will build a criminal policy that does not reproduce it.

Keywords: Ideology – Theory of the penalty – Guarantism – Marxism.

CACICEDO, Patrick Lemos. **Ideología y Derecho Penal**. 2019. 236 f. Tesis (Doctorado). Facultad de Derecho, Universidad de São Paulo, São Paulo, 2019.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo analizar críticamente los fundamentos del derecho penal moderno a la luz del concepto de ideología. En ese paso, se analiza el recorrido teórico de la formación del concepto de ideología en el pensamiento de Karl Marx y, posteriormente, las principales interpretaciones del concepto en el seno del marxismo. Después de rechazar las corrientes de pensamiento que niegan el concepto de ideología, se rescata la formulación original de Karl Marx de la ideología como construcción ahistórica e idealista que oculta, invierte y naturaliza una situación de injusticia con la función de preservar las relaciones de dominación. A continuación, se expone la forma como la doctrina penal alemana y brasileña reproducen los fundamentos del derecho penal para el posterior análisis crítico a partir del concepto marxiano de ideología. La reproducción de los fundamentos del derecho penal por la doctrina penal tradicional constituye una manifestación ideológica en la medida en que incurre en el idealismo sin cotejo con la historia y generaliza aspectos particulares del fenómeno. Como consecuencia, se oculta el papel del derecho penal en la reproducción de las condiciones sociales de desigualdad y del racismo, de manera a contribuir a la dominación de clase. Ante el cuadro ideológico, hay que fundar una práctica social transformadora que tenga como horizonte el fin de la ideología, y en el presente la construcción de una política criminal que no la reproduzca.

Palabras clave: Ideología - teorías de la pena - garantismo – marxismo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	p. 13
CAPÍTULO 1 – A IDEOLOGIA NA OBRA MARXIANA.....	p. 22
1.1. Napoleão Bonaparte e os ideólogos iluministas.....	p. 22
1.2. – A ideologia na obra de Karl Marx	p. 25
1.2.1 – A ideologia no “jovem” Marx.....	p. 27
1.2.2 – O materialismo histórico e o surgimento do conceito de ideologia: <i>A Ideologia Alemã</i>	p. 39
1.2.3. A ideologia nas obras da maturidade de Karl Marx.....	p. 44
CAPÍTULO 2 – A IDEOLOGIA NA TRADIÇÃO MARXISTA.....	p. 54
2.1. A primeira geração de marxistas: Lênin e a construção do conceito neutro de ideologia.....	p. 54
2.2. Gramsci: ideologia e hegemonia.....	p. 61
2.3. Lukacs: reificação e ideologia como função.....	p. 68
2.4. Althusser e os Aparelhos Ideológicos de Estado.....	p. 74
2.5 A negação da ideologia: Daniel Bell e Michel Foucault.....	p. 80
2.6. Tomada de posição: o retorno a Karl Marx.....	p. 87
CAPÍTULO 3 - OS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL MODERNO.....	p. 93
3.1. Cesare Beccaria e o iluminismo penal.....	p. 93
3.2. Os tratadistas alemães.....	p. 99
3.2.1. Anselm v. Feuerbach.....	p. 100

3.2.2. Karl Binding.....	p. 103
3.2.3. Franz von Liszt e Ernst Beling.....	p. 105
3.2.4. Max Ernst Mayer e Edmund Mezger.....	p. 110
3.2.5. Hans Welzel.....	p. 114
3.2.6 – Claus Roxin.....	p. 118
3.3. A doutrina penal brasileira.....	p. 121
3.3.1 - A reprodução dos fundamentos do direito penal moderno.....	p. 121
3.3.2 - A crítica aos fundamentos do direito penal moderno.....	p. 130

CAPÍTULO 4 – IDEOLOGIA E DIREITO PENAL.....

p. 136

4.1. A ideologia como chave conceitual para a análise crítica dos fundamentos do direito penal moderno.....	p. 136
4.2 – Os fundamentos do direito penal como expressão ideológica.....	p. 137
4.2.1 – Direito e historicidade.....	p. 138
4.2.1.1 – O Direito como fenômeno histórico.....	p. 139
4.2.1.2 – Da crítica da economia política à economia política da pena.....	p. 143
4.2.1.3 – A falta de amparo histórico na reprodução dos fundamentos do direito penal.....	p. 155
4.2.2 – Direito penal e idealismo.....	p. 159
4.2.3 – Direito penal e generalização do particular.....	p. 165
4.2.3.1 – As teorias da pena.....	p. 165
4.2.3.2 – As garantias em face do Estado.....	p. 172

CAPÍTULO 5 – IDEOLOGIA PENAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....

p. 180

5.1. Ocultamento, inversão e naturalização no direito penal: a reprodução das relações sociais vigentes.....	p. 181
--	--------

5.1.1 – As teorias da pena.....	p. 181
5.1.2 - As garantias em face do Estado.....	p. 186
5.2 – Consequências do reconhecimento da ideologia penal.....	p. 197
CONCLUSÃO.....	p. 207
BIBLIOGRAFIA.....	p. 214

INTRODUÇÃO

O direito penal moderno foi fundado sob as ideias centrais de contenção do poder absoluto do Estado sobre a liberdade dos cidadãos e na necessidade de prevenir as condutas mais graves para a convivência social. No seio do Iluminismo, tais ideias inauguraram um sistema racional de intervenção punitiva no Estado de Direito que se formava, cujo respeito à ideia de igualdade faria com que a mencionada conduta estatal se verificasse sem discriminações ou privilégios.

Dessa forma, o direito penal moderno surge como um bem para os cidadãos, seja pela proteção contra a interferência arbitrária do Estado, seja pela prevenção das condutas socialmente mais danosas para o conjunto da sociedade. Em *Dos Delitos e Das Penas*¹, Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, formula as bases fundamentais do direito penal moderno, racionalmente construído de acordo com os propósitos filosóficos da vitoriosa burguesia revolucionária.

Com efeito, uma das ideias mais difundidas e hegemônicas na sociedade como um todo é justamente a de que o direito penal protege a sociedade diante dos fatos criminosos, motivo pelo qual sua intervenção deve ser cada vez maior e mais dura para resolver os problemas que afligem o corpo social. Apesar de não ser um fenômeno recente, o apelo à intervenção penal é cada vez mais frequente e disseminado na sociedade.

Para além do senso comum cotidiano, este conjunto de ideias que Alessandro Baratta denominou como ideologia da defesa social², encontra força igualmente no meio acadêmico. De fato, o pensamento hegemônico no campo científico do direito penal segue desenvolvendo a ideia da prevenção criminal como um dos fundamentos do direito penal moderno ao lado do preceito liberal de promoção da liberdade individual frente ao arbítrio Estado.

¹ Cf. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

² Cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 41 et seq.

As ideias fundamentais da edificação do direito penal moderno constituem elaborações dotadas de notável consistência no plano lógico, tanto que representam o pensamento dominante no âmbito dos estudos jurídico-penais. Desde a elaboração e consolidação na reação iluminista ao Antigo Regime os fundamentos do direito penal são reproduzidos positivamente pela doutrina penal.

Com efeito, alerta Juarez Tavares que:

Não existe sistema penal em um Estado, não importa que receba o adjetivo de democrático ou não, sem sua subordinação a duas condições inalienáveis: ao mito da proteção e à ideologia da repressão, respectivamente, vinculados ao bem jurídico, como expressão do bem comum, e à pena, como garantidora da ordem.³

Todavia, se no plano teórico as ideias encontram-se consolidadas, o seu confronto com as relações sociais concretas não costuma fazer parte dos estudos levados a cabo pelos penalistas, que ao longo da história dedicaram-se primordialmente à elaboração dogmática das categorias do crime, o que, não por acaso, resultou na teoria do delito como o conjunto teórico mais refinado do campo do direito como um todo.

Com efeito, se as categorias da teoria do delito passaram por profundas transformações desde as elaborações sistemáticas iniciais na doutrina alemã, os fundamentos propriamente ditos do direito penal são comumente mencionados pelos penalistas sem maiores problematizações, como pressupostos, sem cotejo com a sua manifestação concreta e sem a devida historicidade do fenômeno. A evolução histórica da teoria do delito e o conceito de crime não são objetos da crítica da presente tese - que se restringe às ideias de prevenção criminal e garantia em face do Estado -, mas ingressam no trabalho para demonstrar a diferença de tratamento que receberam ao longo da história em relação aos fundamentos do direito penal que são efetivamente o objeto da crítica.

A tarefa de cotejar a manifestação do direito penal com a realidade concreta ficou historicamente a cargo da criminologia, que, no entanto, possui no campo acadêmico

³ TAVARES, Juarez. Mito e ideologia: objetos não manifestos no sistema penal. In.: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Direito e Psicanálise**: interseções a partir de O Senhor das Moscas de Willian Golding. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 172.

contato insuficiente com a esfera jurídico-penal, por mais estranho que isso possa parecer. Para comprovar tal fato, basta consultar a quase inexistente utilização dos conceitos e bibliografia criminológicas na obra dos mais influentes professores de direito penal da contemporaneidade.

Os estudos criminológicos críticos foram responsáveis por uma verdadeira revolução no campo das ciências criminais, pois colocaram em xeque ideias consolidadas de tal maneira que a própria legitimidade do direito penal passou a figurar como objeto de constante questionamento. A confrontação dos fundamentos declarados do direito penal moderno com a sua manifestação na realidade social concreta revelou que as ideias outrora sedimentadas no plano lógico-abstrato, na verdade, não se mantêm em sua integralidade quando aplicadas na vida real.

Tal fato não é incomum na explicação de outros fenômenos sociais, motivo pelo qual no campo da filosofia desenvolveu-se o conceito de ideologia, que trata justamente de um conjunto de ideias que se desenvolve no plano lógico-abstrato, sem a devida relação com a realidade concreta e que, na verdade, oculta esta realidade e mantém apenas uma situação de aparência.

Ao mesmo tempo em que é um dos conceitos filosóficos mais importantes e com maior desenvolvimento e acúmulo teórico nos últimos dois séculos, a ideologia é também cercada de ambiguidades e significados⁴. O termo ideologia possui dois significados principais: a) significado fraco, cujo sentido se assemelha ao de um ideário, ou seja, um conjunto de ideias, valores e crenças políticas com função de orientar comportamentos coletivos relativos à ordem pública; b) significado forte, que designa um ideário histórico, social e político que oculta a realidade, de maneira a assegurar e manter a exploração econômica, a desigualdade social e a dominação política⁵.

O conceito forte é aquele que possui a maior importância teórica como um conceito crítico e negativo, cujo desenvolvimento se deve principalmente a Karl Marx e

⁴ LÖWY, Michel. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento**. Tradução Juarez Guimarães e Suzane Felicie Léwy. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 12.

⁵ Cf. CHAUI, Marilena. **O que é ideologia**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001, p. 7; KONDER, Leandro. **A questão da ideologia**. São Paulo: Companhia das Letras, p. 10.

Friedrich Engels em *A Ideologia Alemã*⁶. Apesar de sua utilização frequente no senso comum, o conceito fraco é neutro e não possui a riqueza científica do conceito que se adota na tese.

A adoção do conceito por Marx deriva da sua crítica ao idealismo alemão nos escritos de 1843 a 1847, notadamente aos pensadores alemães posteriores a Hegel, contra quem Marx e Engels dirigiram suas críticas e formularam o conceito de *A Ideologia Alemã*. A separação entre a produção das ideias e as condições sociais e históricas nas quais elas são produzidas é o eixo central da elaboração do conceito de ideologia.

Com efeito, tomar as ideias como independentes da realidade histórica e social é um traço marcante da ideologia, que desconsidera que é a referida realidade que torna compreensíveis as ideias e a sua capacidade para explicar a própria realidade que a provoca. Quando o autor não percebe a raiz histórica de suas ideias e imagina que elas são verdadeiras para todos os tempos e lugares, está efetivamente no caminho de produzir uma ideologia⁷. Nesse sentido, nos parece que os fundamentos do direito penal nas ideias centrais de contenção do poder do Estado sobre a liberdade dos cidadãos e na necessidade de prevenir as condutas mais graves para a convivência social trilham semelhante caminho.

Um fator fundamental da produção da ideologia é que as condições sócio-históricas muitas vezes condicionam a elaboração científica derivada exclusivamente da especulação metafísica, que pode parecer fruto único do esforço intelectual. A teorização ideológica é muitas vezes uma consequência das contradições sociais reais, e não simplesmente um ocultamento da realidade realizado proposital e conscientemente pelos sujeitos envolvidos.

O conceito de ideologia é negativo e restrito: a) negativo porque compreende uma distorção na representação errônea das contradições sociais; b) restrito porque não abrange qualquer tipo de distorção ou erro, não se trata de uma relação entre verdadeiro ou falso. Assim, as distorções ideológicas não podem ser simplesmente superadas pela crítica, mas pela resolução das contradições reais que a originaram⁸. Assim, não se trata

⁶ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas (1845-1846). Tradução Rubens Enderle, Nélcio Schneider, Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007.

⁷ CHAUI, Marilena, cit., p. 13.

⁸ BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento marxista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 271.

apenas de identificar a esclarecer um discurso ideológico, mas de transformar a própria realidade.

Tal qual caracterizado acima, o conceito de ideologia tem um campo fértil de análise no estudo dos fundamentos do direito penal. Isso porque tais fundamentos são explicitados e defendidos como válidos para qualquer tempo e local, não costumam ser cotejados com a sua manifestação na realidade concreta e igualmente não parecem corresponder com as manifestações reais de sua incidência, o que pode servir para ocultar uma relação de dominação. Desta maneira, a tese pretende demonstrar se o conceito de ideologia se aplica no direito penal, bem como examinar como se verifica esse processo e as consequências políticas e sociais da ideologia penal.

Para tanto, o trabalho adota uma perspectiva da totalidade, incomum no estudo jurídico tradicional. A produção acadêmica no campo jurídico brasileiro não se destaca propriamente por trabalhos de caráter transdisciplinar ou que ultrapassem o método dogmático. Nesse sentido, outras áreas do conhecimento como a história e até mesmo a criminologia costumam ter pouca influência no estudo do direito penal já que a pesquisa jurídica ainda tem no juspositivismo um traço característico.

Com efeito, o positivismo jurídico reduz o direito às normas postas e o seu estudo às técnicas para resolver os conflitos com o manejo delas. As referências sobre justiça e legitimidade são avaliadas a partir de aspectos formais e, por isso, o fenômeno jurídico fica dissociado de suas determinações materiais, o que leva o jurista a deixar de lado questionamentos acerca das causas sociais e históricas do direito. Assim, o purismo formalista proclamado pelo positivismo jurídico conduz a uma identificação da justiça com a ordem jurídica posta.

No campo do direito penal a influência do positivismo jurídico elevou a legalidade ao fundamento de sua legitimidade, de modo a determinar que o seu estudo fosse concentrado nas técnicas de sua aplicação, mais propriamente na dogmática das técnicas e pressupostos de sua incidência. Por tal motivo, todo estudo que não se restrinja à dogmática penal costuma ser deslocado para fora do direito penal.

A análise crítica dos fundamentos do direito penal é parte de seu objeto de estudo que não pode ficar restrito ao método dogmático. Cabe também – e principalmente – ao penalista o estudo dos fundamentos de existência de sua própria disciplina. E para tanto a perspectiva da totalidade, com elementos que perpassam a criminologia, história,

filosofia, sociologia e a economia política, afigura-se como opção metodológica essencial.

As relações do direito penal com as demais ciências humanas são de todo insuficientes no domínio acadêmico hegemônico. Contudo, o avanço no pensamento penal crítico nos últimos anos abre caminhos para vertentes opostas ao positivismo jurídico, como a inaugurada por Karl Marx. Embora em todos os demais campos das ciências sociais tal vertente esteja sempre viva e presente nos trabalhos de cunho crítico, no âmbito do direito sua apropriação é verdadeiramente escassa. No campo das ciências criminais, o marxismo encontra-se presente de maneira geral apenas na chamada criminologia crítica, mas há espaço igualmente para reflexões jurídico-penais a partir desse campo teórico, o que se propõe no presente trabalho a partir do conceito de ideologia.

A análise dos fundamentos do direito penal a partir do conceito marxiano de ideologia demanda, de fato, um profundo estudo sobre as bases de ambos. Assim, a parte inicial do trabalho perpassa por todo o desenvolvimento do conceito, que é caracterizado por inúmeras controvérsias e significados, como se pode observar da citação exemplificativa no início da obra fundamental de Terry Eagleton, que traz dezesseis sentidos atribuídos normalmente ao conceito⁹. Na esteira do destacado intelectual britânico, mais importante do que forçar uma reunião dos diversos pontos de vista sobre o conceito em alguma “Grande Teoria Global”, “é determinar o que há de valioso em cada uma delas e o que pode ser descartado”¹⁰ no seu confronto com os fundamentos do direito penal.

Como o conceito perpassa toda a obra de Marx e de um grande número de filósofos que o seguiram, a pesquisa demanda um conhecimento de todo o conjunto teórico no qual a discussão sobre a ideologia está inserida, pois não se trata de um conceito simples cuja aplicação à questão penal se dê de maneira neutra e mecânica, mas que demanda uma especial complexidade analítica.

Apesar dos dezesseis sentidos do termo trazidos por Eagleton e da obra em quatro volumes dedicados exclusivamente ao conceito por Jorge Larraín, há um consenso dos

⁹ EAGLETON, Terry. **Ideologia**: uma introdução. Tradução Silvana Vieira e Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora UNESP: Boitempo, 1997, p. 15.

¹⁰ *Idem*.

próprios autores de que as principais discussões sobre ele ficam no entorno da obra de Karl Marx. Assim, a delimitação metodológica do presente trabalho restou definida na análise do conceito dentro do espectro do marxismo.

O primeiro capítulo do trabalho é dedicado ao surgimento do conceito e seu desenvolvimento ao longo de toda a obra de Marx. As transformações, permanências e controvérsias sobre o conceito na obra do autor demandam um especial cuidado analítico, especialmente porque há uma série de ambiguidades, além de se distribuir ao longo de sua obra de modo não linear entre os diferentes períodos de sua evolução teórica, faltando até mesmo sua menção expressa em escritos importantes para o seu entendimento.

No segundo capítulo foram analisadas as principais linhas interpretativas do conceito de ideologia dentro da tradição marxista. A exposição das profundas construções de Antonio Gramsci, György Lukacs e Louis Althusser, que traduzem leituras distintas sobre a ideologia, apresenta capital importância para o esclarecimento do conceito adotado na tese, visto que não há um conceito único de ideologia no marxismo.

Ainda no segundo capítulo foram expostas as duas principais linhas de negação do conceito de ideologia, representadas por Daniel Bell e Michel Foucault. O primeiro elaborou uma negação teórica que formou escola e foi a principal corrente de embate frontal contra a categoria. Já o pensamento de Michel Foucault mereceu específica abordagem em razão de constituir uma referência teórica de grande amplitude nas ciências criminais na contemporaneidade, de modo que a incompatibilidade do conceito de ideologia com seu pensamento merece especial registro. Por fim, revelamos a tomada de posição sobre o conceito a ser adotado no trabalho, que implicou justamente o retorno ao conceito marxiano.

No terceiro capítulo realizou-se uma exposição fotográfica da forma como a doutrina penal alemã e brasileira reproduzem os fundamentos do direito penal moderno desde a obra de Cesare Beccaria. Para tanto foram feitas algumas opções metodológicas que demandam uma explicação inicial. A escolha dos tratadistas alemães se deu pela importância da doutrina penal alemã na construção e nas transformações do pensamento penal no sistema romano-germânico. Apesar da grande influência exercida pelo pensamento italiano na formação da doutrina brasileira, as principais transformações na história do conhecimento penal advieram do pensamento alemão por meio da incorporação filosófica dos seus principais tratadistas. Além disso, atualmente todas as

principais questões do debate penal envolvem o pensamento produzido nas universidades alemãs.

Além disso, as obras trabalhadas no capítulo terceiro foram de caráter geral. No caso alemão, por meio dos tratadistas, enquanto no Brasil foram as obras de caráter geral de cada período histórico. Isso porque tais obras são as mais utilizadas no ensino do direito penal e, portanto, as que têm o maior potencial de reprodução ideológica. Com efeito, os manuais de direito penal são instrumentos de difusão teórica que concorrem para a difusão ideológica do saber penal e permitem compreender o estado de desenvolvimento dos institutos dogmáticos que são reproduzidos nos argumentos de autoridade da prática judicial¹¹ e, especialmente, no ensino da disciplina. Em razão de seu papel e sua ligação com a ideologia, as obras de caráter geral, sobretudo manuais, foram a opção metodológica que melhor se aplica ao objetivo do trabalho.

Na exposição da doutrina brasileira até a edição da Constituição de 1988 não houve maiores dificuldades na eleição dos autores de maior influência teórica. Contudo, após esse marco temporal houve no Brasil uma profusão de manuais de direito penal sem precedentes em nossa história editorial. Dentre eles, há perfis variados, desde livros destinados a concursos públicos a obras com efetiva qualidade teórica. A eleição realizada teve por critério os manuais de professores doutores vinculados a universidades e que figurem entre os livros mais editados: Cezar Roberto Bitencourt (23 edições), Luiz Regis Prado (17 edições) e Guilherme de Souza Nucci (16 edições). Além destes, em razão de sua influência no período anterior à Constituição e por ser professor da Universidade de São Paulo, instituição na qual se elabora a presente tese, a obra de Miguel Reale Júnior também foi explorada.

Na última parte do terceiro capítulo foram excepcionadas as duas obras críticas que não reproduzem os fundamentos do direito penal da mesma forma que os demais autores trabalhados. Por evidente não são os únicos autores críticos, mas os autores críticos que possuem manuais de direito penal publicados, segundo o padrão eleito em todo o capítulo.

O quarto capítulo se destina à verificação do caráter ideológico dos fundamentos do direito penal moderno. Para isso, o conceito foi trabalhado nas características que o

¹¹ Cf. PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A primeira fase da dosimetria penal: entre os dados de seletividade do controle penal e a realização do princípio da estrita legalidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 136, 2017, p. 15.

constituem e aplicado à exposição dos fundamentos do direito penal realizada no terceiro capítulo. Assim, ao final do quarto capítulo já é possível constatar que os fundamentos do direito penal moderno são ideológicos.

No quinto capítulo são expostas as consequências do caráter ideológico dos fundamentos do direito penal, quais sejam suas ocultações, inversões e naturalizações, que fazem daqueles verdadeiros instrumentos de reprodução das desigualdades sociais e de manutenção da ordem social existente. Por fim, são expostos os limites e possibilidades de enfrentamento da ideologia penal, tanto na esfera jurídica, quanto no debate político, que cada vez mais demanda a sua presença.

CAPÍTULO 1 – A IDEOLOGIA NA OBRA MARXIANA

SUMÁRIO – 1. A ideologia na obra marxiana – 1.1. Napoleão Bonaparte e os ideólogos iluministas – 1.2. A ideologia na obra de Karl Marx – 1.2.1. A ideologia no “jovem” Marx – 1.2.2. O materialismo histórico e o surgimento do conceito de ideologia: *A Ideologia Alemã* – 1.2.3. A ideologia nas obras da maturidade de Karl Marx

1.1 – Napoleão Bonaparte e os ideólogos iluministas

A pesquisa jurídica nacional, especialmente em trabalhos monográficos, tem uma peculiar característica: invariavelmente os trabalhos iniciam por uma longa e entediante abordagem histórica do objeto de pesquisa. Em muitos casos a referência histórica é absolutamente desnecessária, seguindo uma espécie de costume, como se fosse mesmo obrigatória a referência ao desenvolvimento histórico do tema escolhido¹².

O tema da ideologia, no entanto, por mais que tenha sido objeto de preocupação desde os gregos e desde que se reflete sobre a teoria do conhecimento¹³, não pode ser

¹² Aponta Luciano Oliveira que “seguramente a maioria dos trabalhos que tenho examinado não dispensa uma incursão desse tipo, muitas vezes apresentada sob a fórmula ‘Evolução Histórica do(a)...’, seguindo-se a menção ao objeto que está sendo examinado.” In: Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 143. Por sua vez, Salo de Carvalho denomina o fenômeno abordado como “embriaguez pelo mito da origem”, segundo o qual o estudante “é movido pela convicção de ser impossível escrever um trabalho sem remeter à ‘origem’ do instituto. Parte da falsa ideia de que se encontrar ‘A’ origem, conseguirá, a partir deste ponto de emergência histórico, narrar as inúmeras mudanças que ocorreram e chegar, de forma linear e consistente, aos dias atuais.” Cf. CARVALHO, Salo de. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão**: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 26.

¹³ KONDER, Leandro. **A questão da ideologia**, cit., p. 15.

compreendido em seu significado corrente na filosofia moderna sem que se exponha ao menos a polêmica engendrada na origem do próprio termo no período napoleônico. Para fins do presente trabalho, a referência a todas as reflexões que surgiram na história da filosofia sobre os problemas da construção do conhecimento diante das influências deformadoras derivadas da vida em sociedade é, portanto, desnecessária.

O termo ideologia surge no início do século XIX a partir de um grupo de pensadores que pretendia criar uma nova disciplina filosófica que incorporasse os resultados mais significativos dos demais campos da filosofia e do conhecimento em geral. No início daquele século, o ideal iluminista segundo o qual todas as questões poderiam ser resolvidas com o emprego da razão e do conhecimento teórico sofria abalos diante das radicais mudanças sócio-históricas decorrentes da revolução francesa. Eram tempos de incertezas e tensões que desestabilizavam o racionalismo iluminista tranquilizador e seus princípios¹⁴.

Diante desse quadro, um grupo de filósofos inaugurou o novo campo de conhecimento filosófico chamado ideologia, uma ciência das ideias. Os chamados ideólogos partiam de uma perspectiva metodológica empirista, com grande influência do pensamento de John Locke, e científico-naturalista¹⁵, classificando o novo ramo de conhecimento dentro da zoologia, pois se tratava de um ramo dentro da ciência mais geral do animal humano.

Defendiam que a realidade objetiva era compreendida pelo homem por meio de impressões sensoriais até chegar ao plano das ideias. Para os ideólogos, o conhecimento humano se organiza por meio de ideias, que, por sua vez, se formam a partir de sensações. Assim, as ideias devem ser decompostas até alcançar os elementos sensoriais que constituem sua base para que se possa compreender o mundo com exatidão e evitar subjetivismos. Tratava-se de um materialismo mecânico¹⁶ por meio do qual se almejava partir das condições materiais dos seres humanos e sua experiência sensória para a modificação das ideias.

Os ideólogos, cujo principal nome foi Destutt de Tracy, pretendiam assessorar governos e aplicar o conhecimento da ideologia em prol dos detentores do poder para

¹⁴ KONDER, Leandro. **A questão da ideologia**, cit., p. 21.

¹⁵ LOWY, Michel. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**, cit., p. 12.

¹⁶ EAGLETON, Terry. **Ideologia**, cit., p. 67.

aprimorar as instituições existentes. Eram verdadeiros porta-vozes da burguesia revolucionária e defensores dos ideais iluministas. Apesar das evidentes contradições do discurso dos ideólogos, seu papel constituiu uma oposição significativa aos resquícios do Antigo Regime.

Destutt de Tracy escreveu a obra *Elementos de Ideologia* em 1801, criando verdadeira e pioneiramente o termo, até então jamais utilizado¹⁷. Membro do *Institut Nationale*, que englobava a elite intelectual francesa, Destutt de Tracy criou um novo programa de educação nacional com base na ciência das ideias. Os ideólogos apostavam efetivamente em um projeto pedagógico sistemático para implementar seus objetivos, o que foi inicialmente aplaudido pelo Imperador Napoleão Bonaparte.

O auxílio pretendido ao poder constituído, contudo, com o tempo, gerou conflitos com o então governante francês, que viu no grupo uma pretensão de dirigir - ou ensiná-lo a dirigir - efetivamente o Estado. Quando Napoleão passou a renegar os princípios revolucionários, sobreveio igualmente uma perseguição ao grupo e publicamente declarou que se tratava de metafísicos que não compreendiam as lições da história.

Como Napoleão era incomparavelmente mais influente do que os filósofos da ideologia, foi o sentido por ele dado que se difundiu pela Europa, um sentido negativo, de ideologia como um equívoco, uma ideia falsa ou errada. Em 1812, Napoleão proferiu um discurso que se tornou bastante conhecido após a derrota para a Rússia, no qual dizia expressamente que “é à doutrina dos ideólogos (...) que se deve atribuir todos os infortúnios que se abateram sobre a nossa amada França.”¹⁸

Após a intervenção napoleônica, o que era uma ciência, como indica o sufixo *logia*, passou definitivamente a denominar o próprio sistema de ideias, e o que pretendia revelar a verdade objetiva longe dos subjetivismos e superstições alheias à racionalidade iluminista, passou a significar um falseamento da verdade pretendida pelo conhecimento científico. De ciência ou teoria explicativa, passou a designar a própria coisa a ser explicada.

O sentido napoleônico de ideologia passou então a ser difundido e consequentemente utilizado pelos primeiros socialistas franceses. Charles Fourier, um

¹⁷ Anote-se que curiosamente o termo foi criado durante um período de prisão de Destutt de Tracy. Cf. EAGLETON, Terry. **Ideologia**, cit., p. 68.

¹⁸ *Apud, Ibid*, p. 69.

dos mais influentes, empregou o termo napoleônico em seus escritos para denunciar a produção literária e filosófica até então publicada como ideológica, ou seja, deformadora da percepção de seus destinatários¹⁹.

Foi por meio dos escritos dos socialistas franceses, especialmente Fourier, que Karl Marx se deparou pela primeira vez com o conceito que irá permear significativa parte de sua obra. Assim, a herança da ideologia recebida por Marx originalmente tinha o traço negativo e pejorativo da acepção referida pelo Imperador francês. Embora tenha tido efetivo contato com a obra de Destutt de Tracy²⁰, foi pela difusão da acepção napoleônica que Marx iniciou seu desenvolvimento sobre a ideologia, conferindo ao conceito a importância que adquiriu na filosofia até os dias atuais.

1.2 – A ideologia na obra de Karl Marx

Karl Marx viveu no século XIX, período de amadurecimento do capitalismo no Reino Unido e do seu desenvolvimento na França e na Alemanha. Dedicou sua vida para explicar e, sobretudo, transformar a sociedade regida pelo modo de produção capitalista, tendo produzido uma teoria social revolucionária. Se Marx pode ser localizado dentro da tradição do iluminismo, certamente trabalhou para ultrapassar suas limitações.

Sua obra perpassou diversos campos do conhecimento, como a filosofia, ciência política, economia política e a sociologia, muito embora seu pensamento não possa ser compartimentado em áreas diversas das ciências, sob pena de retirar aquilo que ela tem de fundamental: a perspectiva da totalidade.

A construção de seu pensamento não seria possível sem a influência de três ordens: no campo filosófico, a despeito de profundo conhecimento da filosofia desde os gregos até os iluministas, foi a obra de Hegel a que mais o influenciou; o convívio com os círculos operários e a leitura dos socialistas franceses lhe deu a perspectiva de classe e

¹⁹ KONDER, Leandro. **A questão da ideologia**, cit. p. 23.

²⁰ Conforme relata a nota de rodapé 14 do editor alemão de MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**, cit., p. 548.

a necessidade da revolução; por fim, os clássicos da economia política inglesa, notadamente Adam Smith e David Ricardo, lhe permitiram fundamentar cientificamente o conjunto de relações que constitui a sociedade burguesa.

Dos três conjuntos de influências acima descritos, Marx construiu sua obra sob três pilares fundamentais: o método dialético, a perspectiva da revolução e a teoria do valor-trabalho, no qual se apoia toda a ideia de exploração contida em sua obra²¹. Dos primeiros escritos de 1843 até sua morte em 1883, o objeto de pesquisa de Marx foi o mesmo: sociedade burguesa. Disso não se extrai, entretanto, um conjunto simples e sistemático de ideias ao longo de décadas de construção do mais importante e poderoso conjunto teórico de crítica à sociedade moderna.

Dentre os diversos conceitos utilizados para a crítica da ordem burguesa, o de ideologia foi especialmente significativo e aparece ao longo da obra de Marx com ênfases diversas de acordo com a evolução do seu pensamento. Em seus escritos não há uma definição precisa e sistemática do conceito, pois a obra de Marx não tinha um caráter dogmático ou descritivo de conceitos, tão comum na produção jurídica.

A tarefa de trabalhar com este conceito na obra de Marx não é simples, pois há uma série de ambiguidades no trato da ideologia, além de se distribuir ao longo da sua obra de modo muito díspar entre os diferentes períodos de sua evolução teórica, faltando até mesmo sua menção expressa em obras importantes para o seu entendimento. Com efeito, o conceito de ideologia deve ser reconstruído e teoricamente elaborado a partir dos diversos elementos que se apresentam ao longo da obra de Marx²².

Entre os estudiosos da obra marxiana há diversas interpretações sobre o conceito, de modo que não há sequer um consenso se, ao longo de sua obra, Marx manteve o mesmo sentido de ideologia²³, como será exposto mais adiante.

Para fins puramente expositivos, dividiremos a abordagem em três períodos da evolução do seu pensamento: dos primeiros escritos até os *Manuscritos Econômico-Filosóficos de 1844*; de 1845 (*A Ideologia Alemã*) até o prefácio de 1857 à *Para Crítica da Economia Política*; de 1858 até sua morte.

²¹ Cf. NETTO, José Paulo. **Introdução ao estudo do método de Marx**. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

²² LARRAIN, Jorge. **El concepto de Ideología, vol.1**: Carlos Marx. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2007, p. 35.

²³ Cf. LARRAIN, Jorge, op. cit., p. 36 et seq.

1.2.1 – A ideologia no “jovem” Marx

Ainda que não tenha mencionado o termo ideologia, a *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*²⁴, de 1843²⁵, inicia desde já a reflexão marxiana sobre o tema. A sua primeira obra efetivamente escrita para publicação, embora inconclusa, elaborada em Kreuznach, após o período de jornalismo na Gazeta Renana, representou uma dura crítica à teoria do Estado de Hegel, notoriamente influente após pouco mais de uma década da morte do filósofo idealista²⁶.

A despeito de não citar o termo, ainda não desenvolvido propriamente por Marx, os elementos materiais do futuro conceito já se mostravam presentes em alguma medida na *Crítica de 1843*, sendo crucial entender o conteúdo desta obra para a melhor compreensão do caráter crítico que o conceito de ideologia adquiriria anos depois. De fato, tanto na crítica à concepção hegeliana de Estado quanto na crítica à religião, que escreveria depois, Marx tenta demonstrar que o principal problema é uma inversão do pensamento, que oculta a natureza real dos fenômenos²⁷.

Marx faz uma análise crítica do logicismo abstrato de Hegel que toma a família e a sociedade civil como dois momentos de um silogismo cuja conclusão é o Estado²⁸. Para Hegel, são três os momentos da vida social: a família como figura inicial e natural da vida de um povo, que atinge maior complexidade na sociedade civil, momento no qual se evidenciam os interesses individuais que entram em conflito; por fim, o Estado surge

²⁴ MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução Rubens Enderle e Leonardo de Deus. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2010.

²⁵ Publicada, no entanto, somente em 1927, em Moscou. A importância do registro das datas das obras e suas respectivas publicações têm especial relevância na análise das interpretações da obra de Marx pelos principais marxistas da primeira metade do século XX, visto que muitos deles não tiveram acesso a algumas delas que foram publicadas postumamente.

²⁶ Para uma exposição mais rigorosa sobre a escolha desta temática por Marx, cf. NETTO, José Paulo. A propósito da Crítica de 1843. **Nova Escrita Ensaio**, São Paulo, v. 11/12, 1983, p. 180 et. seq.

²⁷ Nesse sentido, cf. LARRAIN, Jorge. **El concepto de Ideología, vol.1**, cit., p. 40.

²⁸ FREDERICO, Celso. **O jovem Marx: 1843-1844: as origens da ontologia do ser social**. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 56.

como o terreno que reintegra os interesses antagônicos da sociedade civil, representando os interesses universais e o bem comum. Em sua *Filosofia do Direito*²⁹, os interesses universais estariam representados na figura do monarca.

Trata-se de um momento especialmente conservador do pensamento de Hegel, que resgata elementos medievais, como a vontade divina a justificar o poder na figura do monarca, para a superação dos problemas que surgem com o individualismo burguês e a natureza contraditória dos interesses privados. A crítica do então democrata radical Karl Marx foi profunda, passando por temas como a democracia e a burocracia, entre outras questões.

A crítica fundamental do *Manuscrito de Kreuznach*, no entanto, se funda na rejeição ao logicismo abstrato e idealista de Hegel, para quem a Ideia, o pensamento, é o efetivo criador da realidade. Trata-se, na verdade, de uma fuga do real que acaba por mistificar a realidade, tornando integradas as esferas da sociedade civil³⁰ e do Estado. O logicismo abstrato de Hegel acaba por esconder as relações reais da vida social, uma vez que considera ser a Ideia não a reprodução do mundo real, senão o próprio agente constituinte da realidade, que é transformado em sujeito do movimento histórico. Nesse sentido aponta Marx que “a Ideia é feita sujeito, as distinções e sua realidade são postas como seu desenvolvimento, como seu resultado, enquanto, pelo contrário, a Ideia deve ser desenvolvida a partir das distinções reais.”³¹

A mistificação hegeliana apontada por Marx revela que o filósofo idealista faz da Ideia o sujeito e do sujeito o predicado³², o que torna a percepção do Estado como algo separado de sua existência real. Nas palavras de Marx:

O conteúdo concreto, a determinação real, aparece como formal; a forma inteiramente abstrata de determinação aparece como o conteúdo concreto. A essência das

²⁹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia do direito**. Tradução Paulo Meneses et al. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2010.

³⁰ Hegel usa especificamente a expressão sociedade civil burguesa (*bürgerliche gesellschaft*).

³¹ MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**, cit., p. 33.

³² “Ele transformou em um produto, em um predicado da Ideia, o que é seu sujeito; ele não desenvolve seu pensamento a partir do objeto, mas desenvolve o objeto segundo um pensamento previamente concebido na esfera abstrata da lógica. Não se trata de desenvolver a ideia determinada da constituição política, mas de dar à constituição política uma relação com a Ideia abstrata, de dispô-la como um membro de sua biografia (da Ideia): uma clara mistificação.”. *Ibid*, p. 36.

determinações do Estado não consiste em que possam ser consideradas como determinações do Estado, mas sim como determinações lógico-metafísicas em sua forma mais abstrata. O verdadeiro interesse não é a filosofia do direito, mas a lógica. O trabalho filosófico não consiste em que o pensamento se concretize nas determinações políticas, mas em que as determinações políticas existentes se volatizem no pensamento abstrato. O momento filosófico não é a lógica da coisa, mas a coisa da lógica. A lógica não serve à demonstração do Estado, mas o Estado serve à demonstração da lógica.³³

Nesse contexto, Marx aduz que o Estado representa exatamente o antagonismo politicamente organizado da sociedade civil, sendo a identidade entre esta e a sociedade política uma mera aparência que encobre a real essência do Estado. Cumpre ressaltar, no entanto, que ao descortinar os pressupostos conservadores da análise hegeliana do Estado Prussiano, Marx reputa o equívoco de Hegel como consequência da sua filosofia idealista. Não se trata, pois, de uma mentira ou qualquer tipo de falsidade propositada.

Para a crítica da teoria do Estado de Hegel, exerceu grande influência a teoria da alienação de Feuerbach, que a aplicou no debate religioso que tomava a intelectualidade alemã da época. Assim como Feuerbach identificara Deus como a essência humana alienada, que criado pelo homem passa a dominá-lo e surge na religião como o próprio criador do homem, para Marx o Estado não era efetivamente a instância de mediação universal dos interesses privados e gerais, mas sim uma instância alienada da representação contraposta do público com o privado³⁴.

Marx, portanto, identifica no Estado hegeliano a essência alienada da sociedade civil, constituindo um produto dos seres particulares (família e sociedade civil) que cria e dá vida a eles, além de deles se valer para realizar a sua universalidade³⁵. Esta alienação é vista como fruto do processo histórico, uma inversão que está na própria realidade que apresenta o Estado burguês de forma abstrata e separada da sociedade civil³⁶.

³³ MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**, cit., p. 38-39.

³⁴ NETTO, José Paulo. A propósito da Crítica de 1843, cit., p. 191.

³⁵ FREDERICO, Celso. **O jovem Marx**, cit., p. 60.

³⁶ LARRAIN, Jorge. **El concepto de Ideología, vol.1**, cit., p. 42.

A análise do jovem Marx não imputa a Hegel qualquer intencionalidade de omitir o caráter real do Estado, senão a considera um produto do pensamento idealista, que tem como resultado a mistificação da realidade. O trabalho de Marx começa a ultrapassar a filosofia como razão especulativa, característica dos filósofos hegelianos com quem convivera nos anos anteriores nos círculos intelectuais alemães, apontando para outro nível filosófico, mais atento à realidade e à necessidade de intervenção prática.

O pensamento de Marx, contudo, ainda estava em fase de gestação crítica. O jovem de apenas vinte e cinco anos deixava o período de jornalismo na Gazeta Renana, após sua formação universitária e o convívio com a intelectualidade que estudava a obra filosófica de Hegel. Não foi por acaso que Marx se debruçou sobre a teoria do Estado de Hegel, pois o interesse na obra do filósofo já era objeto central da análise intelectual entre os jovens hegelianos, que divergiam sobre o destino de seu pensamento. Aliado a isso, o período que passou na Gazeta Renana o colocou diante de situações concretas, como a da liberdade de imprensa³⁷ e a do furto de lenhas pelos camponeses³⁸, que o impeliram a analisar de maneira mais detida o caráter do Estado na sociedade burguesa.

O avanço com relação à filosofia idealista e especulativa não significaram, contudo, o profundo desenvolvimento do que seria sua obra futura. Na *Crítica de 1843* não se concretiza uma nova metodologia de análise histórico-social alternativa, mas já se verificam caminhos para a passagem da filosofia para a teoria social. A importância do texto é lembrada pelo próprio Marx três décadas depois, no posfácio à segunda edição alemã de *O Capital*³⁹.

Com relação ao tema da ideologia, a obra traz desenvolvimentos importantes do conceito que seria gestado dois anos depois. Com efeito, ideias, ainda em fase embrionária, como inversão e mistificação da realidade por meio de uma construção teórica distorcida cujo resultado é a legitimação de um poder injusto, a crítica ao idealismo na análise histórica dos fenômenos pelo prisma materialista, bem como a influência da realidade posta sobre o resultado da análise, que não enseja uma distorção

³⁷ MARX, Karl. **Liberdade de imprensa**. Tradução Cláudia Schilling e José Fonseca. Porto Alegre: L&PM, Pocket, 2001.

³⁸ MARX, Karl. **Os despossuídos**: debates sobre a lei referente ao furto de madeira. Tradução Nélcio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2017.

³⁹ Cf. MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política: Livro 1**: o processo de produção do capital. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 91.

intencional da realidade, demonstram a importância da obra na construção do conceito de ideologia, que se vinculou desde o princípio ao fenômeno da alienação⁴⁰.

Marx identificou que a concepção de Estado de Hegel amenizava a contradição entre a sociedade civil e o Estado. Todavia, se a sua construção teórica aparecia distorcida, isso estava ligado a uma situação histórica que ensejava essa distorção. Os conflitos verificados na sociedade civil pelas disputas de interesses tornam os homens incapazes de se realizar no mundo que deveriam dominar, de modo que o Estado aparece como um corpo estranho que impõe sua ordem e seu controle sobre a sociedade. Trata-se de um sintoma da alienação, que torna “inevitável que, no esforço que fazem para *racionalizar* a atividade que desenvolvem, os indivíduos sejam levados a alimentar a ilusão de um Estado *racional*.”⁴¹

Ainda que não tenha utilizado o termo, então desconhecido em suas leituras, Marx identificou uma verdadeira ilusão ideológica no tratamento do Estado prussiano por Hegel, uma vez que ele enxergava o Estado sob o mesmo ângulo que o próprio Estado se via, uma ilusão de ser determinante, quando, em verdade, era determinado pela ação humana.

No segundo semestre de 1843, Marx escreve o ensaio *Sobre a Questão Judaica*⁴², iniciado em Kreuznach e concluído no autoexílio em Paris. Nele prossegue sua crítica ao Estado e à religião, além de empreender uma crítica à concepção burguesa de direitos humanos e tematizar a emancipação humana em face da emancipação política. Na *Carta a Ruge*⁴³, de setembro de 1843, Marx afirma que a filosofia crítica deve se ater não só ao plano teórico-científico representado pela religião, como também ao plano prático da política.

No segundo texto produzido para publicação nos Anais Franco-Alemães, Marx retoma a *Crítica de Kreuznach* com o intuito de elaborar uma introdução ao texto de 1843.

⁴⁰ Cf. KONDER, Leandro. *A questão da ideologia*, cit., p. 31.

⁴¹ *Ibid.*, p. 31. Grifos no original.

⁴² MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. Tradução Nélcio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2010. Os Anais Franco-Alemães foram publicados em 1844. Sobre a história dos Anais Franco-Alemães, que foi publicado em um único número, cf. NETTO, José Paulo. Apresentação: Marx em Paris. In. MARX, Karl. **Cadernos de Paris e Manuscritos Econômico-Filosóficos de 1844**. Tradução José Paulo Netto e Maria Antônia Pacheco. São Paulo: Expressão Popular, 2015, p. 17-18.

⁴³ MARX, Karl. Cartas dos Anais Franco-Alemães (de Marx a Ruge). In. MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**, cit., p. 61 et seq.

Na *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel. Introdução*⁴⁴, ainda sob a influência de Feuerbach, Marx segue sua crítica da religião sob o viés da alienação: “o homem *faz a religião*, a religião não faz o homem”⁴⁵. Adiante, retoma a ideia de distorção teórica produzida pela manifestação aparente da realidade ao apontar que “este Estado e essa sociedade produzem a religião, uma *consciência invertida do mundo*, porque eles são um *mundo invertido*.”⁴⁶

Marx alerta para a possibilidade de libertação humana da alienação religiosa ao descobrir sua verdadeira natureza por meio da crítica filosófica, que possibilitaria a supressão da felicidade ilusória proporcionada pela religião e sua substituição por uma felicidade real⁴⁷. Todavia, nesse texto Marx já tem elementos iniciais que o permitem superar Feuerbach: a crítica da religião deve evoluir para uma crítica do direito e da política. Em suas palavras:

A tarefa imediata da filosofia, que está a serviço da história, é, depois de desmascarada a forma sagrada da autoalienação (*Selbstentfremdung*) humana, desmascarar a autoalienação nas suas formas não sagradas. A crítica do céu transforma-se, assim, na crítica da terra, a crítica da religião, na crítica do direito, a crítica da teologia, na crítica da política.⁴⁸

A crítica filosófica, portanto, “não se apresenta mais como um *fim em si*, mas como um *meio*”⁴⁹, uma vez que a emancipação teórica ganha um sentido prático. Pela primeira vez em sua obra aparece a figura do proletariado, a quem Marx confia a tarefa de realizar na prática a crítica da filosofia alemã: “a *cabeça* dessa emancipação é a

⁴⁴ In MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**, cit., p. 145 et seq.

⁴⁵ *Ibid*, p. 145. Grifos no original.

⁴⁶ MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel. Introdução**, cit., p. 145. Grifos no original.

⁴⁷ É desse texto a conhecida passagem: “A miséria religiosa constitui ao mesmo tempo a expressão da miséria real e o protesto contra a miséria real. A religião é o suspiro da criatura oprimida, o ânimo de um mundo sem coração, assim como o espírito de estados de coisas embrutecidos. Ela é o ópio do povo.” *Ibid*, p. 145.

⁴⁸ *Ibid*, p. 146. Em sua expressão poética: “A crítica arrancou as flores imaginárias dos grilhões, não para que o homem suporte grilhões desprovidos de fantasias ou consolo, mas para que se desvencilhe deles e a flor viva desabroche.” *Ibid*, p. 146.

⁴⁹ *Ibid*, p. 147.

filosofia, o proletariado é o seu coração.”⁵⁰. O abandono da filosofia especulativa obriga a tarefas práticas⁵¹.

Para além do contato com textos dos primeiros socialistas, a chegada de Marx a Paris possibilitou a descoberta de um mundo novo: “o mundo dos trabalhadores”⁵². Marx passa a frequentar assiduamente reuniões de operários e artesãos na capital francesa, e passa a conhecer uma nova sociabilidade, distinta daquela de intelectuais e universitários, única conhecida por ele até então. Marx conhece em Paris a solidariedade de classe dos trabalhadores⁵³, que lhe abre um novo horizonte, do qual jamais se desvencilhará até sua morte.

Com efeito, essa influência foi decisiva para a evolução do pensamento de Marx e para a aparição do proletariado e da práxis, ainda que de maneira incipiente na forma de “petição de princípios”⁵⁴, em sua *Crítica à Filosofia do Direito de Hegel. Introdução*. A superação de Feuerbach fica evidente pela própria carta a ele enviada por Marx em 11 de agosto de 1844 quando o convida para assistir reuniões dos operários franceses e aduz que “a história vai fazer desses ‘bárbaros’ da nossa sociedade civilizada o elemento prático que emancipará a humanidade.”⁵⁵

Na *Crítica de 1844*, Marx reafirma e aprimora um dos elementos centrais do futuro conceito de ideologia ao expor que a religião busca compensar no plano da consciência uma solução coerente que resolva e supere as contradições do mundo real. Assim, Marx confirma sua convicção de que a inversão ideológica responde e deriva de uma inversão real⁵⁶.

Até esse momento, Marx funda sua crítica em inversões, que não podem ser entendidas como ilusões ou mesmo falseamentos intencionais da realidade, mas como fenômenos que surgem de contradições reais, com bases sociais concretas. Assim como

⁵⁰ MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel. Introdução**, cit., p. 157. Grifos no original. Em outra parte, assegura: “assim como a filosofia encontra suas armas materiais no proletariado, o proletariado encontra na filosofia suas armas espirituais.” *Ibid*, p. 156.

⁵¹ *Ibid*, p. 151.

⁵² NETTO, José Paulo. Apresentação: Marx em Paris, cit., p. 21.

⁵³ *Ibid*, p. 23.

⁵⁴ *Ibid*, p. 22.

⁵⁵ *Apud, Ibid*, p. 23.

⁵⁶ LARRAIN, Jorge. **El concepto de Ideología, vol.1**, cit., p. 43.

a teoria do Estado de Hegel implicava uma inversão resultante dos conflitos da sociedade civil burguesa, a religião projetada no céu uma compensação pelos sofrimentos reais na terra, ambas as construções de cunho idealista, mas como consequências de contradições reais.

Sua crítica ainda era insuficiente e se manifestava notadamente no plano filosófico e lógico⁵⁷. Se o democrata radical já tinha claro na crítica ao idealismo alemão que as expressões ideais se fundamentam nas relações sociais concretas, reais, não tinha, contudo, elementos para conhecer mais profundamente a natureza e dinâmica profundas dessas relações sociais. Marx assume uma perspectiva materialista e investe na ideia de que a compreensão do Estado necessita de uma compreensão da sociedade civil⁵⁸. Para um conhecimento profundo desta, no entanto, o conhecimento do sistema hegeliano e o materialismo de Feuerbach eram insuficientes. O drama dos trabalhadores cuja realidade passou a vivenciar precisava de outros elementos teóricos para ser corretamente conhecido e modificado.

Os quinze meses que Marx viveu em autoexílio em Paris foram fundamentais para o avanço de seu pensamento para outro estágio de desenvolvimento. Para tanto, o contato com o movimento operário parisiense foi um passo determinante em seu destino teórico e político, como referido acima. Além disso, é em Paris que toma contato mais profundo com os socialistas (utópicos) e com aquele que seria seu grande parceiro político e intelectual até a sua morte: Friedrich Engels. Na edição dos Anais Franco-Alemães, Marx ficou impressionado com o ensaio de Engels “Esboço de uma crítica da Economia Política”, tendo nele encontrado a chave heurística que lhe possibilitou elaborar futuramente sua teoria social: a crítica da economia política.

A partir do primeiro semestre de 1844, Marx dedica-se profundamente ao estudo da economia política e produz uma série de anotações pessoais, no que futuramente ficariam conhecidas como os Cadernos de *Paris*⁵⁹. Ao final do primeiro semestre concluiu o texto dos *Manuscritos Econômico-Filosóficos* (ou *Manuscritos de Paris*), que se

⁵⁷ IASI, Mauro. Alienação e ideologia: a carne real das abstrações ideais. In. DEL ROIO, Marcos. (org.). **Marx e a dialética da sociedade civil**. Marília: Oficina Universitária; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014, p. 99.

⁵⁸ NETTO, José Paulo. Apresentação: Marx em Paris, cit., p. 28.

⁵⁹ Os Cadernos de Paris não foram produzidos para publicação, mas para estudo pessoal. No entanto, foi posteriormente publicado, cf. MARX, Karl. **Cadernos de Paris e Manuscritos Econômico-Filosóficos de 1844**. Tradução José Paulo Netto e Maria Antônia Pacheco. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

destinava efetivamente à publicação, embora só tenha sido levado a público postumamente em 1932. Nos Manuscritos de 1844 verifica-se a transformação do democrata radical em comunista e o trânsito de seu pensamento da filosofia à crítica da economia política, “no rumo da elaboração da teoria social revolucionária.”⁶⁰

Os estudos e vivências sociopolíticas levados a efeito em Paris em 1844 possibilitaram um avanço no seu pensamento no tema fundamentalmente ligado à ideologia, que é a teoria da alienação, insuficientemente elaborada nos escritos precedentes.

Nos *Manuscritos Econômico-Filosóficos*, Marx analisa pela primeira vez categorias da economia política, como o salário, o ganho do capital (lucro) e a renda da terra. Neste trabalho já leva a efeito uma crítica da propriedade privada e adere expressamente ao comunismo, que descreve de forma incipiente. Sua abordagem sobre os temas da economia política ainda é embrionária, fruto do seu primeiro contato com a matéria, todavia configurou o passo primário de uma abordagem que aprofundará até o limite ao longo de seus estudos posteriores.

No entanto, desde já Marx identifica a economia política como um campo do conhecimento limitado, que não fornece esclarecimentos sobre seus pressupostos nem concebe conexão com a realidade concreta⁶¹. A falta de referência histórica e o viés de defesa da ordem estabelecida são identificados por Marx já a partir desse primeiro contato. Nesse trabalho, Marx logo é capaz de apreender os componentes significativos da realidade da organização da produção capitalista e vaticinar sua subordinação ao ponto de vista dos proprietários na divisão de classes, além da submissão do trabalhador à condição de mera mercadoria:

(...) constatamos que o trabalhador baixa à condição de mercadoria e à de mais miserável mercadoria, que a miséria do trabalhador põe-se em relação inversa à potencia (Macht) e à grandeza (Grösse) da sua produção, que o resultado necessário da concorrência é a acumulação de capital em poucas mãos (...), no final das contas, toda sociedade tem de decompor-se nas duas classes dos proprietários e dos trabalhadores sem propriedade.⁶²

⁶⁰ NETTO, José Paulo. Apresentação: Marx em Paris, cit., p. 11.

⁶¹ MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Tradução Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 79.

⁶² *Ibid*, p. 79.

No final do primeiro dos três cadernos que compõem os Manuscritos de Paris, Marx procede à primeira elaboração de sua própria teoria da alienação, cujo desenvolvimento foi fundamental para a formação do conceito de ideologia⁶³. Antes elaborada à luz das influências de Hegel e Feuerbach, a teoria da alienação ganha um corpo próprio e particular a partir do movimento de historicização e concretização no processo de produção, no qual a categoria do trabalho passa a ganhar centralidade.

A teoria da alienação supõe a concepção filosófico-antropológica de Marx com relação ao ser genérico do homem. Para Marx, o ser do homem constitui-se como atividade vital e livre consciente, cujo conteúdo primário e elementar é o trabalho. A vida produtiva pelo trabalho define o ser do homem como ser genérico, no sentido de pertencente ao gênero humano⁶⁴, e o diferencia da vida animal⁶⁵. Para ele, somente o trabalho como atividade consciente e livre caracteriza o ser genérico, a essência humana, o que não ocorre no modo de produção capitalista, sob o qual o trabalho assume um viés lucrativo e se mostra alienado.

A economia política clássica toma o trabalho sob a forma lucrativa (alienado) como a única forma de trabalho, que ganha uma forma natural e eterna, sem condicionamento histórico, como se fosse a forma de trabalho própria de uma essência humana. Em verdade, tal forma de trabalho, própria da sociedade burguesa, aparece sob a forma de trabalho alienado uma vez que o produto do trabalho não pertence ao trabalhador, senão a outra pessoa que lucra com o trabalho alheio, o que é ocultado pela economia política clássica:

A economia nacional oculta o estranhamento na essência do trabalho porque não considera a relação imediata entre o trabalhador (o trabalho) e a produção. Sem dúvida. O trabalho produz maravilhas para os ricos, mas produz privação para o trabalhador. Produz palácios, mas cavernas para o trabalhador. Produz beleza, mas deformação para

⁶³ Nesse sentido, cf. IASI, Mauro. *Alienação e ideologia*, cit., p. 97.

⁶⁴ Sobre o conceito, cf. BARROS, Ronaldo Crispim Sena. **O ser genérico**: pressuposto da crítica da política do jovem Marx. 2006. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas.

⁶⁵ NETTO, José Paulo. *Apresentação: Marx em Paris*, cit., p. 59.

o trabalhador. (...) Produz espírito, mas produz imbecilidade, cretinismo para o trabalhador⁶⁶.

O produto do trabalho resultante da atividade do trabalhador sobre a matéria prima posta pela natureza, ao contrário de outros períodos históricos, não pertence a ele. Assim, o trabalhador é alienado do produto do seu trabalho e não exerce qualquer controle sobre ele, mas ao contrário, o produto do trabalho se lhe apresenta a ele de forma hostil e alienada. O trabalho do operário cria um poder do objeto, uma relação de poder cuja criação domina o próprio criador⁶⁷, o trabalhador se torna “um servo do objeto”⁶⁸.

Além disso, nessa forma de trabalho, ocorre uma alienação no próprio processo de produção, na atividade de produzir, pois o trabalho alienado não se mostra como uma forma de realização do homem, não representa a satisfação de uma necessidade própria, mas de terceiro, a quem pertence o produto do trabalho. Assim, no processo de trabalho o operário se aliena de si, em razão do seu caráter involuntário e coercitivo. Nesse sentido, Marx indaga: “Como poderia o trabalhador defrontar-se alheio (*fremd*) ao produto da atividade se no ato mesmo da produção ele não se estranhasse a si mesmo?”⁶⁹

Para Marx, o trabalho alienado proporciona uma alienação do que se chama vida genérica do homem, que o aliena em face da natureza e dos próprios homens. O trabalho torna-se um meio de mera subsistência física, e não uma forma de atender às necessidades e realizar-se como homem, de modo que se perde o sentido da relação do homem com a natureza: o trabalhador “não se afirma, portanto, em seu trabalho, mas nega-se nele.”⁷⁰ A relação com a natureza se torna estranha, pois o homem não mais a utiliza para construir uma obra sua e se realizar, mas para destinar o produto de seu trabalho a um terceiro. Do mesmo modo, o homem se aliena com relação ao próprio homem, gerando uma sociedade

⁶⁶ MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**, cit., p. 82.

⁶⁷ NETTO, José Paulo. Apresentação: Marx em Paris, cit., p. 72.

⁶⁸ MARX, Karl, op. cit., p. 81.

⁶⁹ *Ibid*, p. 82.

⁷⁰ *Ibid*, p. 82.

alienada, pois o homem produz não só objetos, mas a própria relação estranha e hostil com os outros homens⁷¹.

A alienação, portanto, pressupõe uma forma de trabalho que existe sob a ordem da propriedade privada e da divisão da sociedade em classes, uma delas para a qual o trabalho é um tormento e meio de subsistência física, e outra para quem o trabalho alheio é meio de fruição e produção de mais riqueza para si. Por meio do trabalho alienado, o trabalhador perde não só os objetos que produz, mas subjetivamente se torna um ser alienado.

Com sua compreensão de essência humana, Marx “apreendeu como a alienação trava o desenvolvimento desta essência, compromete-a, fere-a, lesiona-a, violenta-a e a nulifica.”⁷² Mas ao contrário de Hegel e Feuerbach, para quem a alienação é um fenômeno que se realiza no plano da consciência, Marx a caracteriza como um fenômeno prático, que também só pode ser superado por meio da prática transformadora da realidade na qual é produzida. Mais especificamente, por ser decorrência da propriedade privada, somente sua superação promoverá uma sociabilidade humana verdadeira, na qual o ser do homem se apresentará como ser social.

A alienação na perspectiva de Marx origina-se da falta de controle dos indivíduos sobre esse poder objetivo, que os domina e só pode fazê-lo em circunstâncias dadas pelo modo de produção baseado na propriedade privada. Esta realidade social invertida, na qual o produto governa o produtor, acaba por inverter o plano da consciência.

Por isso mesmo se extrai de Marx duas espécies de inversões: a inversão da consciência (ideologia) e a inversão da prática social objetivada (alienação), na qual a primeira oculta a segunda em uma inversão da inversão real⁷³. O conceito de alienação é, portanto, fundamental na construção do de ideologia, que tem a sua raiz de maneira clara nos escritos de juventude. Ainda falta a Marx o substrato fundamental para a elaboração do seu conceito: o materialismo histórico, que virá da elaboração conjunta com Engels n.^o *A Ideologia Alemã*.

⁷¹ NETTO, José Paulo. Apresentação: Marx em Paris, cit., p. 74.

⁷² *Ibid*, p. 69-70.

⁷³ LARRAIN, Jorge. **El concepto de ideología**, vol.1, cit., p. 49.

1.2.2 – O materialismo histórico e o surgimento do conceito de ideologia: *A Ideologia Alemã*

O encontro de Karl Marx com Friedrich Engels em Paris resultou não só em uma grande e sincera amizade, mas também em uma profunda parceria intelectual. Em 1845 escrevem e publicam o livro *A Sagrada Família* em verdadeiro rompimento com a esquerda hegeliana⁷⁴. Entre 1845 e 1846 escrevem um texto seminal, *A Ideologia Alemã*, que só foi publicado postumamente, em 1921, com lacunas e imprecisões⁷⁵. Posteriormente, no Prefácio de 1859 à *Contribuição à Crítica da Economia Política*, Marx minimizou a falta de publicação do manuscrito, que para ele teve mais um propósito de autoesclarecimento do que de uma obra científica propriamente dita⁷⁶.

É n' *A Ideologia Alemã* que pela primeira vez o materialismo histórico é desenvolvido de maneira consistente, bem como também é nesta obra que aparece pela primeira vez o termo ideologia. O texto não traz uma definição formal do conceito, que não aparece, na verdade, em nenhum outro escrito, pois Marx não empreendeu um tratamento sistemático ou dogmático da ideologia.

Nesse estudo, Marx e Engels propõem-se a analisar a ideologia a partir da produção material da sociedade, ainda que não tenham feito uma análise específica e depurada da produção capitalista, que viria a ser feita em *O Capital*. Aqui, os autores ainda se confrontam com os jovens hegelianos e procuraram combater os elementos tanto do idealismo quanto do materialismo mecanicista, representado sobretudo por Feuerbach⁷⁷. As principais conclusões do estudo constituíram as bases teóricas para o futuro trabalho de análise profunda e categórica da sociedade capitalista. Assim, em *A*

⁷⁴ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A sagrada família**. Tradução Marcelo Backes. São Paulo: Boitempo, 2011.

⁷⁵ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**, cit.. No Brasil a edição integral só foi publicada em 2007 pela editora Boitempo.

⁷⁶ “Abandonamos o manuscrito à crítica roedora dos ratos, tanto mais a gosto quanto já havíamos alcançado nosso fim principal, que era nos esclarecer.” MARX, Karl. **Contribuição à Crítica da Economia Política**. Tradução Florestan Fernandes. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008, p. 49.

⁷⁷ É também do mesmo período o texto Teses sobre Feuerbach, que está publicada no mesmo volume da *Ideologia Alemã*. Cf. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**, cit., p. 533 et seq.

Ideologia Alemã ainda não há um profundo estudo sobre a sociedade capitalista, mas sem ela tal estudo não teria seus elementos básicos determinantes⁷⁸. Com efeito, nos estudos posteriores, por mais que a expressão não se torne tão presente, o conceito é aprimorado e melhor desenvolvido, sem ser abandonado.

Em *A Ideologia Alemã*, a ideologia continua a se relacionar com o processo de inversão e alienação na consciência. Contudo, o traço significativo deste estudo, que levou a categoria da ideologia ao título do próprio trabalho, reside na centralidade da práxis, na vinculação do plano da consciência à prática social. A crítica aos filósofos alemães levada a efeito n' *A Ideologia Alemã* reside principalmente na desvinculação das ideias ao plano prático concreto, de modo que as ideias são apreendidas como entidades autônomas, “então isso ajuda a naturalizá-las e desistoricizá-las; esse é, para o jovem Marx, o segredo de toda ideologia.”⁷⁹

Marx e Engels negam a possibilidade de transformação social a partir do mero combate às ideias falsas e do descortinamento da ideologia. Para eles, “a ‘libertação’ do homem é um ato histórico e não um ato do pensamento, e é ocasionada por condições históricas”⁸⁰. Para os filósofos revolucionários, as distorções no plano das ideias estão fundadas em contradições reais, de maneira que apenas pela ação humana de transformação dessas contradições as distorções ideais podem ser efetivamente solucionadas. Nesse sentido, Terry Eagleton afirma que “uma teoria materialista da ideologia é inseparável de uma política revolucionária.”⁸¹

A falsidade das ideias as torna ideológicas na medida em que sua existência nessa forma distorcida é necessária para a manutenção de determinada ordem social estabelecida. No entanto, o descortinar da crítica ideológica é insuficiente por si só para a mudança do quadro apresentado, de modo que referida crítica ideológica é igualmente uma crítica da crítica da ideologia⁸². A teoria materialista da ideologia, forjada por Marx e Engels, reconhece de maneira radical a incapacidade da sua própria teoria, como simples teoria, de modificar a realidade existente ou até mesmo de possibilitar o desenvolvimento das ideias sem as deformações decorrentes das contradições sociais. A

⁷⁸ Nesse sentido, cf. LARRAIN, Jorge. **El concepto de ideología, vol.1**, cit., p. 54.

⁷⁹ EAGLETON, Terry. **Ideologia**, cit., p. 71.

⁸⁰ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**, cit., p. 29.

⁸¹ EAGLETON, Terry. **Ideologia**, cit., p. 72.

⁸² *Ibid*, p. 72.

crítica da ideologia leva necessariamente à prática humana que possibilite a superação das referidas contradições.

Em *A Ideologia Alemã* é possível identificar dois fenômenos, que por vezes parecem se fundir na ambiguidade do texto: por um lado, a noção de que ideias e atividade material são indissociáveis, ao contrário do que defendia a filosofia idealista alemã; por outro lado, a noção de que certas formas de consciência se tornam isoladas da realidade concreta, mas cumprem o papel de sustentar a ordem estabelecida.⁸³

A ideologia é um modo específico de ser de determinadas ideias, de maneira que se toda ideologia é constituída de ideias, nem toda ideia ou conjunto de ideias configura uma ideologia. Com efeito, as ideias em geral se apresentam como as expressões conscientes, que podem ser reais ou ilusórias, que resultam das relações sociais práticas e da atividade real dos seres humanos em interação social. A ideologia se refere apenas às ideias que expressam a prática de maneira inadequada, que não tem razão de ser em um processo cognitivo defeituoso, mas nas próprias contradições da vida prática⁸⁴, especialmente a vida sob a forma do capitalismo, com a divisão social do trabalho e a alienação daí decorrente.

É d'*A Ideologia Alemã* que se extrai a célebre frase, não menos polêmica, de que “as ideias da classe dominante são, em cada época, as ideias dominantes”⁸⁵. Conforme aponta Jorge Larrain, grande parte dos erros de interpretação desta obra de Marx se deve ao fato de seus estudiosos não se atentarem para o fato de que Marx não afirma que a ideologia dominante é aquela da classe dominante, mas sim as ideias⁸⁶. O erro comum consiste em atribuir a Marx e Engels o que eles não realizaram nessa obra, que é uma diferenciação entre ideologia dominante e ideologia dominada, como conjunto de ideias características das classes sociais em conflito. Nesse sentido, Marx e Engels esclarecem que:

A classe que tem à sua disposição os meios da produção material dispõe também dos meios da produção espiritual, de modo que a ela estão submetidos aproximadamente ao

⁸³ EAGLETON, Terry. **Ideologia**, cit., p.73-74.

⁸⁴ LARRAIN, Jorge. **El concepto de ideología, vol.1**, cit., p. 66-67.

⁸⁵ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**, cit., p. 47.

⁸⁶ Nesse sentido, cf. LARRAIN, Jorge. **El concepto de ideología, vol.1**, cit., p. 68.

mesmo tempo os pensamentos daqueles aos quais faltam os meios da produção espiritual. As ideias dominantes não são nada mais do que a expressão ideal das relações materiais dominantes, são as relações materiais dominantes apreendidas como ideias; portanto, são a expressão das relações que fazem de uma classe a classe dominante, são as ideias de sua dominação.⁸⁷

Assim, com relação às ideias em geral, o texto aponta que as mais aceitas, aquelas dominantes, são produzidas pela classe dominante porque ela domina os meios de produção intelectual e porque essas ideias expressam a relação material dominante. Em geral, essas ideias coincidem com os interesses objetivos da classe dominante, o que nem sempre ocorre na relação oposta, ou seja, as ideias produzidas pelas classes dominadas não necessariamente servem aos seus próprios interesses objetivos, seja porque carecem dos meios de produção intelectual, seja porque estão imersas em relações de produção material que não controlam⁸⁸.

Com efeito, é comum que as classes dominadas reproduzam ideias que expressam os interesses das classes dominantes, de modo que a produção das ideias nem sempre está vinculada diretamente à classe dominante, pois muitas vezes é produzida e reproduzida pelas classes subalternas. Desse modo, a origem da produção das ideias não é propriamente o fundamental para edificar uma relação de dominação, mas sim que seja dada ao conjunto de ideias de interesse das classes dominantes a forma de universalidade, apresentando-as de maneira racional e de validade universal, em uma espécie de verdade imparcial e desinteressada. O determinante, portanto, é transformar interesses e ideias particulares em verdadeiros interesses em comum, universais.

Desta forma, ao contrário das ideias em geral, o determinante para a ideologia é justamente sua relação com os interesses da classe dominante, independentemente da origem da produção das ideias. A ideologia, portanto, serve necessariamente aos interesses da classe dominante, de modo que por definição não pode haver ideologia que sirva aos interesses das classes exploradas. Nesse ponto é importante destacar que o próprio Marx não qualifica suas ideias como ideológicas ou ideologia do proletariado.

⁸⁷ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich, op. cit., p. 47.

⁸⁸ LARRAIN, Jorge, op. cit., p. 68-69.

Ressalte-se, no entanto, que nem toda ideia que sirva aos interesses da classe dominante configura uma ideologia, e apesar de constituir o resultado de uma prática social limitada, nem todos os produtos dessa realidade são igualmente ideologia. Marx também não defende um determinismo das ideias, de modo a impedir o desenvolvimento de ideias emancipatórias da condição de exploração da classe dominada de modo que nem toda ideia que surge de uma realidade contraditória configurará necessariamente uma ideologia⁸⁹.

Ao contrário dos filósofos alemães criticados n'*A Ideologia Alemã*, para quem os problemas sociais podem ser reduzidos a conflitos no plano da consciência, para Marx e Engels são as contradições sociais reais do modo de produção capitalista que podem gerar a ideologia, sempre que as ideias impliquem em uma representação distorcida dessas contradições materiais, seja ignorando-as ou mesmo as representando de maneira equivocada. Nessa obra, portanto, o conceito de ideologia relaciona-se a uma prática material limitada que gera ideias que distorcem ou ocultam as contradições sociais no interesse da classe dominante.

A ideologia surge como uma solução no nível da consciência social de contradições que não foram resolvidas no plano prático. A relação entre consciência e prática é marcante na obra de Marx e Engels, e é bem representada por Jorge Larrain quando assevera que “na medida em que os seres humanos, devido ao seu modo limitado de vida material, são incapazes de resolver estas contradições na prática, as projetam em formas ideológicas de consciência.”⁹⁰

Marx e Engels desenvolvem um conceito crítico e ao mesmo tempo restrito: afirmam a distorção que oculta as contradições sociais, porém não classificam como ideológica qualquer distorção, senão aquele tipo específico de distorção que além de ocultar as contradições sociais, favorece a dominação de classe. Na medida em que a ideologia favorece a reprodução das contradições sociais ao ocultá-la, permite a reprodução da classe dominante enquanto tal.

A restrição do conceito elimina a confusão que se estabelece entre ideologia e falsidade ou verdade das ideias, ou mesmo a oposição entre ideologia e ciência. A fundamentação na prática social real afasta a noção de que a ideologia seria um equívoco

⁸⁹ LARRAIN, Jorge. **El concepto de ideología**, vol.1, cit., p. 70.

⁹⁰ LARRAIN, Jorge. **El concepto de ideología**, vol.1, cit., p. 76.

a ser corrigido pela revelação científica da verdade, pois para Marx e Engels a superação que se baseia nas contradições sociais só se torna possível com a atividade prática que transforme as próprias relações que ensejaram a ideologia.

Marx e Engels já têm claro nesse momento, mas ainda apenas no plano teórico, a necessidade da prática social transformadora. Contudo, paradoxalmente, ainda lhes falta uma análise concreta e profunda sobre o funcionamento da sociedade capitalista na qual a práxis humana intervirá. Em 1845-1846, Marx e Engels ainda não possuem condições para essa análise apurada da sociedade capitalista, mas a construção do materialismo histórico levado a cabo n'*A Ideologia Alemã* é fundamental para os passos futuros dos pensadores e que ensejará, fundamentalmente por Marx, uma produção teórica que possibilitará uma correta compreensão da sociedade e suas contradições, na qual a prática humana deve incidir.

1.2.3. A ideologia nas obras da maturidade de Karl Marx.

Nada obstante o fato de a temática da ideologia perpassar de maneira mais ou menos intensa toda a obra de Karl Marx, em seu período da maturidade o tema volta a ter relevância com o "*Prefácio*" à *Contribuição à Crítica da Economia Política*, de 1859. Aqui, Marx já domina plenamente a economia política e descreve no *Prefácio* sua concepção madura de sociedade civil. Para ele, a anatomia da sociedade civil deve ser buscada nas relações que os homens contraem entre si na produção social de sua vida e que correspondem a uma determinada fase de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. A economia política, notadamente sua crítica, assume um papel central na explicação do real funcionamento da sociedade civil regida sob o modo de produção capitalista.

Nessa explicação da sociedade civil, Marx expõe a famosa, e não menos polêmica, formulação de "base" e "superestrutura", na qual a economia seria a infraestrutura que se sobreporia e determinaria a superestrutura da sociedade, na qual estariam a política, o direito, a arte, além de outros elementos que constituem a sociedade:

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 de vida social, política e intelectual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; ao contrário, é o seu ser social que determina sua consciência.⁹¹

Marx segue aqui a sua concepção segundo a qual é a vida material concreta que determina as formas de consciência, e não o contrário. Mas, ao prosseguir no texto, após afirmar a possibilidade e necessidade de revolução social a partir do momento em que se verificam contradições sociais determinadas pelo desenvolvimento das forças produtivas em certa etapa histórica⁹², Marx afirma que:

Quando se consideram tais transformações, convém distinguir sempre a transformação material das condições econômicas de produção - que podem ser verificadas fielmente com ajuda das ciências físicas e naturais - e as formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas ou filosóficas, em resumo, as formas ideológicas sob as quais os homens adquirem consciência desse conflito e o levam até o fim.⁹³

Desta passagem abriu-se uma acesa polêmica entre os intérpretes de Marx, segundo a qual se discute a efetiva mudança do conteúdo de ideologia para o filósofo

⁹¹ MARX, Karl. **Contribuição à Crítica da Economia Política**, cit., p. 47.

⁹² “Em uma certa etapa de seu desenvolvimento, as forças produtivas materiais da sociedade entram em contradição com as relações de produção existentes, ou, o que não é mais que sua expressão jurídica, com as relações de propriedade no seio das quais elas se haviam desenvolvido até então. De formas evolutivas das forças produtivas que eram, essas relações convertem-se em entraves. Abre-se, então, uma época de revolução social. A transformação que se produziu na base econômica transforma mais ou menos lenta ou rapidamente toda a colossal superestrutura.” MARX, Karl. **Contribuição à Crítica da Economia Política**, cit., p. 47-48.

⁹³ *Ibid*, p. 48.

revolucionário alemão. Para autores como Antonio Gramsci e György Lukacs⁹⁴, o termo passou a significar um conjunto de ideias de diversas ordens que estaria na superestrutura da formação social. A partir deste instante da obra de Marx, a ideologia perdera a significação fundamental de distorção do conhecimento para significar a totalidade das formas tomadas pela superestrutura de um período histórico determinado.

Outros intérpretes, contudo, não extraem do *Prefácio* de 1859 uma mudança do significado teórico da ideologia, senão uma relação de continuidade. Para estes⁹⁵, no trecho citado acima, Marx contrasta, na verdade, a ciência natural com as formas ideológicas em que os seres humanos conscientizam as transformações sociais em referência no texto. Nesse sentido, Marx quer manter a distinção entre ciência e ideologia e para tanto, está implicitamente sustentando que as formas ideológicas são inadequadas para ganhar uma consciência verdadeira das transformações a que o texto se refere. Do contrário, seria o equivalente a considerar que todos os elementos que formam a superestrutura, como a religião, o direito, a filosofia, a arte, seriam inadequadas por completo, retirando a especificidade do conceito de ideologia.

Para além da crítica à mecanicista e vulgar interpretação daquilo que ficou conhecida como a “doutrina da base-superestrutura”⁹⁶, a relação de continuidade, e não de transformação do conceito, pode ser extraída de outros momentos do mesmo *Prefácio* de 1859, desde a parte em que comenta seu trabalho com Engels na elaboração d’*A Ideologia Alemã*, ao referir que “resolvemos trabalhar em comum para salientar o contraste de nossa maneira de ver com a ideologia da filosofia alemã, visando, de fato, acertar as contas com a nossa antiga consciência filosófica”⁹⁷, até o momento imediatamente seguinte ao trecho objeto de polêmica acima referido, quando aduz que:

Do mesmo modo que não se julga o indivíduo pela ideia que de si mesmo faz, tampouco se pode julgar uma tal época de transformações pela consciência que ela tem de si mesma.

⁹⁴ A interpretação destes autores será levada a cabo no capítulo seguinte.

⁹⁵ Nesse sentido, cf. LARRAIN, Jorge. **El concepto de ideología, vol.1**, cit., p. 138; IASI, Mauro. *Alienação e ideologia*, cit., p. 93.

⁹⁶ EAGLETON, Terry. **Ideologia**, cit., p. 80-81. Para uma abordagem mais profunda sobre a ideia de totalidade em Marx, cf. BARATA-MOURA, José. **Totalidade e contradição: acerca da dialética**. 2. ed. Lisboa: Avante!, 2012.

⁹⁷ MARX, Karl. **Contribuição à Crítica da Economia Política**, cit., p. 49.

É preciso, ao contrário, explicar essa consciência pelas contradições da vida material, pelo conflito que existe entre as forças produtivas sociais e as relações de produção.⁹⁸

No mesmo sentido é a posição de Mauro Iasi, para quem a leitura atenta do trecho do *Prefácio* em análise indica que “Marx claramente está contrapondo ideologia a uma forma de consciência capaz de compreender as determinações do real”⁹⁹, ou seja, há uma oposição entre o conjunto de formas identificadas como ideológicas e a ciência. Para Iasi, ideologia segue significando em Marx uma particular forma de consciência que implica em ocultamento e velamento do real.

De todo modo, uma nova etapa no percurso teórico de Marx sobre a ideologia ganha novos contornos a partir de 1858 nos *Grundrisse*¹⁰⁰ e notadamente em sua obra seminal *O Capital*, na qual o filósofo revolucionário alemão expõe de maneira decisiva a anatomia da sociedade civil burguesa por meio da crítica da economia política.

Percebe-se na análise das relações econômicas capitalistas por Marx a influência da sua leitura da Lógica de Hegel, especialmente pela distinção dali advinda entre dois níveis da realidade: o nível da aparência e o nível da essência ou das relações reais. Observa-se que a questão do conhecimento, da consciência e do ocultamento estão presentes em toda a sua obra.

Se em *A Ideologia Alemã* Marx desenvolve a ideia materialista histórica de que as ideias só podem ser compreendidas em sua relação com a realidade material concreta, em *O Capital*, após profunda análise das estruturas da economia capitalista, o pensador revolucionário alemão chega a um nível mais profundo de que as práticas materiais capitalistas não são transparentes e não se revelam como são em sua totalidade. A noção de que as ideias só podem ser compreendidas em sua relação com a realidade material concreta se mantém, mas em um contexto muito mais complexo e completo de ocultação da essência pela aparência, que agora se revela constitutivo da própria realidade que se apresenta nesta forma de sociedade.

⁹⁸ MARX, Karl. **Contribuição à Crítica da Economia Política**, cit., p. 48.

⁹⁹ IASI, Mauro. *Alienação e ideologia*, cit., p. 93.

¹⁰⁰ MARX, Karl. **Grundrisse**: manuscritos econômicos de 1857-1858: esboços da crítica da economia política. Tradução Mario Duayer, Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011.

A evolução no pensamento de Marx deve-se a um salto significativo em relação à sua teoria da alienação iniciada nos *Manuscritos Econômico-Filosóficos de 1844*. Trata-se do capítulo de *O Capital* dedicado ao fetichismo da mercadoria, no qual Marx aponta que as relações sociais entre os seres humanos na sociedade capitalista são determinadas por relações entre as mercadorias que eles produzem mediante o trabalho. As relações sociais entre homens assumem aos seus olhos “a forma fantasmagórica de uma relação entre coisas”¹⁰¹.

Os produtos do trabalho humano, que fogem ao seu controle e não lhe pertencem (alienação) agora determinam as condições de sua própria existência. As mercadorias apresentam-se para os homens como se tivessem vida própria e a visão que se tem sobre elas enxerga o movimento de tal modo que desaparecem os homens que promovem os reais deslocamentos¹⁰². No exemplo de Terry Eagleton, “uma flutuação na bolsa de valores pode significar desemprego pra milhares.”¹⁰³ A forma como a realidade se apresenta dificulta que os seres humanos realizem avanços na compreensão de suas ações, uma vez que os homens não sabem o que estão fazendo, mas mesmo assim o fazem.¹⁰⁴

Ao analisar os elementos fundamentais da economia política que caracterizam a sociedade capitalista, Marx percebe que a questão não é mais apenas uma distorção da realidade pelos seres humanos, que invertem o mundo real em sua consciência e dessa forma imaginam que as mercadorias controlam suas vidas. Para Marx, na sociedade regida pelo modo de produção capitalista, as mercadorias efetivamente controlam a vida humana, como uma forma de feitiço. As operações econômicas cotidianas se apresentam já na realidade de forma invertida, de maneira que não se trata mais de uma inversão da realidade no plano da consciência, mas uma reprodução na consciência de uma realidade já invertida.

Enquanto n’*A Ideologia Alemã* tratava-se de não enxergar as coisas como eram na realidade, n’*O Capital* a questão se desloca para a própria realidade se apresentar como dupla e enganadora, na qual a falsidade está incluída na própria realidade¹⁰⁵. A especulação idealista identificada em 1845-1846 avança para outro modo de compreender

¹⁰¹ MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política: Livro 1**, cit., p. 147.

¹⁰² KONDER, Leandro. **A questão da ideologia**, cit., p. 47.

¹⁰³ EAGLETON, Terry. **Ideologia**, cit., p.82.

¹⁰⁴ KONDER, Leandro, op. cit., p. 48.

¹⁰⁵ EAGLETON, Terry, op. cit., p. 84.

o fenômeno ideológico, que se apresenta nas próprias práticas da economia cotidiana da sociedade capitalista.

Este elemento já pode ser identificado nos *Grundrisse*, quando Marx aborda o fenômeno da alienação:

Na medida em que do ponto de vista do capital e o trabalho assalariado, a geração desse corpo objetivo da atividade se dá em oposição à capacidade de trabalho imediata – esse processo de objetivação aparece de fato como processo de alienação, do ponto de vista do trabalho, ou de apropriação do trabalho, do ponto de vista do capital -, tal distorção ou inversão é *efetiva* e não *simplesmente imaginada*, existente simplesmente na representação dos trabalhadores e capitalistas.¹⁰⁶

O princípio segundo o qual as ideias devem ser explicadas a partir da prática, já estabelecido em *A Ideologia Alemã*, encontra-se diante de descobertas e de um contexto muito mais complexo, que tem na prática social um caráter duplo, pois a própria realidade prática também é ocultada por aparências que são constitutivas dessa própria realidade. Agora a ideologia oculta as relações sociais contraditórias, mas “não só invertendo na consciência uma realidade já invertida, senão também se modelando nas aparências da realidade que mostram o contrário das relações essenciais.”¹⁰⁷

Esse novo fenômeno descrito por Marx verifica-se nas operações mais básicas da economia cotidiana e ocultam a exploração do trabalhador na sociedade capitalista. Com efeito, a exploração do trabalhador é ocultada nas relações cotidianas de circulação de mercadorias, como ocorre no exemplo do valor dessas mercadorias. Nas relações cotidianas de mercado o lucro parece advir da diferença entre o valor de custo da mercadoria e o valor pelo qual foi efetivamente vendido no mercado, ocultando-se a mais-valia e a teoria do valor-trabalho, que são a base de exploração do trabalhador na relação capital-trabalho.

¹⁰⁶ MARX, Karl. **Grundrisse**, cit., p. 706. Grifos no original.

¹⁰⁷ LARRAIN, Jorge. **El concepto de ideología, vol.1**, cit, p. 82.

Segundo o pensamento exposto por Marx n' *O Capital*, o valor das mercadorias é determinado pelo tempo de trabalho socialmente necessário para a sua produção¹⁰⁸. A base do lucro na sociedade capitalista não é a diferença entre o valor de custo da mercadoria e o valor pelo qual foi vendido (valor de troca), mas sim a diferença entre o valor da mercadoria produzida e a soma dos meios de produção e do valor do trabalho, cujo tempo conferiu valor à mercadoria. Como os meios de produção na sociedade capitalista estão nas mãos da classe de proprietários, o trabalhador tem que vender sua mão de obra para sobreviver. Nessa relação, o capitalista paga ao trabalhador o valor referente apenas a uma parte do tempo de trabalho necessário à produção da mercadoria, ficando com a diferença do tempo de trabalho que produziu mercadorias, mas não foi pago ao trabalhador por meio de salário (mais-valia).

Assim, no exemplo acima, o nível das aparências apresenta a ganância do proprietário da mercadoria pela diferença de valor de custo desta e o preço pelo qual foi realmente vendido, ocultando a exploração do trabalhador como verdadeira fonte de riqueza da classe proprietária dos meios de produção, ou seja, oculta-se a contradição central da sociedade capitalista, a relação capital-trabalho, por meio das operações mais simples de circulação de mercadorias. No nível das aparências, a fonte da mais-valia está na esfera de circulação das mercadorias, ocultando sua verdadeira origem no processo de produção delas.

Da mesma forma ocorre com a questão do salário. No plano da aparência a forma salário aparece como o valor equivalente a todo um dia de trabalho, como o preço do trabalho que se fixa pela lei da oferta e da procura. A noção corrente de salário justo ao nível do mercado oculta a divisão do dia de trabalho entre trabalho necessário (para produção de mercadorias) e trabalho excedente, especialmente o fato de que este último resta sem pagamento e apropriado pelo proprietário dos meios de produção.

Nas obras da maturidade, Marx não expõe formulações estritamente filosóficas acerca da ideologia, senão que se preocupa em apresentar formas ideológicas que surgem das práticas advindas das relações sociais cotidianas. Na esteira das relações econômicas mais básicas das pessoas apresentam-se formas ideológicas no plano da consciência a

¹⁰⁸ MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política: Livro 1**, cit., p. 119 et seq.; NETTO, José Paulo; BRAZ, Marcelo. **Economia política: uma introdução crítica**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2012, p. 61.

partir de uma realidade que se apresenta na superfície de forma distinta das relações internas de sua estrutura.

Ao trabalhar com o conceito de ideologia, Marx não extrai a reprodução das aparências da representação distorcida da realidade, como um processo inevitável que atingirá a consciência. Se o mundo invertido das formas fenomênicas induz formas ideológicas de consciência, isso decorre de um modo de atividade material limitado, mas não como uma consequência absoluta e inevitável.

A exposição da crítica da economia política e sua profunda análise das contradições da sociedade capitalista não pretende sustentar o domínio das circunstâncias sobre os indivíduos, mas abrir caminho para a transformação desta realidade por meio do desvelamento das referidas contradições sociais. E é justamente por meio da prática revolucionária que Marx concebe a possibilidade de superação do quadro de aparências da sociedade regida sob o modo de produção capitalista.

Nessa linha, a relação entre ideologia e ciência ganha especial importância como forma de valorização desta em oposição aos efeitos nefastos daquela. Na sua crítica da economia política, Marx explica que:

A economia vulgar, com efeito, não faz mais que interpretar, sistematizar e louvar doutrinariamente as concepções dos agentes presos dentro das relações burguesas de produção. Não nos deve surpreender, portanto, que ela, precisamente na forma de manifestação alienada das relações econômicas, nas quais essas aparecem, *prima facie*, como contradições totais e absurdas – e toda a ciência seria supérflua se a forma de manifestação e a essência das coisas coincidissem imediatamente –, se sinta aqui perfeitamente à vontade e que essas relações lhe apareçam tanto mais naturais quanto mais escondida se encontrar nela a correlação interna, ao mesmo tempo em que são correntes para a concepção comum.¹⁰⁹

A ciência é, portanto, absolutamente necessária no processo de desvelamento das aparências. Contudo, não é o mero desenvolvimento da ciência o meio necessário para

¹⁰⁹ MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política: livro III**: o processo global da produção capitalista. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 880.

superar a ideologia, uma vez que a ciência por si só não altera a realidade que aparece em relações sociais distorcidas. Se a fonte fundamental da ideologia são as relações sociais distorcidas, apenas a ação prática de transformação dessa realidade é capaz de superá-la. A superação da ideologia, portanto, depende das mudanças práticas reais das relações contraditórias que as originam.

Trata-se de um processo dinâmico e histórico. Extrai-se do pensamento de Marx a centralidade da historicidade no trato de todas as questões por ele abordadas, o que não seria diferente na ideologia. O pensamento burguês em seu início, por exemplo, não foi de todo ideológico. Ao apontar as contradições da sociedade medieval, os iluministas efetivamente pretendiam transformar aquele modo de sociedade e superar suas contradições. As formas diretas e pessoais de dominação do escravismo e da servidão, que eram justificadas a partir das ideias religiosas, foram combatidas pela burguesia revolucionária em um movimento de superação histórica de defesa das ideias de liberdade, igualdade, mercado livre e direitos humanos.

Contudo, ao tomar o poder e desenvolver um novo tipo de sociedade, o pensamento burguês passa a ser ideológico ao negar suas contradições. Se na sociedade medieval a dominação pessoal era justificada por disposições religiosas, na sociedade burguesa a dominação de classe não é justificada, mas negada e ocultada sob os véus da igualdade e liberdade.

Na sociedade que se forma, as próprias dinâmicas de mercado instituem a realidade invertida. No intercâmbio cotidiano de mercadorias, as ideias de liberdade, igualdade e propriedade apresentam-se como reais e no plano filosófico são encaradas como atributos inatos do homem, frutos das ideias e da razão, e não como produto histórico¹¹⁰.

A ideologia política do modo de produção capitalista oculta sob a forma aparente da liberdade individual e da igualdade, as desigualdades reais e a falta de liberdade concreta, como no exemplo do trabalhador, que é obrigado a vender sua força de trabalho para sobreviver, mas no plano da aparência é livre para contratar o trabalho que desejar para si. O caráter histórico da ideologia fica evidenciado nos exemplos trazidos, que não

¹¹⁰ Sobre a ideia de direitos humanos em Marx, cf. TRINDADE, José Damião de Lima. **Os direitos humanos na perspectiva de Marx e Engels**: emancipação política e emancipação humana. São Paulo: Alfa-Ômega, 2011.

seriam possíveis em uma sociedade na qual os trabalhadores não estivessem despossuídos dos meios de produção.

Em seu pensamento maduro, Marx qualifica e concretiza sua concepção de ideologia, que embora não perca sua riqueza filosófica, ganha uma aplicação notavelmente mais concreta na crítica da economia política. Apesar de mencioná-lo cada vez menos e de não sistematizá-lo ao longo de sua obra, a ideologia acompanha o pensamento de Marx até seus últimos escritos.

A ideologia como ocultamento das contradições sociais e consequente instrumento de manutenção da ordem social posta apresenta-se na obra de Marx em constante evolução. Suas formas de manifestação podem significar tanto a negação das contradições quanto a sua má compreensão a ponto de sua resolução se tornar igualmente ideológica.

Trata-se de um conceito extremamente útil e até mesmo necessário para a análise do direito e especialmente do direito penal, campo jurídico no qual as contradições têm sido cada vez mais expostas pelo pensamento crítico, mas que parece ainda insuficientemente desenvolvido a partir de uma perspectiva materialista histórica.

CAPÍTULO 2 – A IDEOLOGIA NA TRADIÇÃO MARXISTA¹¹¹

SUMÁRIO – 2. A ideologia na tradição marxista – 2.1. A primeira geração de marxistas: Lênin e a construção do conceito neutro de ideologia – 2.2. Gramsci: ideologia e hegemonia – 2.3 - Lukacs: reificação e ideologia como função – 2.4 – Althusser e os Aparelhos Ideológicos de Estado. 2.5 A negação da ideologia: Daniel Bell e Michel Foucault 2.6. Tomada de posição: o retorno a Karl Marx.

2.1 – A primeira geração de marxistas: Lênin e a construção do conceito neutro de ideologia

Em razão de seu significado e potencial crítico, o conceito de ideologia teve desenvolvimento principalmente na tradição filosófica que derivou do pensamento de Karl Marx. Após sua morte, em 1883, a tradição marxista trabalhou o conceito de diferentes formas, para as quais houve a influência de fatores diversos, como o contexto histórico e até mesmo o acesso às obras de Marx.

As principais elaborações sobre ideologia emergentes ao longo do século XX e início do século XXI têm como referência em maior ou menor grau as proposições de Karl Marx. No centro do debate dos diversos autores que trabalharam com a temática

¹¹¹ Sobre o significado da expressão marxismo, cf. NETTO. José Paulo. **O que é marxismo**. 9. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

estava a preocupação em ratificar ou retificar o que foi posto por Marx e Engels *n'A Ideologia Alemã*¹¹².

No interior da tradição marxista, as elaborações mais significativas do conceito de ideologia são atribuídas a Vladimir I. Lênin, Antonio Gramsci, György Lukacs e Louis Althusser¹¹³. O primeiro deles teve uma importância central no desenvolvimento posterior da ideologia, uma vez que foi o principal responsável pela construção e difusão de uma concepção tida como neutra do conceito.

No período histórico imediatamente seguinte à morte de Marx, o estudo sobre a ideologia não constituiu a centralidade do pensamento marxista, que se concentrou nos aspectos econômicos e na elaboração de uma teoria política marxista diante das lutas revolucionárias que se avizinhavam. Apenas a partir dos anos de 1920, com o surgimento do que se tornou conhecido como marxismo ocidental¹¹⁴, a ideologia passou a ocupar os estudos dos principais pensadores desta tradição de pensamento com um destaque digno de nota.

Após a morte de Marx, Friedrich Engels retomou o tema em algumas obras¹¹⁵, mas em outro contexto que não aquele de confronto com o idealismo alemão, já sem a influência de outrora. No último terço do século XIX, o materialismo histórico já estava com suas bases construídas e os debates que então interessavam a Engels versavam sobre a interpretação mecanicista da sua obra e de Marx, além da influência crescente do positivismo nas ciências sociais.

Em sua crítica a Eugen Dühring¹¹⁶, publicada em livro em 1878, Engels utiliza o conceito em seu significado crítico negativo ao se referir ao “método ideológico” de

¹¹² SILVA, Nara Roberta. Sobre a dinâmica da ideologia à luz da interpretação lukácsiana. **Mediações**. Londrina, v. 20, n. 1, 2015, p. 339.

¹¹³ LARRAÍN, Jorge. **El concepto de ideología. Vol. 2.** El marxismo posterior a Marx: Gramsci y Althusser. Santiago: LOM Ediciones, 2008, p. 7.

¹¹⁴ Cf. ANDERSON, Perry. **Considerações sobre o marxismo ocidental.** Tradução Isa Tavares. São Paulo: Boitempo, 2004.

¹¹⁵ Cf. ENGELS, Friedrich. **Anti-Dühring:** a revolução da ciência segundo o senhor Eugen Dühring. Tradução Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2015; ENGELS, Friedrich. Carta a Franz Mehring. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras Escolhidas. Tomo III.** Tradução José Barata-Moura. Lisboa: Avante!, 1982, p. 556-561.

¹¹⁶ Nesse período histórico havia uma disputa pela hegemonia teórica e ideopolítica do movimento socialista alemão em ascensão, no qual além de Ferdinand Lassalle, Eugen Dühring exercia grande influência. Sobre o contexto de publicação do livro, cf. NETTO, José Paulo. Apresentação. In.: ENGELS, Friedrich. **Anti-Dühring**, cit., p. 12 et seq.

Dühring, além de qualificá-lo como ideólogo e sua filosofia como “pura ideologia, como derivação da realidade não a partir dela mesma, mas da sua representação”¹¹⁷. Após criticar as formulações de Dühring que fogem das relações sociais reais das pessoas, Engels, no estilo ácido e irônico que toma conta da obra, assevera que “nosso ideólogo pode virar e mexer como quiser: a realidade histórica que ele jogou porta afora volta a entrar pela janela”¹¹⁸.

Todavia, há momentos de ambiguidade nos escritos de Engels, notadamente aquele que se verifica na famosa Carta a Mehring, de 1893¹¹⁹, no qual o termo é utilizado ora para denunciar uma “falsa consciência”, ora para designar a totalidade das formas de consciência social.

É, contudo, no contexto revolucionário russo que o conceito adquire outro significado. Na virada do século XIX para o XX, a situação sociopolítica europeia passava por profundas transformações: avançavam o capitalismo monopolista e o imperialismo e surgiam e se consolidavam movimentos e partidos políticos representativos da classe operária. A nova conjuntura demandava um novo tipo de teoria, que estivesse diretamente ligada às lutas de massas e integrada com as organizações da classe operária, notadamente o partido político¹²⁰.

A construção desse novo marco teórico foi inicialmente realizada por Lênin, o principal responsável por conferir uma direção e um programa de ação às ideias de Marx e Engels¹²¹. Embora Lênin seja lembrado majoritariamente por sua atuação política e tenha sua obra deixada à margem da literatura acadêmica¹²², foi um intelectual de alto nível que elaborou uma verdadeira teoria política marxista da luta de classes e enfrentou igualmente no plano teórico as principais questões de sua época.

¹¹⁷ ENGELS, Friedrich. **Anti-Dühring**, cit. p. 127.

¹¹⁸ *Ibid*, p. 127.

¹¹⁹ ENGELS, Friedrich. Carta a Franz Mehring. In. **Obras Escolhidas. Tomo III**, cit., p. 558.

¹²⁰ LARRAÍN, Jorge. **El concepto de ideología**. Vol. 2, cit., p. 34.

¹²¹ KRAUSZ, Tamás. **Reconstruindo Lênin**: uma biografia intelectual. Tradução Baltazar Pereira, Pedro Davoglio, Artur Renzo. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 11.

¹²² Sobre as razões do abandono de Lênin no ambiente acadêmico, cf. BRAZ, Marcelo. Apresentação. In. LENIN, Vladimir Ilitch. **Que fazer**: problemas candentes de nosso movimento. Tradução Marcelo Braz. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2015, p. 16 et seq.; KRAUSZ, Tamás. **Reconstruindo Lênin**, cit. p. 12 e 13; NETTO, José Paulo. Lenin e a instrumentalidade do Estado. In. LENIN, Vladimir Ilitch. **O Estado e a revolução**: o que ensina o marxismo sobre o Estado e o papel do proletariado na revolução. 2. Tradução Aristides Lobo. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010, p. 146.

A efervescência das lutas políticas do período conformou um contexto de polarização extrema no campo das ideias. Os pontos de vista de classe eram expostos em confrontos intensos que acompanhavam o ambiente político. Lênin realizou suas análises teóricas em um contexto sociopolítico tomado por lutas revolucionárias, desde o momento pré-Revolução de 1905 até a guerra civil que se seguiu à Revolução de 1917 na Rússia.

Um dos temas de maior destaque em sua obra foi o da organização política dos trabalhadores, haja vista a atmosfera da qual participava, que demandava análises teóricas voltadas para a intervenção prática. Nesse ambiente ideopolítico, em seus escritos do início do século XX, Lênin teorizou sobre as lutas revolucionárias e, especialmente, sobre a organização política dos trabalhadores para tal fim.

Entre meados de 1901 e início de 1902, Lênin escreve sua obra mais importante sobre a organização política dos trabalhadores, *Que fazer?*¹²³, que publica neste mesmo ano. O texto configura uma análise concreta da situação russa a partir das categorias de Marx. Não se trata de uma obra esquemática aos moldes de um manual, mas a partir da “análise concreta da situação concreta” Lênin aborda com riqueza uma série de categorias, dentre elas a ideologia.

Em *Que fazer?*, Lênin defende que os trabalhadores têm uma consciência de classe determinada pelas necessidades prementes das lutas econômicas, como são as lutas sindicais por majoração salarial, por exemplo. A classe operária forja lutas espontâneas que não ultrapassam, em si, esse limite economicista, de modo que a consciência espontânea que brota de sua realidade não consegue atingir a totalidade social. A consciência de classe que ultrapassa a luta econômica para chegar à luta política transformadora de todo o sistema traçado pelo capital não é algo que nasce do próprio operário ou algo que ele possa por si só alcançar.

O grande desafio organizativo que Lênin tenta cumprir é justamente fazer o avanço da consciência proletária para além das suas lutas espontâneas dominadas pelo economicismo e com isso atingir a necessária consciência de classe que domine a totalidade das relações sociais e consiga forjar lutas políticas verdadeiramente revolucionárias. Assim, Lênin realiza uma série de distinções, como entre lutas

¹²³ LENIN, Vladimir Ilitch. **Que fazer**: problemas candentes de nosso movimento. Tradução Marcelo Braz. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2015, *passim*.

econômicas e lutas políticas revolucionárias, bem como entre lutas espontâneas e lutas revolucionárias.

Lênin reconhece a importância do elemento espontâneo como portador da gênese da consciência de classe, como embrião da consciência, porém a verdadeira elevação da consciência, que supera os movimentos de orientação economicista em prol de movimentos de orientação revolucionária que atinja a totalidade social, somente é possível com a mediação de uma organização política representada pelo partido político de vanguarda.

Em *Que fazer?*, a exposição das lutas de classes compreende tanto as lutas econômicas, quanto a luta política mais ampla, o que supõe a diferenciação entre modalidades de organização política do proletariado em organização operária e organização revolucionária¹²⁴, cuja diferença fundamental reside no economicismo. O papel da organização política por meio do partido consiste na educação política que explicita o caráter de classe das variadas lutas sociais para além das lutas econômicas imediatas e espontâneas, de modo a demonstrar a natureza intrinsecamente exploradora e desigual da ordem burguesa.

É nesse debate que Lênin aborda a questão da ideologia, no embate de ideias e na consequente necessidade de elevação da consciência da classe trabalhadora. As ideias produzidas por uma classe não promovem necessariamente os seus interesses, como no caso da consciência espontânea da classe trabalhadora, que a conduz a uma subordinação aos interesses da classe dominante, dados os seus limites sindicalistas.

A ideologia na concepção leninista é definida por sua conexão com os interesses de uma classe, situada no campo de luta teórica no qual se expressam os interesses de classe. O conceito não retrata mais a distorção do conhecimento para a manutenção de uma estrutura de dominação, mas um conjunto de ideias representativo dos interesses de determinada classe social.

Existem, nessa acepção, duas ideologias, a burguesa e a socialista, a depender de sua conexão com os interesses de cada classe social. O conceito é mais funcional do que genético¹²⁵, uma vez que uma classe pode reproduzir a ideologia de outra, mesmo contra seus próprios interesses. É o caso da ideologia burguesa, mais antiga e bem desenvolvida

¹²⁴ BRAZ, Marcelo. Apresentação, cit., p. 34-35.

¹²⁵ LARRAÍN, Jorge. **El concepto de ideología**. Vol. 2, cit., p. 37.

no seio social¹²⁶, cuja adesão pela classe trabalhadora é frequente em sua consciência espontânea.

A ideologia socialista é a ideologia dos trabalhadores, que está em oposição permanente com a ideologia burguesa, as únicas existentes em uma sociedade dividida nessas duas classes sociais:

Já que não se pode sequer falar de uma ideologia independente, elaborada pelas próprias massas operárias no curso de seu movimento, o problema põe-se unicamente assim: ideologia burguesa ou ideologia socialista. Não há meio termo (porque a humanidade não elaborou uma "terceira" ideologia; ademais, em geral, na sociedade cortada pelas contradições de classe, não pode nunca existir uma ideologia à margem das classes ou acima das classes). Por isso, *tudo o que seja* rebaixar a ideologia socialista, *tudo o que seja* afastar-se dela, significa fortalecer a ideologia burguesa. Fala-se de espontaneidade. No entanto, o desenvolvimento *espontâneo* do movimento operário marcha precisamente para a sua subordinação à ideologia burguesa, *marcha precisamente pelo caminho do programa do "Credo"*, pois o movimento operário espontâneo é o *trade-unionismo*, é *Nur-Gewerkschafilerei*: e o *trade-unionismo* implica exatamente na escravidão ideológica dos operários pela burguesia. Por isso, a nossa tarefa, a tarefa da social-democracia, consiste em *combater a espontaneidade*, em fazer com que o movimento operário *abandone* essa tendência espontânea do *trade-unionismo* a se abrigar sob a asa da burguesia e em atraí-lo para a asa da social-democracia revolucionária¹²⁷.

O partido de vanguarda tem a tarefa de conferir uma unidade ideológica junto à classe trabalhadora como forma de organização das lutas políticas a partir da mediação entre a teoria revolucionária e a prática política das massas. A preocupação central reside na transformação das lutas economicistas em lutas políticas, o que perpassa pela elevação da consciência espontânea em consciência de classe com plena adesão à ideologia socialista.

¹²⁶ LENIN, Vladimir Ilitch. **Que fazer**, cit., p. 93. Grifos no original.

¹²⁷ LENIN, Vladimir Ilitch, op. cit., p. 90-91.

Com essa elaboração, o conceito de ideologia ganha outro formato, positivo e neutro. A ideologia perde o significado que recebera n'*A Ideologia Alemã*, crítico e negativo, de distorção do conhecimento para a manutenção de uma estrutura de dominação, e passa a designar um conjunto de ideias representativo dos interesses de determinada classe social.

Além da conjuntura política do período, importa destacar que Lênin não teve acesso à *A Ideologia Alemã*, texto no qual Marx e Engels desenvolvem o conceito crítico negativo de ideologia. Lênin, assim como grande parte dos intelectuais do primeiro terço do século XX, recebeu maior influência do *Prefácio* de 1859, com todas as polêmicas que o acompanham e que foram referidas no primeiro capítulo. Tais fatores contribuíram para sua concepção de ideologia.

A influência do pensamento de Lênin no marxismo que se seguiu foi de enorme magnitude. A qualidade de sua obra intelectual bem como o êxito do movimento revolucionário por ele liderado, sem precedentes na história do movimento socialista, elevaram seu pensamento a ser o mais respeitado entre todos os marxistas nas décadas seguintes à sua morte em 1924. O destino do conceito de ideologia leninista igualmente passou a influenciar todo o conjunto de marxistas do século XX, de maneira que é possível dizer que constituiu uma verdadeira virada no significado atribuído ao conceito sob estudo.

Cumprido notar, no entanto, que o conceito de ideologia não era propriamente central no pensamento de Lênin tampouco no debate entre seus contemporâneos, cumpria um papel acessório, embora não desimportante, na discussão central das formas organizativas de lutas sociais da classe trabalhadora. Após a Revolução Russa de 1917, o pensamento marxista voltou-se ainda mais intensamente às questões voltadas à tomada de poder pelos trabalhadores com a esperança de que a revolução socialista se alastrasse pelo território europeu, de modo que a temática de ideologia ganhou uma posição ainda mais periférica na produção teórica sob influência do pensamento de Marx.

2.2 Gramsci: ideologia e hegemonia

O tema da ideologia é retomado cerca de uma década depois da Revolução Russa por Antonio Gramsci. Diante do fato de que a revolução socialista não se alastrara na Europa nos anos subsequentes à revolução bolchevique, passava a interessar ao debate marxista não apenas a temática da organização política para a conquista do Estado e da gestão política e econômica deste, senão o motivo pelo qual a derrocada do capitalismo era tão complexa para além do uso da força.

A sujeição dos indivíduos a um modelo de sociedade injusto baseado na exploração do homem não era fruto apenas de mecanismos de coerção física dos detentores do poder estatal. Para além do domínio pela força, há no capitalismo a difusão de uma visão de mundo pela qual os seres humanos se submetem voluntariamente a esse modelo societal baseado na exploração, pois tal visão de mundo universaliza ideais de uma classe como se fosse o interesse da sociedade como um todo.

Gramsci deu especial importância ao plano das ideias e da consciência de classe em sua teoria política e filosófica levada a cabo nos escritos realizados na prisão. De fato, diante das circunstâncias nas quais desenvolveu suas ideias¹²⁸, não é possível afirmar que Gramsci construiu um conjunto teórico sistematizado e ordenado sobre a ideologia, bem como sobre os outros temas dos quais se ocupou, o que não retira, contudo, a extrema importância de seu pensamento para o tema da ideologia, bem como do elevado refinamento de seu conjunto teórico no seio do marxismo.

O marxismo herdado por Gramsci ainda pulsava sob os efeitos da Revolução de Outubro. No plano político, o triunfo da primeira revolução socialista valorizava, não sem razão histórica, os métodos de organização política e do caminho para a tomada de poder e derrubada da sociedade sob a ordem capitalista. No plano teórico, despontava com força uma interpretação economicista do pensamento de Marx, segundo a qual a relação entre a infraestrutura econômica determinava de maneira mecânica e unidirecional os elementos superestruturais da sociedade, tais como a política, o direito e a cultura, por exemplo.

¹²⁸ Preso pelo fascismo italiano, censurado na prisão e sob condições físicas desfavoráveis, Gramsci não pôde sistematizar seu pensamento nos moldes ordinariamente conhecidos de uma obra teórica.

Gramsci se voltou ao enfrentamento de tais ideias e elaborou uma distinta análise a partir da realidade da Europa ocidental e da revalorização dos elementos superestruturais da sociedade. A concepção gramsciana de ideologia surge, pois, a partir do antieconomicismo e anti-idealismo que caracterizam seu pensamento, preocupado com as implicações prático-políticas das elaborações teóricas¹²⁹.

A primeira¹³⁰ grande construção teórica de Gramsci nesse sentido foi a teoria ampliada do Estado. Na teoria política dos “clássicos”, Marx¹³¹, Engels¹³² e Lênin¹³³, verifica-se o rompimento com a concepção hegeliana de Estado superior e representante dos interesses gerais, e o conseqüente desvelamento do seu caráter de classe. O Estado, aqui, é produto da divisão da sociedade em classes e sua função é justamente conservar e reproduzir tal divisão, de modo a garantir que os interesses comuns de uma classe particular e dominante sejam impostos como o interesse geral da sociedade. A reprodução da sociedade de classes se faz valer pelo monopólio da coerção ou da violência legal, de maneira que o Estado é identificado com maior intensidade em seus aparelhos repressivos, mais visíveis na realidade em uma época de participação política em grande parte realizada na clandestinidade¹³⁴.

As circunstâncias temporais e geográficas nas quais Gramsci trabalhou já eram diversas, o que possibilitou vislumbrar a maior complexidade do fenômeno estatal. Já existia na Europa ocidental do primeiro terço do século XX um campo de participação política muito maior na esfera pública, com sindicatos e partidos de massa, além do sufrágio mais ampliado. O marxista sardo pôde, então, vislumbrar uma outra esfera de dominação estatal para além do aspecto repressivo, a sociedade civil, que se apresenta

¹²⁹ Cf. SILVA, Nara Roberta. A ideologia na visão gramsciana em meio a dois combates. **Cadernos Cemarx**, n. 6, 2009, p. 78.

¹³⁰ Não em sentido cronológico de sua aparição na obra, mas para fins do presente trabalho.

¹³¹ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto comunista**. Tradução Álvaro Pina e Ivana Jinkings. São Paulo: Boitempo, 2010; MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Luís Bonaparte**. Tradução Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011.

¹³² ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução Leandro Konder. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

¹³³ LENIN, Vladimir Ilitch. **O Estado e a revolução**: o que ensina o marxismo sobre o Estado e o papel do proletariado na revolução. 2. Tradução Aristides Lobo. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

¹³⁴ COUTINHO, Carlos Nelson. **Gramsci**: um estudo sobre seu pensamento político. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 124-125.

como “organismos de participação política aos quais se adere voluntariamente (e, por isso, são “privados”) e que não se caracterizam pelo uso da repressão.”¹³⁵

A sociedade civil é a esfera da atividade política por excelência, o lugar em que atuam as organizações como sindicatos, partidos e outras organizações que têm como objetivo a transformação do modo de pensar das pessoas¹³⁶. Trata-se de uma nova determinação do Estado, um novo aspecto que não era trabalhado com o mesmo destaque por Marx, Engels e Lênin. Por evidente, o aspecto repressivo permanece na caracterização do Estado, aspecto este que o autor experimentou na pele e que lhe custou a liberdade e a própria vida.

Assim, na teoria ampliada do Estado, este é representado em duas esferas: a sociedade política, formada pelo conjunto dos mecanismos de exercício do monopólio da violência, e a sociedade civil, constituída pelas organizações responsáveis pela elaboração e difusão de ideias, tais como o sistema escolar, a religião, partidos políticos, além de outras organizações similares¹³⁷. O Estado no significado integral é a hegemonia escudada na coerção ou “ditadura + hegemonia”¹³⁸, cuja razão de ser permanece a representar a reprodução da sociedade de classes.

O modo de exercício da dominação por meio do Estado ganha outro destaque em Gramsci: não se trata apenas de exercício de coerção (sociedade política), mas de dominação por meio da direção política e da geração de consenso na população, ou seja, na sociedade civil as classes buscam exercer sua hegemonia¹³⁹. O conceito de hegemonia foi desenvolvido e utilizado por Gramsci igualmente para combater o mecanicismo da interpretação do marxismo de sua época que caracterizava as mudanças políticas e no plano das ideias como uma decorrência determinada sempre por fatores econômicos¹⁴⁰.

As duas esferas da ordem estatal possuem uma representação material própria: a sociedade política é representada por meio dos aparelhos repressivos de Estado,

¹³⁵ COUTINHO, Carlos Nelson. **Gramsci**, cit., p. 125.

¹³⁶ TEXIER, Jacques. Sociedade civil. In.: LIGUORI, Guido; VOZA, Pasquale (orgs.). **Dicionário Gramsci**. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 733.

¹³⁷ COUTINHO, Carlos Nelson, op. cit., p. 127.

¹³⁸ GRAMSCI, Antonio. **Quaderni del cárcere. v. II**, Torino: Einaudi, 2014, p. 810-811.

¹³⁹ COUTINHO, Carlos Nelson, op. cit., p. 128.

¹⁴⁰ COSPITO, Giuseppe. Hegemonia. In.: LIGUORI, Guido; VOZA, Pasquale (orgs.). **Dicionário Gramsci**. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 368.

comandados pela burocracia administrativa e policial-militar¹⁴¹; a sociedade civil por intermédio dos aparelhos privados de hegemonia, organismos e instituições sociais ligados à disputa hegemônica na sociedade, à dominação pelo consenso.

Foi precisamente a elaboração da teoria ampliada do Estado que possibilitou a Gramsci explicar o rumo diverso do intento revolucionário nos países ocidentais¹⁴². Por meio de uma divisão entre “Ocidente” e “Oriente”, Gramsci diferenciou formações sociais historicamente diversas¹⁴³ nas quais as estratégias de luta política deveriam ser igualmente diferentes.

Para Gramsci, nas formações sociais que caracterizam o “Oriente” havia um desequilíbrio entre a sociedade civil e a sociedade política, com nítida prevalência do Estado-coerção, como no caso da Rússia, típica sociedade oriental. Nesse tipo de sociedade “o Estado era tudo, a sociedade civil era primitiva e gelatinosa”¹⁴⁴, o que demandava estratégias de luta voltadas para a conquista e preservação desse Estado em sentido estrito, em uma espécie de ataque frontal, o que foi por ele denominado de “guerra de movimento”.

Por sua vez, as sociedades do “Ocidente” seriam aquelas nas quais se verifica um certo equilíbrio entre a sociedade política e a sociedade civil, onde foi possível concretamente a “ampliação” do Estado¹⁴⁵. Nessas formações sociais, as lutas de classes devem ser localizadas inicialmente no campo da sociedade civil na busca por posições e espaços, além da busca do consenso e da direção política dos setores da população. O avanço para o poder de Estado e sua conservação se daria por meio de uma “guerra de posição”, na qual a conquista de espaços e, notadamente, da hegemonia na sociedade civil constituiriam os elementos de avanço. Nas sociedades ocidentais o mero uso da força não garante a tomada e conservação do poder estatal, pois insustentável diante de uma sociedade civil forte.

¹⁴¹ COUTINHO, Carlos Nelson. **Gramsci**, cit., p. 128-129.

¹⁴² Cf. *Ibid*, cit., p. 147.

¹⁴³ Não se trata de uma divisão geográfica-territorial, mas de modelos de sociedade historicamente construídos. Com mais detalhes, cf. SUPPA, Silvio. Oriente-Occidente. In.: LIGUORI, Guido; VOZA, Pasquale (orgs.). **Dicionário Gramsci**. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 591-594.

¹⁴⁴ GRAMSCI, Antonio. **Quaderni del carcere.v. II**, cit., p. 866, tradução nossa.

¹⁴⁵ COUTINHO, Carlos Nelson, op. cit, p.147.

É justamente nesse debate que ganha relevo a concepção de ideologia de Gramsci. Para o marxista sardo, a ideologia é um sistema de ideias ou visões de mundo que estão implicitamente presentes em todas as manifestações da vida coletiva e individual, como a arte, o direito e as manifestações econômicas. Trata-se, além disso, de um mecanismo capaz de inspirar ações concretas e dar orientações para essas ações¹⁴⁶. A ideologia é, para Gramsci, concebida como uma unidade entre visão de mundo e suas correspondentes normas de conduta¹⁴⁷.

Trata-se de um conceito positivo de ideologia¹⁴⁸, cuja influência de Lênin é marcante. A leitura da ideologia por Gramsci em Marx vem, sobretudo, do *Prefácio de 1859*, que se revela na defesa do italiano da ideologia como o terreno em que os homens se movem, adquirem consciência de sua posição e lutam. A ideologia ganha, aqui, importância central na disputa que se leva a cabo na sociedade civil, e se relaciona diretamente com as ideias de hegemonia e consciência de classe.

A ideologia em Gramsci é caracterizada como um fenômeno real, concebido de maneira não mecânica em relação à esfera econômica. Trata-se de um fenômeno construído historicamente e que tem relação dialética com o domínio econômico, vez que recebe importante influência desta, mas retroage também sobre o campo da economia em via de mão dupla.

A herança do *Prefácio de 1859* se revela na vinculação da ideologia com a tomada de consciência da população, pois esta é formada no âmbito daquela. Reside na ideologia a forma pela qual uma classe exerce hegemonia sobre as outras. A ideologia em Gramsci tem um efeito integrador na habilidade em angariar a adesão e o consentimento livre das massas. Tal qual a classe burguesa conseguiu a hegemonia no terreno da ideologia, é no mesmo espaço que o proletariado pode se fazer consciente de seu papel e estender a hegemonia sobre outras classes como tarefa política de acesso e controle do Estado¹⁴⁹. Há, portanto, uma preocupação contínua de construir o elemento subjetivo revolucionário¹⁵⁰.

¹⁴⁶ GRAMSCI, Antonio. **Quaderni del carcere**. v. II, cit., p. 868-869.

¹⁴⁷ LARRAÍN, Jorge. **El concepto de ideología**. Vol. 2, cit., p. 108.

¹⁴⁸ Gramsci conhecia um sentido negativo do termo, mas não o de Karl Marx, pois não teve acesso a *A Ideologia Alemã*. Cf. GRAMSCI, Antonio, op. cit., p. 868.

¹⁴⁹ LARRAÍN, Jorge. **El concepto de ideología**. Vol. 2, cit.,

¹⁵⁰ SILVA, Nara Roberta. A ideologia na visão gramsciana em meio a dois combates, cit., p. 84.

Ideologia e hegemonia, no entanto, não se confundem. A hegemonia diz respeito a um conjunto maior de fatores que fazem de uma classe preponderante numa formação social em verdadeiro projeto de classe. Já a ideologia contribui na construção da subjetividade como elemento fundamental na construção do consenso¹⁵¹. Ambos os conceitos possuem na prática um ponto de contato, pois é a ideologia uma das formas pelas quais se exerce efetivamente a hegemonia.

Para Gramsci, as ideologias podem se tornar tanto instrumento de dominação de classe como de promoção dos grupos subalternos, pois podem ter uma função de consciência e de “cimento” agregador das diversas lutas dispersas no seio do povo¹⁵². A vinculação da ideologia com a questão de classe remete à ideia de que a consciência por ela forjada deve ser entendida como uma subjetividade coletiva, o que não exclui, contudo, a constituição da consciência individual. Nesse sentido, Gramsci propõe uma diferença entre o que ele classifica como ideologia historicamente orgânica e ideologia arbitrária, a primeira característica da coletividade e mecanismo de organização, tomada de posição e de luta, enquanto a segunda não passaria de movimento restrito à individualidade¹⁵³.

A ideologia é concebida, assim, como característica de grupos sociais e se relaciona à tomada de consciência diante dos conflitos de cunho coletivo que ocorrem em determinada formação social em determinado período histórico¹⁵⁴. No sentido positivo de ideologia concebido por Gramsci, é possível afirmar que o próprio marxismo pode ser considerado uma ideologia.

A ideologia proletária é uma espécie de visão de mundo contra-hegemônica que perfaz uma disputa que ao mesmo tempo tenta impor uma crise de autoridade na ideologia burguesa e conquistar a adesão dos grupos sociais para acessar o poder estatal. Não se trata, portanto, de simples tomada de consciência de classe por parte do proletariado, mas de alavancar uma verdadeira missão hegemônica da ideologia sobre o conjunto da sociedade.

¹⁵¹ SILVA, Nara Roberta. A ideologia na visão gramsciana em meio a dois combates, cit., p. 92-93.

¹⁵² *Ibid*, p. 85.

¹⁵³ GRAMSCI, Antonio. **Quaderni del cárcere. v. II**, cit., p. 868-869.

¹⁵⁴ SILVA, Nara Roberta, op. cit., p. 84-85.

Desta forma, a ideologia não deve permanecer apenas no plano filosófico, mas deve atingir outros níveis e fazer parte do cotidiano do povo. Para Gramsci, além da filosofia, a ideologia está presente na religião, no senso comum e no folclore (*folklore*)¹⁵⁵. A disputa ideológica deve estar presente no cotidiano do povo a fim de tornar possível o progresso intelectual das massas.

Em Gramsci há uma relação particular entre os intelectuais e o povo. Para ele, todos os homens são intelectuais, embora nem todos exerçam esse papel na sociedade. Gramsci destaca o vínculo dos intelectuais com as classes e sua importância na difusão da ideologia, na organização política e na formação da consciência do povo. Na disputa pela hegemonia, cada classe social precisa de intelectuais que elaborem, modifiquem e disseminem a sua concepção de mundo¹⁵⁶. A ideologia, portanto, depende significativamente do trabalho dos intelectuais e, especialmente, de sua interação dialética com as massas.

Além dos intelectuais (orgânicos ou tradicionais¹⁵⁷), que exercem este específico papel na sociedade, Gramsci destaca o partido como o “intelectual coletivo”¹⁵⁸. Ao partido político Gramsci atribui a tarefa de direção política por meio de difusão ideológica de uma nova cultura para as massas. Cabe ao partido a construção de uma vontade coletiva homogênea que supere a consciência puramente sindicalista e eleve a consciência de classe das massas ao nível da totalidade que faça prevalecer os vínculos políticos globais da classe operária. O partido é, portanto, um instrumento de difusão ideológica e de uma nova cultura¹⁵⁹ para o progresso intelectual das massas com papel central na conquista da hegemonia.

Assim como o partido, Gramsci confere especial papel a algumas instituições na produção e difusão da ideologia, como a igreja, os meios de comunicação e, principalmente, o sistema educacional. Essas instituições ou aparelhos não recebiam especial atenção dos pensadores marxistas até então, mas são destacadas por Gramsci como instâncias de produção e difusão ideológica, notadamente a escola primária.

¹⁵⁵ GRAMSCI, Antonio. **Quaderni del carcere**. v. II, cit., p. 2311 et seq.

¹⁵⁶ LARRAÍN, Jorge. **El concepto de ideología**. Vol. 2, cit., p. 116.

¹⁵⁷ GRAMSCI, Antonio, op. cit., p. 1519.

¹⁵⁸ Como denominou Palmiro Togliati a partir do pensamento gramsciano. Cf. COUTINHO, Carlos Nelson. **Gramsci**, cit., p. 174.

¹⁵⁹ *Ibid*, p. 172.

O conceito de ideologia em Gramsci ganha um desenvolvimento criativo e inovador, com destaque para fatores até então não trabalhados pelo pensamento crítico. O conceito é, no entanto, positivo, na linha da interpretação que se produziu do *Prefácio de 1859*, mas não deixa de apresentar um conteúdo crítico de formação da consciência de classe das massas e voltado para a ação política. É possível dizer que o conceito ganha uma importância até certo ponto exagerada em seu pensamento, resultado da necessidade de superação do economicismo mecanicista em relevo à época.

2.3 Lukács: reificação e ideologia como função.

Em 1922, o filósofo e crítico literário húngaro György Lukács publicou um conjunto de ensaios que se tornou um clássico do marxismo: *História e Consciência de Classe*¹⁶⁰. Em meio aos recentes acontecimentos políticos de 1917 na Rússia e em 1918 em seu país de origem, Lukács retoma o estudo da obra de Karl Marx que levará adiante até sua morte em 1970.

Em *História e Consciência de Classe*, o jovem Lukács trabalha a questão da ideologia no contexto da reificação e da consciência do proletariado. Lukács destaca que há uma possibilidade de ação transformadora da sociedade capitalista, que essa é a missão histórica do proletariado, porém a solução revolucionária “só pode ser fruto da ação *consciente* do proletariado”¹⁶¹. Seu enfoque de estudos nesta obra é justamente a complexidade e possibilidade da consciência da classe trabalhadora, pois “somente a consciência de classe do proletariado pode mostrar a saída para a crise do capitalismo.”¹⁶²

O filósofo húngaro parte das noções de Lênin em *Que fazer?*¹⁶³, mas confere à ideologia um papel significativamente mais destacado no processo revolucionário. As

¹⁶⁰ LUKÁCS, György. **História e consciência de classe**: estudos sobre a dialética marxista. Tradução Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Grifos no original.

¹⁶¹ *Ibid*, p. 179.

¹⁶² *Ibid*. p. 183.

¹⁶³ LENIN, Vladimir Ilitch. **Que fazer**, cit.. Cf. LUKÁCS, György. **História e consciência de classe**, cit. p. 18.

noções de Lênin de consciência espontânea e consciência política são resgatadas e resignificadas como consciência psicológica e consciência “atribuída”. O uso do termo ideologia, tal qual o de Lênin, é neutro a denotar as expressões políticas e teóricas das classes em luta. O termo é, portanto, herdado da Segunda Internacional em sua acepção neutra, mas a ele é conferido um sentido crítico a partir da teoria do fetichismo da mercadoria. Para Lukács, o marxismo é a expressão ideológica do proletariado¹⁶⁴.

Se em Lênin a subordinação ideológica da consciência espontânea da classe trabalhadora à ideologia burguesa se explica em função desta ser mais antiga e com mais recursos e possibilidades de difusão, em Lukács o cerne da questão está no fenômeno da reificação e do fetiche da mercadoria. Sem negar os fatores apontados por Lênin, é a reificação produzida pelo modo de produção baseado na troca de mercadorias que afeta o modo de existência do proletariado e sua consciência. A situação do proletariado no processo de produção induz a sua subordinação ideológica, pois espontaneamente produz ideias reificadas.

O fator que determina se a ideologia é falsa ou verdadeira consciência é a posição estrutural da classe cujos interesses essa ideologia está à serviço. A ideologia burguesa é uma “tentativa mais ou menos consciente de falsificação”¹⁶⁵, enquanto para o proletariado “a verdade é uma arma portadora da vitória.”¹⁶⁶ Referida análise poderia levar ao entendimento de que Lukács usa o conceito negativo de ideologia, contudo a falsa consciência está vinculada às ideologias não proletárias¹⁶⁷, e não à ideologia enquanto conceito propriamente dito.

É n’*O Capital* que o jovem Lukács buscará os fundamentos para seu estudo sobre a ideologia, notadamente na teoria marxiana do fetichismo da mercadoria. Na sociedade regida em torno da generalização da produção e circulação de mercadorias, os objetos permeiam todas as esferas da vida humana e dominam os movimentos subjetivos. As mercadorias aparecem para os homens como se tivessem vida própria e a visão que se tem sobre elas enxerga o movimento de tal modo que desaparecem os homens que

¹⁶⁴ EAGLETON, Terry. **Ideologia**, cit., p. 90.

¹⁶⁵ LUKÁCS, György, op., cit., p. 170.

¹⁶⁶ *Ibid*, p. 171.

¹⁶⁷ LARRAÍN, Jorge. **El concepto de ideología**. Vol. 2, cit., p. 87.

provocam os deslocamentos reais. As relações interpessoais tomam o caráter de coisas, de uma objetividade fantasmagórica que oculta as relações humanas subjacentes¹⁶⁸.

O caráter fetichista da mercadoria influi no comportamento subjetivo e é o ponto central para compreensão dos problemas ideológicos do capitalismo. Há uma limitação dos sujeitos em suas qualidades individuais em virtude do surgimento de uma razão quantitativa que restringe a capacidade de percepção da riqueza e qualidade das coisas¹⁶⁹. A dinâmica das relações sociais constituídas sob a égide do modo de produção capitalista retira os valores intrinsecamente qualitativos das coisas e das pessoas e os mensura em preço. Essa dinâmica social dominada pela lógica do capital empreende uma apresentação da realidade de forma fragmentada, que acaba por se constituir em fonte de distorção ideológica.

Esse processo derivado da mercadoria impõe uma desumanização da experiência humana, a reificação de suas relações como um todo. Nesse processo, a realidade é partida, fragmentada, e o ser humano resta inerte e contemplativo¹⁷⁰. Os efeitos nefastos da reificação impedem a compreensão da estrutura social em sua totalidade, de modo que a sociedade é vista como este ou aquele objeto ou instituição isolados, sem a conexão de um processo coletivo real.

A fragmentação ocasionada pela reificação como efeito da dinâmica da sociedade dominada pela forma da mercadoria gera uma consciência social igualmente partida. A estrutura da reificação “penetra na consciência dos homens de maneira cada vez mais profunda, fatal e definitiva”¹⁷¹, de modo que a consciência reificada não supera o imediatismo e a fragmentariedade da realidade tal qual se lhe apresenta.

Lukács toma como determinante a posição de classe no processo de produção, especialmente a dualidade entre burguesia e proletariado, pois “somente duas condições de existência *permitem imaginar* um plano para a organização de toda a sociedade.”¹⁷²

¹⁶⁸ LUKÁCS, György. **História e consciência de classe**, cit., p. 194.

¹⁶⁹ KONDER, Leandro. **A questão da ideologia**, cit. p. 61.

¹⁷⁰ LUKÁCS, György, op. cit., p. 204.

¹⁷¹ *Ibid*, p. 211.

¹⁷² *Ibid*, p. 156. Grifos no original.

A posição de classe¹⁷³, no entanto, possibilita horizontes diversos para a superação desse problema da consciência. A burguesia, por sua posição no processo de produção, é incapaz de compreender a formação social em sua totalidade. As classes precisam inscrever sua própria condição em um contexto mais amplo de totalização, mas ao fazê-lo, a burguesia bloqueará os movimentos emancipatórios, pois deixaria de ser classe dominante.

A consciência de classe burguesa “vê pesar sobre si – desde o início e por sua essência – a maldição trágica que a condena a entrar em contradição insolúvel consigo mesma.”¹⁷⁴, a burguesia é levada ideologicamente para uma posição defensiva consciente¹⁷⁵. Não por acaso, o pensamento burguês, diante dessa “barreira intransponível” tem como ponto de partida e meta “embora nem sempre consciente, a apologia da ordem existente das coisas ou, pelo menos, a demonstração de sua imutabilidade.”¹⁷⁶ Lukács aponta que a história ideológica da burguesia é justamente “a luta desesperada contra o discernimento na verdadeira essência da sociedade criada por ela.”¹⁷⁷

O proletariado, por sua vez, tem diante de si não só a possibilidade, senão a necessidade de superação da consciência reificada. A totalização da ordem social é condição necessária para a compreensão de sua condição de classe explorada e conseqüentemente para a transformação dessa realidade. Nesse sentido, Lukács visualiza no proletariado uma classe potencialmente universal, no sentido de ser portadora de interesses de emancipação de toda a humanidade. Assim, a classe trabalhadora é capaz de conhecer a totalidade, o conhecimento objetivamente verdadeiro, enquanto a condição de classe da burguesia a condiciona ao “lamaçal do imediato”, conforme a expressão de Eagleton, uma vez que é incapaz de totalizar a sua condição¹⁷⁸.

O uso neutro do termo ideologia pelo jovem Lukács fica evidenciado quando o próprio autor utiliza o termo entre aspas para designar seu sentido negativo. Com efeito, Lukács diferencia a ideologia proletária como finalidade e arma por excelência para a

¹⁷³ LUKÁCS, György. **História e consciência de classe**, cit, p. 133.

¹⁷⁴ *Ibid*, p. 160.

¹⁷⁵ *Ibid*, p.166.

¹⁷⁶ *Ibid*, p. 136.

¹⁷⁷ *Ibid*, p. 168.

¹⁷⁸ EAGLETON, Terry. **Ideologia**, cit., p. 92.

emancipação da humanidade, da tática proletária sem princípios, como mero pretexto para finalidades outras, como mera “ideologia”¹⁷⁹.

Lukács identifica uma crise ideológica na burguesia. O conjunto de ideias que pretende justificar sua visão de mundo é estéril, é uma “ideologia apartada da vida”¹⁸⁰. Cumpre então ao materialismo histórico o papel decisivo de sua superação. A possibilidade de superação das referidas distorções ideológicas existe e está a cargo do proletariado. Por sua posição de classe, o proletariado é o portador material das ideias que reúnem a humanidade ao superar os limites da fragmentariedade do mundo capitalista e alcançar a totalidade. Nesse sentido, o destino da humanidade “depende da maturidade ideológica do proletariado, de sua consciência de classe”¹⁸¹, contudo, “seria desastroso alimentar ilusões a respeito da extensão do caminho que o proletariado tem de percorrer ideologicamente.”¹⁸² É, portanto, com sentido neutro, mas importância central, que a ideologia é trabalhada pelo jovem Lukács.

Décadas depois, em sua grande obra da maturidade, Lukács retoma a problemática da ideologia em *Para a ontologia do ser social*¹⁸³. A análise de Lukács sobre a ideologia é feita a partir de sua função social de incidência nos conflitos de ordem social.

A atividade humana, intrinsecamente social e invariavelmente coletiva na relação entre os indivíduos, abre-a para interferências dos diferentes interesses em suas relações. Na complexidade que caracteriza a totalidade social, emergem questões e conflitos que detêm potenciais implicações para a organização da sociedade. A ideologia é o elemento que incide nos conflitos de modo a direcionar a tomada de decisão diante dos conflitos e questões sociais inerentes ao convívio social.

Trata-se de um elemento regulador, fundamentado na possibilidade de que a consciência é sempre requerida para a efetivação de caminhos abertos pelas condições objetivas. As representações que formam as ideologias carregam consigo a pretensão de influenciar a forma de organização da sociedade, de modo que seu objetivo é a produção

¹⁷⁹ LUKÁCS, György. **História e consciência de classe**, cit, p. 174.

¹⁸⁰ *Ibid*, p. 170.

¹⁸¹ *Ibid*, p. 174.

¹⁸² *Ibid*, p. 190.

¹⁸³ LUKÁCS, György. **Para uma ontologia do ser social, II**. Tradução Ivo Tonet, Nélcio Schneider, Ronaldo Vielmi Fortes. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 355 et seq.

enquanto um ato social. Assim, a ideologia busca atingir a prática dos sujeitos envolvidos nas disputas de interesses que surgem do convívio social.

No Lukács maduro, a ideologia não está vinculada à falsidade ou não de determinada representação social, tampouco ao seu caráter conservador ou transformador. A ideologia está vinculada à sua função social, ao seu atributo de formar a subjetividade humana para fazer frente a certos conflitos que inevitavelmente emergem em meio a uma formação social para a afirmação ou para a negação da ordem vigente na sociedade.

A ideologia no Lukács da maturidade tem a característica de um projeto ou justificção para a formação social¹⁸⁴. Nesse sentido, destaca-se o aspecto de luta que se atribui à ideologia no *Prefácio de 1859* de Marx¹⁸⁵, que atua como uma força capaz de influenciar o movimento de uma dada formação social. A ideologia torna-se efetiva e real quando os sujeitos a internalizam subjetivamente e a expressam na forma de ação direcionada aos conflitos e questões sociais, ainda que sob a influência da mistificação ou da ilusão que ele pode representar.

Nara Roberta Silva sintetiza as principais características do fenômeno ideológico no Lukács da maturidade: “sua determinação pela base material, sua intervenção nos conflitos de cunho social, sua (auto)construção enquanto momento ideal da prática dos homens e a conformação destes de acordo com um projeto.”¹⁸⁶

Essa definição de ideologia em Lukács não a aproxima de um conjunto de ideias ou concepção de mundo, pois retiraria sua especificidade frente às outras formas de consciência e obscurece o fato de que a ideologia não é um atributo perene de uma dada representação, pois está sujeita ao movimento e às contradições da reprodução social¹⁸⁷.

Por se afigurar como uma força capaz de influenciar o movimento de uma dada formação social, a ideologia só pode ser efetiva caso seja de fato incorporada pelos sujeitos que a colocarão em prática. A ideologia como forma de consciência emerge em razão das exigências objetivas do processo de reprodução social e deve fazer sentido para

¹⁸⁴ TERTULIAN, Nicolas. O conceito de ideologia na ontologia de Lukács. **Margem Esquerda**, São Paulo, n. 11, 2008, p. 73.

¹⁸⁵ LUKÁCS, György. **Para uma ontologia do ser social, II**, cit., , p. 464.

¹⁸⁶ SILVA, Nara Roberta. Sobre a dinâmica da ideologia à luz da interpretação lukácsiana, cit., p. 348.

¹⁸⁷ *Ibid*, p. 349.

seus destinatários. Embora não se caracterize por ser falsa ou verdadeira, deve ser expressada como uma ideia correta para o sujeito, como uma explicação plausível pela qual seja possível projetar um decurso da vida social então desejável¹⁸⁸.

A ideologia deve ser reconhecida pelo sujeito, motivo pelo qual deve-se relacionar com vivências, relações e fatos mais imediatos, com a vida cotidiana. Assim, pode ser internalizada pelos sujeitos como forma de consciência e ser posta em prática na emergência de distintas propostas para o desenvolvimento social, levadas a cabo por grupos e/ou classes sociais.

A ideologia em Lukács, por mais que tenha sofrido alterações ao longo de sua vasta produção teórica, é um conceito que se pode qualificar como neutro, a despeito do viés crítico e da profundidade filosófica que representou todo o seu pensamento ao longo de décadas.

2.4. Althusser e os Aparelhos Ideológicos de Estado

Em meados da década de 1960, emerge na França uma nova vertente do marxismo, cujo principal expoente é a figura de Louis Althusser. Trata-se de um marxismo anti-humanista que utiliza elementos do estruturalismo e tenta empreender um estudo que se intitula científico da obra de Marx, o que se faz por meio de um corte epistemológico no desenvolvimento de sua obra que separa o jovem Marx do Marx maduro.

Um dos temas centrais do pensamento de Althusser foi justamente a ideologia, que recebeu uma leitura original e teve grande repercussão no campo do pensamento marxista. Sua preocupação inicial é semelhante àquela posta por Antonio Gramsci no sentido de que a dominação de classe no capitalismo não é possível apenas pelo exercício da força do Estado, senão também pela produção de um consenso em torno das ideias que

¹⁸⁸ MÉSZÁROS, István. **O poder da ideologia**. Tradução Paulo Castenheira São Paulo: Boitempo, 2004, p. 69.

garantem a referida dominação. Contudo, o fenômeno da ideologia é desenvolvido de maneira original e diversa da forma como fora construído pelo filósofo italiano.

Em *Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado*¹⁸⁹, o ponto de partida é a reprodução das condições de produção, no sentido de que uma formação social determinada só se mantém enquanto tal se suas condições de produção se reproduzem. No caso da sociedade regida sob o modo de produção capitalista deve haver a reprodução tanto dos meios de produção, as condições materiais de produção, como da força de trabalho.

A reprodução da força de trabalho é garantida por meio do salário pago ao trabalhador, que confere a ele os meios de subsistência e reprodução biológica e é definido historicamente tanto pelo que a classe capitalista reconhece como necessidades dos trabalhadores quanto pelas imposições destes àquela pela luta por aumento salarial. Althusser destaca que além da reprodução biológica, a força de trabalho deve ter a qualificação necessária para exercer as diversas tarefas e funções na divisão técnica e social do trabalho¹⁹⁰.

O sistema educacional é o responsável pela reprodução da força de trabalho na forma de qualificação acerca das técnicas e conhecimentos exigidos para cada cargo ou função, mas vai além: “a escola também ensina as ‘normas’ do bom comportamento, ou seja, a atitude a ser observada por cada agente na divisão do trabalho, conforme o emprego para o qual ele esteja ‘destinado’”¹⁹¹. A força de trabalho é reproduzida não só a respeito da qualificação exigida pela divisão técnica e social do trabalho, mas sobretudo pelo respeito às normas da ordem estabelecida pela dominação de classe. Esse conjunto de ideias pré-constituídas constitui a ideologia.

Para o trabalhador, trata-se de uma reprodução de sua submissão à ideologia dominante; para os agentes da exploração e da repressão, uma reprodução da capacidade de manipular corretamente esta ideologia dominante. Para além da repressão, a dominação de classe na sociedade capitalista também deve se dar “com palavras”¹⁹². A ideologia, portanto, exerce um papel central na dominação de classe, pois “é nas formas

¹⁸⁹ ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado* (Notas para uma investigação). In. ZIZEK, Slavoj. **Um mapa da ideologia**. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

¹⁹⁰ *Ibid*, p. 107-108.

¹⁹¹ *Ibid*, p. 108.

¹⁹² *Ibid*, p. 108.

e sob as formas da sujeição ideológica que se assegura a reprodução da qualificação da força de trabalho.”¹⁹³

É, no entanto, em uma particular tentativa de renovação da teoria marxista do Estado que a ideologia ganha maior nitidez em Althusser. Desde Marx e Lênin, o Estado é compreendido notadamente como um aparelho repressor que garante a ordem capitalista baseada na exploração das classes dominantes sobre os trabalhadores¹⁹⁴. Neste sentido diferencia-se o poder estatal e o Aparelho de Estado¹⁹⁵, o primeiro como objetivo das classes em luta para utilização do segundo, ou seja, as classes sociais disputam o poder estatal para utilização de seus Aparelhos em função dos seus objetivos de classe¹⁹⁶.

A proposta de Althusser consiste em não apenas diferenciar o poder estatal dos Aparelhos de Estado, mas conferir nova caracterização aos últimos. Na teoria marxista clássica, os Aparelhos de Estado se apresentam sob a forma de governo, órgãos de sua burocracia, polícia, prisões, tribunais, exército, dentre outros, que funcionam notadamente pelo uso ou possibilidade de uso da violência¹⁹⁷. Althusser identifica uma série de outros Aparelhos que ao invés de funcionarem “pela violência”, funcionam “pela ideologia”¹⁹⁸, os Aparelhos Ideológicos de Estado, em oposição aos Aparelhos Repressivos de Estado.

Os Aparelhos Ideológicos de Estado correspondem “a um certo número de realidades que se apresentam ao observador imediato sob a forma de instituições distintas e especializadas”¹⁹⁹. Ao contrário do Aparelho Repressivo de Estado que aparece como um corpo sistemático unificado, com unidade de comando, os Aparelhos Ideológicos de Estado aparecem revestidos de pluralidade em cada um de seus sistemas, como o Aparelho Ideológico de Estado religioso, que engloba o sistema das diferentes igrejas, ou

¹⁹³ ALTHUSSER, Louis. Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado, cit., p. 109.

¹⁹⁴ Cf. em especial LENIN, Vladimir Ilitch. **O Estado e a revolução**, cit., *passim*.

¹⁹⁵ O termo é utilizado por Althusser sempre em maiúsculo, o que doravante será aqui também adotado quando se referir ao conceito do autor.

¹⁹⁶ ALTHUSSER, Louis. Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado, cit., p. 113. No caso dos marxistas, sobretudo Lênin, o proletariado deve tomar o poder estatal para destruir o aparelho burguês existente numa primeira fase e adotar um aparelho proletário distinto e com objetivos distintos do burguês. Com o passar do tempo, o estado de desfaz, se destrói sozinho quando perde suas funções. Cf. LENIN, Vladimir Ilitch. **O Estado e a revolução**, cit., *passim*.

¹⁹⁷ ALTHUSSER, Louis, op. cit., p. 114.

¹⁹⁸ *Ibid*, p. 115.

¹⁹⁹ *Ibid*, p. 114.

o Aparelho Ideológico de Estado escolar, que representa o sistema das diferentes escolas. Althusser destaca, ainda, os Aparelhos Ideológicos de Estado familiar, jurídico, político, sindical, da informação e cultural.

A diferença entre os Aparelhos Ideológicos de Estado e os Aparelhos Repressivos de Estado são aferíveis pelo critério de predominância, pois nenhum deles funciona exclusivamente pela ideologia ou pela repressão, senão por uma espécie de duplo funcionamento. O Aparelho Repressivo de Estado representado pela polícia, por exemplo, funciona não só pela repressão, mas secundariamente também pela ideologia que mantém sua coesão e transmite. Por outro lado, o Aparelho Ideológico de Estado escolar funciona predominantemente na reprodução ideológico por meio do ensino, mas secundariamente também por métodos disciplinares em face dos alunos²⁰⁰.

Além de diferenciá-los pela forma predominante de atuação, na qual o Aparelho Repressivo de Estado age predominantemente por meio de leis e decretos, enquanto os Aparelhos Ideológicos de Estado operam por intermédio da ideologia dominante, é de se notar que estes últimos pertencem ao domínio privado, enquanto o primeiro pertence inteiramente ao domínio público²⁰¹. Por isso mesmo a influência e controle da classe que detém o poder estatal no Aparelho Repressivo de Estado é ampla e direta, o que não ocorre nos Aparelhos Ideológicos de Estado, que dispõem de caminhos para que as classes exploradas possam ali exercer influência e se expressar, “seja utilizando as contradições que ali existem, seja pela conquista de posições de combate dentro deles, na luta.”²⁰²

Em face de suas características, Althusser destaca que os Aparelhos Ideológicos de Estado são não apenas o alvo, mas o lugar da luta de classes, no que nos parece se revelar a influência de Gramsci em sua formulação, notadamente ao destacar que “nenhuma classe é capaz de deter o poder estatal por um período prolongado, sem, ao mesmo tempo, exercer sua hegemonia sobre e dentro dos Aparelhos Ideológicos de Estado.”²⁰³

²⁰⁰ ALTHUSSER, Louis. Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado, cit., p. 116.

²⁰¹ Se chamam, no entanto, Aparelho Ideológicos de “Estado” porque Althusser não leva em consideração a distinção entre o público e o privado, que é válida apenas no domínio do direito burguês, mas porque funcionam como aparelhos do Estado em seu papel de dominação de classe. *Ibid*, p. 115.

²⁰² *Ibid*, p. 117.

²⁰³ *Idem*.

Embora todos os Aparelhos Ideológicos de Estado contribuam da maneira que lhes é própria para o mesmo resultado, qual seja a reprodução das relações de produção, o Aparelho Ideológico de Estado escolar detém na sociedade capitalista o papel dominante sobre os demais, tal qual fora o Aparelho Ideológico de Estado religioso no período feudal. É na escola que se provê, na prática, os papéis de cada um na sociedade de classes: explorados, agentes da exploração, agentes da repressão ou profissionais da ideologia. Embora outros Aparelhos Ideológicos de Estado também ensinem tais papéis, como a família ou a Igreja, a “audiência obrigatória” da totalidade das pessoas na infância aliada à ideia de neutralidade da escola, conferem a ela o papel determinante na reprodução das relações de produção²⁰⁴.

Para além do destaque dado aos Aparelhos de Estado, Althusser desenvolve uma teoria da ideologia propriamente dita, de cunho marxista, diversa daquela expressa n’*A Ideologia Alemã*, tida pelo filósofo francês como uma obra de Marx, mas não marxista²⁰⁵, localizada ainda no período de ruptura entre o período pré-científico e científico de Marx (o corte epistemológico althusseriano). Para Althusser, n’*A Ideologia Alemã* a ideologia é pura especulação ou falsa consciência, um tipo de consciência criada pelo sujeito, que tem uma forma espiritual, composta de ideias na mente dos indivíduos. Na “ideologia não marxista de Marx” haveria uma inversão da realidade produzida pelo processo cognitivo na mente humana por um autoengano induzido por interesses de classe²⁰⁶.

Althusser contrasta o que entende por subjetivismo de *A Ideologia Alemã* com *O Capital* e outros textos da maturidade de Karl Marx de onde extrai uma nova problemática científica que está oculta do próprio Marx, mas que pode ser extraída a partir de uma leitura sintomática dos textos. Nessa perspectiva, para Althusser as principais características da ideologia são: a) ausência de história; b) representação da relação imaginária dos indivíduos com suas condições reais de existência; c) existência material; d) interpelação dos indivíduos como sujeitos.

Para Althusser a ideologia é um elemento essencial de todas as formações sociais, uma vez que assegura a realização de certas tarefas sociais. Ela surge antes que apareçam

²⁰⁴ Muito embora a burguesia tente defender que o aparelho dominante seja o político, na forma da democracia parlamentar, o que é negado pela subsistência das relações de produção sob formas não democráticas. Cf. ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado*, cit., p. 120-122.

²⁰⁵ *Ibid*, p. 123.

²⁰⁶ Cf. Nesse sentido LARRAÍN, Jorge. **El concepto de ideología**. Vol. 2, cit, p. 124.

as divisões de classe e sobreviverá ao seu eventual desaparecimento, pois é um fator estrutural da sociedade, uma espécie de cimento que garante sua unidade, seja qual for o tipo de sociedade. Nesse sentido, a ideologia não tem história, é eterna, onipresente em sua forma imutável por toda a história, da mesma forma como Freud concebeu a teoria do inconsciente em geral²⁰⁷. Na sociedade de classes a ideologia tem a função específica de garantir a reprodução das relações de produção capitalistas, mas não deixa de existir em outras formações sociais, por ser um elemento estrutural de toda e qualquer forma societal.

A ideologia não é algo produzido pelo sujeito, mas um sistema objetivo de representações que os seres humanos já encontram formado ao nascer e que os molda e constitui. Os sujeitos não são autores da ideologia, não a formam enquanto tal, mas são moldados por ela e a praticam de forma inconsciente. As representações objetivas que formam a ideologia relacionam os seres humanos com suas condições de existência e com os demais sujeitos de modo a assegurar a coesão social por meio da execução de tarefas que garantem a reprodução social e também ajudam os sujeitos a suportarem sua condição, seja de explorado ou explorador²⁰⁸.

Nesse sentido, a ideologia é uma relação imaginária dos indivíduos com suas relações reais de existência que supõe um mau reconhecimento da relação real e tende a enxergar sua entrega como uma escolha livre. Contudo, não é o sujeito que inverte a realidade, mas a estrutura representada pela ideologia que o induz a isso, ou seja, independe da subjetividade dos indivíduos.

A ideologia em Althusser tem uma existência material em aparelhos, rituais e práticas. Não se trata de um fenômeno espiritual, ideal ou subjetivo, mas propriamente material e externo aos sujeitos, um nível objetivo da realidade social que inclui todas as formas de consciência social. Não se trata da existência material tal qual a de um objeto físico, mas da existência de atos inseridos em práticas, ou seja, “sua existência está inscrita nos atos ou práticas regidos por rituais que se definem, em última instância, por um aparelho ideológico”²⁰⁹

²⁰⁷ ALTHUSSER, Louis. Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado, cit., p. 125-126.

²⁰⁸ LARRAÍN, Jorge. **El concepto de ideología**. Vol. 2, cit., p. 126.

²⁰⁹ ALTHUSSER, Louis, op. cit., p. 131.

Por fim, a ideologia opera reproduzindo as condições de produção e consegue isso interpelando os indivíduos e construindo-os em sujeitos obedientes ao sistema. A ideologia é, portanto, um sistema objetivo de representações que convoca os indivíduos, como no exemplo da interpelação religiosa na qual Deus chama os indivíduos a submeterem-se livremente a ele. A ideologia invoca ou interpela os indivíduos como sujeitos concretos para que se submetam aos seus ditames.

Althusser se insere em uma tradição que opõe ciência e ideologia, esta como pré-história daquela em uma oposição entre racional e irracional. A ciência deve criticar a ideologia em todas as suas formas e produzir conceitos científicos, contudo não pode derrotar a ideologia por completo²¹⁰, pois é socialmente necessária para a reprodução social e, portanto, eterna.

2.5 – A negação da ideologia: Daniel Bell e Michel Foucault.

Conforme já exposto no presente trabalho, a temática da ideologia comporta uma série de análises sob perspectivas filosóficas das mais diversas, o que compreende, inclusive, teóricos que ignoram o conceito, bem como aqueles que o negam categoricamente.

Em geral, o pensamento conservador teme o conceito de ideologia, que não aparece em obras com esse viés, dada a natureza crítica a ele atribuída, que transformaria o próprio conteúdo do autor em objeto de contestação²¹¹. É possível dizer que há uma espécie de incompatibilidade do conteúdo conservador do texto com o significado da ideologia, que mostra-se verdadeiramente inútil em abordagens com esse conteúdo.

Há autores, ainda, que pelo conteúdo que trazem ao conceito acabam por esvaziá-lo por completo, como é o caso de Émile Durkheim. Para o sociólogo francês, é ideológico o método de pesquisa que inclua prenoções na análise dos fatos sociais, que

²¹⁰ LARRAÍN, Jorge. **El concepto de ideología**. Vol. 2, cit., p. 131.

²¹¹ EAGLETON, Terry. **Ideologia**, cit., p. 19.

deve ser livre de julgamento de valor para que se possa fazer verdadeira ciência. O positivismo de Durkheim busca uma posição de neutralidade e objetividade do pesquisador, mas ignora que as prenoções e a subjetividade são elementos constitutivos do próprio ponto de vista do cientista, que não é um mero observador de relações causais objetivas²¹². Ora, se não existe um tal pensamento livre de pressupostos, então todo e qualquer tipo de ideia poderia ser tida como ideológica²¹³, de tal modo que o conceito se esvaziaria em razão de tamanha amplitude, que chegaria à totalidade do pensamento humano.

Afora posições que omitem ou negam a ideologia pela própria lógica do seu pensamento, a negação sistemática da ideologia ganha corpo com a sociologia conservadora estadunidense do pós-guerra, com o que Terry Eagleton chama de “ideologia do ‘fim da ideologia’”²¹⁴. Trata-se de uma caracterização da ideologia como uma forma esquemática e inflexível de ver o mundo em contraposição a uma visão simples, gradual e pragmática do mundo²¹⁵.

Alvin W. Gouldner, por exemplo, utiliza de recursos irônicos para afirmar que “quando fala da ideologia, a sociologia perde sua voz calma e sua linguagem opaca; sua linguagem técnica repentinamente une suas forças à fala comum rude e vivaz” para caracterizar a ideologia como “o âmbito ultrajante do doutrinário, apaixonado, desumanizador, falso, irracional, e, com certeza, da consciência ‘extremista’”²¹⁶

Em 1960, Daniel Bell publica o trabalho mais influente desta corrente de pensamento que tenta por definitivo decretar o fim da ideologia²¹⁷. Para o sociólogo estadunidense, a ideologia se tornou um “beco sem saída”²¹⁸ em razão das transformações ocorridas no pós-guerra, notadamente o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social

²¹² Cf. DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 32. Para uma crítica, Cf. CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**: uma análise crítica da prevenção geral positiva. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 80 et seq.; IASI, Mauro. **O dilema de Hamlet**: o ser e o não ser da consciência. São Paulo: Viramundo, 2014, p. 61-62.

²¹³ EAGLETON, Terry. **Ideologia**, cit., p. 17.

²¹⁴ *Ibid*, p. 18.

²¹⁵ *Ibid*, p. 17.

²¹⁶ GOULDNER, Alvin W. **La dialéctica de la ideología y la tecnología**: los orígenes, la gramática y el futuro de la ideología. Tradução Néstor A. Miguéz. Madrid: Alianza Editorial, 1978, p. 24. Tradução nossa.

²¹⁷ BELL, Daniel. **O fim da ideologia**. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

²¹⁸ *Ibid*, p. 319.

e a elevação da renda dos trabalhadores. Com essa nova realidade nas sociedades de capitalismo avançado “as velhas ideologias e os obsoletos debates intelectuais do século dezenove se exauriram”²¹⁹ diante de um novo consenso alcançado na combinação de democracia representativa e desejo de prosperidade econômica, através da economia de mercado, como uma síntese historicamente construída. Nesta toada apologética do capitalismo ocidental “as velhas paixões perderam o ímpeto (...) e o fim da ideologia encerra intelectualmente a era das fórmulas fáceis sugeridas pela ‘esquerda’ para a transformação social.”²²⁰

Com o abandono da questão das lutas de classes defendida por Bell, os problemas sociais requerem uma forma de conhecimento pragmático e a escolha da melhor solução técnica. A ideologia é, portanto, substituída “pela ‘consciência tecnocrática’ com que a ordem corporativa e seus símbolos de autoridade podiam ser legitimados novamente.”²²¹ Para Terry Eagleton, resta claro o papel apologético da ordem capitalista no período da Guerra Fria por parte dos “ideólogos do fim da ideologia”: “o que se quer dizer com isso é que a União Soviética está nas garras da ideologia, ao passo que os Estados Unidos veem as coisas como elas realmente são.”²²²

A tese do “fim da ideologia”, conforme alerta Alvin W. Gouldner, “foi a ideologia recentemente restaurada do positivismo que tratou de cristalizar a consciência tecnocrática”²²³, com pretensões de neutralidade, há tanto superadas no pensamento científico moderno. Trata-se de um retorno ao superado debate dos iluministas que cunharam o termo ideologia²²⁴.

Outra linha de pensamento que põe em xeque o conceito de ideologia é aquela representada pela obra de Michel Foucault²²⁵. O filósofo francês foi influenciado em seus

²¹⁹ BELL, Daniel. **O fim da ideologia**, cit., p. 326.

²²⁰ *Ibid*, p. 327-328.

²²¹ GOULDNER, Alvin W. **La dialéctica de la ideología y la tecnología**, cit., p. 310.

²²² EAGLETON, Terry. **Ideologia**, cit., p. 18.

²²³ GOULDNER, Alvin W, op. cit., p. 311.

²²⁴ EAGLETON, Terry, op. cit., p. 18.

²²⁵ A escolha de Michel Foucault para representar a linha contemporânea de negação da ideologia se deve não só à sua enorme influência nos estudos das ciências humanas de maneira geral atualmente, como pelo fato de que boa parte do pensamento crítico nas ciências criminais se encontra atravessado por sua matriz de pensamento. Cumpre alertar, ainda, que a análise neste trabalho pretende relacionar o pensamento de Foucault unicamente com a questão da ideologia, não sendo o espaço para uma crítica geral de seu pensamento. Para uma crítica abrangente de sua matriz de pensamento, cf. RODRIGUES, Mavi. **Michel**

estudos iniciais pelo estruturalismo e pelo marxismo de Louis Althusser, mas a eles reagiu em virtude de sua racionalidade totalizante²²⁶.

Em seus escritos iniciais²²⁷, Foucault propõe o que denomina de arqueologia do saber²²⁸, uma investigação histórica que ambicionou empreender uma crítica da razão moderna e denunciar a violência e a coerção dos argumentos com pretensões de verdade e validade, ao contrário da hermenêutica do conhecimento tradicional, para a qual a busca da verdade subjacente aos fenômenos seguia fundamental.

Foucault rompe com a razão iluminista e sua ideia de progresso linear rumo à liberdade, igualdade e fraternidade. Para ele, na ideia de progresso está a disseminação e refinamento das técnicas de dominação²²⁹, com destaque para as relações de poder, que recebem uma original construção. Ao contrário de Althusser, que diferencia o poder estatal de seus aparelhos, Foucault destaca a onnipresença do poder e o fato de que o poder não é adquirido ou tomado, nem mesmo está em uma situação de exterioridade. Ao contrário, o poder é algo que circula, está em todos os lados, não porque abarca tudo, senão porque vem de todos os lados.

O poder é capilar, não é algo confinado aos aparelhos estatais, mas uma rede de força penetrante e intangível que se tece em nossos menores gestos e relações cotidianas. Nesse sentido, Foucault pretende explorar os mecanismos e técnicas de poder, os níveis capilares de poder²³⁰, suas microrrelações. Ele não nega o poder estatal, mas concentra suas análises nas microrrelações, pois o poder não tem centro, seu exercício não está em nenhum ponto específico da estrutura social, mas em todos ao mesmo tempo, com

Foucault sem espelhos: um pensador *proto* pós-moderno. Tese de Doutorado, Escola de Serviço Social, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2006.

²²⁶ Cf. LARRAIN, Jorge. **El concepto de Ideología, vol.4:** Postestructuralismo, postmodernismo y postmarxismo. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2010, p. 66. Sobre os condicionamentos políticos e históricos de seu pensamento, cf. WEISS, Valeria Vegh. Una crítica al pensamiento de Foucault desde el materialismo histórico. **Pensar. Epistemología y Ciencias Sociales**, n. 6, Editorial Acceso Libre: Rosario, 2011, p. 82 et seq.

²²⁷ Para uma divisão do pensamento de Foucault em três fases, cf. RODRIGUES, Mavi. **Michel Foucault sem espelhos**, cit., p. 117 et seq; LARRAIN, Jorge. **El concepto de Ideología, vol.4**, cit., p. 65.

²²⁸ Cf. FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Tradução Luiz Felipe Baeta Neves. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

²²⁹ LARRAIN, Jorge. **El concepto de Ideología, vol.4**, cit., p. 67-68.

²³⁰ Cf. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramallete. 42 ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

distintos graus de incidência e sem nenhum referente centralizado que lhe confira sentido²³¹.

Como o poder não é centralizado, as lutas contra as formas de opressão derivam para um confronto igualmente fragmentado: onde existir relação de poder, existe a possibilidade de resistência. Não há, em Foucault, uma natureza geral ou essência do poder, senão formas heterogêneas e dispersas de suas práticas, um vetor inerente às relações sociais. Há, pois, uma recusa de noção de totalidade²³².

Nesse sentido, para Foucault o poder não pode ser percebido de forma separada do conhecimento, seja porque o exercício do poder cria novos objetos de conhecimento e sistemas de informação, seja porque o conhecimento constantemente produz efeitos de poder²³³. Assim, o filósofo francês empreende uma crítica aos conceitos de conhecimento, ciência e verdade.

Nos primeiros escritos ainda trabalha de alguma forma com o conceito de ideologia, que para ele é encarado em sentido negativo e não se opõe à ciência, pois a sua presença não exclui a cientificidade. O que importa é a análise da formação dos discursos²³⁴.

Já na genealogia do poder, fase de pensamento pós-1968, Foucault busca determinar as condições materiais do discurso, as modalidades do poder e suas relações com o conhecimento. As genealogias são “anticiências” que buscam a insurreição dos saberes que se opõem não propriamente ao conteúdo de uma determinada ciência, senão aos efeitos dos poderes centralizadores que estão vinculados à instituição e ao funcionamento de um discurso científico organizado dentro de uma sociedade tal como a nossa²³⁵. Trata-se de um projeto para libertar os saberes históricos dessa sujeição e opressão construídas pelos saberes totalizantes e pretensamente científicos²³⁶, um projeto

²³¹ CARCANHOLO, Marcelo Dias; BARUCO, Grasiela Cristina da Cunha. As aventuras de Karl Marx contra a pulverização pós-moderna das resistências ao capital. **Margem Esquerda**: ensaios marxistas n. 13. SP Boitempo, 2009, p. 77.

²³² Sobre a questão da totalidade em Foucault e Marx, cf. IASI, Mauro. **O dilema de Hamlet**, cit., p. 150 et seq.

²³³ LARRAIN, Jorge. **El concepto de Ideología**, vol.4, cit., p. 96.

²³⁴ FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**, cit., p. 210-211.

²³⁵ LARRAIN, Jorge, op. cit., p. 70.

²³⁶ CARCANHOLO, Marcelo Dias; BARUCO, Grasiela Cristina da Cunha, op. cit., p. 78.

para reativar os “saberes locais contra a hierarquização científica do conhecimento e seus efeitos intrínsecos de poder.”²³⁷

Para Foucault, os discursos não são essencialmente verdadeiros ou falsos, científicos ou ideológicos, uma vez que cada sociedade tem seu próprio regime de verdade, seus próprios discursos aceitos que funcionam como verdadeiros. A verdade, portanto, não está fora do poder, senão intrinsecamente ligado a ele. Nesse sentido, as perguntas epistemológicas são deslocadas para questões sobre a constituição dos campos de saber, que têm sua própria verdade e se expressam em formas de poder. Foucault destaca:

Se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, apreendê-lo em sua raiz, em sua fabricação, devemos nos aproximar, não dos filósofos mas dos políticos, devemos compreender quais são as relações de luta e de poder. E é somente nessas relações de luta e poder – na maneira como as coisas entre si, os homens entre si se odeiam, lutam, procuram dominar uns aos outros, querem exercer, uns sobre os outros, relações de poder – que compreendemos em que consiste o conhecimento.²³⁸

Assim, em Foucault, o conhecimento não pode obedecer a qualquer padrão previamente assentado que não seja a dinâmica de poder que se insere na emergência de cada discurso particular. Há, portanto, um caráter relativista de sua concepção de conhecimento, história e verdade, visto que não há uma verdade histórica com a capacidade de ser o contraponto para julgar o erro e se opor à aparência pela afirmação da essência. Para Foucault, a questão não é contrapor o erro à verdade, mas desconstruir genealogicamente as relações de poder, os dispositivos e as mecânicas que construíram certos registros de verdade.²³⁹

²³⁷ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p. 172.

²³⁸ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003, p. 23.

²³⁹ IASI, Mauro. **O dilema de Hamlet**, cit., p. 148-149 e 153.

A genealogia é, portanto, incompatível com “esta noção muito importante e ao mesmo tempo muito embaraçosa da ideologia”²⁴⁰, que é pronta e expressamente abandonada pelo filósofo francês, em troca da análise de um discurso mais capaz²⁴¹. Nesse sentido, Foucault destaca que “a formação dos discursos e a genealogia do saber devem ser analisadas a partir não dos tipos de consciência, das modalidades de percepção ou das formas da ideologia, mas das táticas e estratégias do poder.”²⁴²

Verifica-se, aqui, um abandono também da noção moderna de sujeito na medida em que o filósofo francês desconsidera o homem como sede da razão e do conhecimento. Se em Althusser o sujeito é constituído pela ideologia, em Foucault o sujeito é moldado pelo poder mais pelo seu corpo do que por sua consciência²⁴³. Com isso, é a disciplina a técnica para assegurar o ordenamento das multiplicidades humanas, de modo que a sujeição dos indivíduos se dá não pela consciência (ideologia), mas pela docilização dos corpos²⁴⁴.

O pensamento de Foucault, notadamente em sua genealogia, ao relativizar a verdade, destruir o sujeito e recusar a noção de totalidade, se torna incompatível com a noção de ideologia. Conforme aponta Terry Eagleton, a força do termo ideologia reside justamente em sua capacidade de distinguir entre as lutas de poder que são centrais em determinada formação social daquelas que não são, de modo que classificar determinada questão como ideológica faz diferença para a compreensão da sociedade e sua transformação. Com isso, Eagleton defende que a relativização foucaultiana não deixa de ser conveniente para a ordem dominante²⁴⁵.

²⁴⁰ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**, cit., p. 26-7.

²⁴¹ EAGLETON, Terry. **Ideologia**, cit., p. 21.

²⁴² FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**, cit., p. 164-165.

²⁴³ LARRAIN, Jorge. **El concepto de Ideología**, vol.4, cit., p. 72.

²⁴⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, cit., p. 133 et seq.

²⁴⁵ EAGLETON, Terry, op. cit., p. 21. Valéria Weiss destaca o paradoxo que cai o filósofo francês diante da impossibilidade de saber se é verdadeira a concepção foucaultiana da verdade, já que esta é relativa. Cf. WEISS, Valeria Vegh. Una crítica al pensamiento de Foucault desde el materialismo histórico, cit., p. 88. Por outro lado, Larrain destaca que os ataques de Foucault ao conceito de ideologia não são inteiramente consistentes com sua prática intelectual, citando passagens em que usa a ideia de distorção da realidade para ocultar ou permitir o funcionamento de uma relação de dominação, como no caso da soberania. Cf., LARRAIN, Jorge, op. cit., p. 74 et seq.

2.6 – Tomada de posição: o retorno a Karl Marx.

O amplo espectro de significados históricos do termo ideologia gera uma série de ambiguidades em sua utilização teórica. Contudo, a delimitação de seu conteúdo para a análise concreta dos fundamentos do direito penal, conforme se pretende no presente trabalho, é não só fundamental como necessária.

O sentido descomedido em sua amplitude que identifica ideologia com qualquer conjunto de ideias na sociedade, o conceito fraco a que se referia Leandro Konder²⁴⁶, embora corrente no senso comum, deve ser de plano descartado diante de sua incapacidade analítica que o releva à própria inutilidade. De outro lado, a negação do conceito, seja pela apologética da ordem capitalista na Guerra Fria, seja pelo pós-modernismo e pós-estruturalismo, igualmente não nos oferece o necessário avanço na análise crítica da sociedade moderna e, por conseguinte, dos fundamentos do direito penal.

No campo de pensamento sob influência de Karl Marx, o que mais se destacou na temática da ideologia, apresentam-se duas tradições correntes, a da ideologia como distorção, ocultação e inversão dos fenômenos para reprodução da ordem social instituída, e aquela, “menos epistemológica do que sociológica”²⁴⁷, que se volta mais propriamente para a função das ideias na vida social.

Com efeito, ambas as tradições possuem importância e influência na teoria social, “ambas têm algo importante a nos dizer”²⁴⁸. De fato, a contribuição de Antonio Gramsci na matéria é de inegável valia para a compreensão do fenômeno criminal, em especial a forma hegemônica das ideias que sustentam o funcionamento do direito penal²⁴⁹. O mesmo se pode dizer acerca da construção de Lukács sobre a ideologia como função e o

²⁴⁶ KONDER, Leandro. **A questão da ideologia**, cit., p. 10.

²⁴⁷ EAGLETON, Terry. **Ideologia**, cit., p. 16.

²⁴⁸ *Ibid*, p. 16.

²⁴⁹ Nesse sentido, cf. BUDÓ, Marília de Nardin. Ideologia, hegemonia e opinião pública: as contribuições de Antonio Gramsci à criminologia crítica. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 3, n. 1, 2015.

uso do direito penal como solução de conflitos, e dos Aparelhos Ideológicos e Repressivos de Estado representados na teoria althusseriana. O destaque conferido por Gramsci e Althusser na difusão ideológica, por exemplo, influenciou diretamente nas escolhas metodológicas do presente trabalho.

Se é possível extrair importantes observações sobre os fundamentos do direito penal a partir de tais elaborações teóricas, parece-nos, contudo, que seriam limitadas. O conceito de ideologia neutro que reproduzem acaba por esvaziar o conceito crítico negativo de ideologia de conflito e contradição²⁵⁰. O conceito de ideologia elaborado por Karl Marx e que se espalha por toda a sua obra é, com efeito, mais rico e filosoficamente profundo e correto do que aquele desenvolvido pela tradição marxista.

Embora os elementos do conceito de ideologia em Marx estejam espalhados em numerosos textos, apresentem ambiguidades e inexista sistematização, há uma relação de continuidade e aperfeiçoamento de seu tratamento filosófico, no qual novas dimensões e perspectivas se agregam. O conceito ganha em complexidade, mas não sofre mudanças de rumo contraditórias, como defendem alguns autores já mencionados a partir de uma interpretação do *Prefácio de 1859*. Marx mantém a distinção entre ideologia e ciência e mantém o caráter crítico e negativo do seu conceito. A variedade de elementos presentes no curso do seu desenvolvimento faz da ideologia um conceito versátil e extraordinariamente rico²⁵¹.

Marx chega na questão da consciência a partir da ideia de totalidade. Os seres humanos agem em cada momento da história a partir de uma base anterior deixada por gerações passadas, que construíram e institucionalizaram “formas de poder, valores, formas econômicas, juízos morais e éticos, padrões estéticos e tudo o mais que constitui o agir e o pensar dos seres humanos.”²⁵² Há um conjunto de relações históricas, concretas e reais, produzidas pela ação humana, “mas que não estão ‘visíveis’ em sua totalidade àqueles que as vivem e que as reproduzem nas mais diferentes esferas imediatas da vida.”²⁵³ Dado que as pessoas vivem em determinado período de tempo e espaço, num

²⁵⁰ EAGLETON, Terry. **Ideologia**, cit., p. 194.

²⁵¹ LARRAIN, Jorge. **El concepto de ideología, vol.1**, cit., p. 135.

²⁵² IASI, Mauro. **O dilema de Hamlet**, cit., p. 158.

²⁵³ *Idem*.

ponto particular da vida social, não é possível viver a totalidade, relacionar-se com o todo da vida.

Se não é possível ao indivíduo viver a totalidade, pois temporal e historicamente prévia a ele e inalcançável no plano espacial, é numa esfera extravivencial, teórica, que a consciência se completa. Por isso a questão da totalidade é subjacente ao pensamento de Marx, que não vê na vivência de situações particulares a capacidade de revelar por si mesma o conjunto das determinações da sociedade²⁵⁴, por isso os relativismos e a negação da ideia de verdade típica do pensamento pós-moderno não se aplicam à teoria marxiana.

O mundo material é anterior e existe independentemente da consciência do indivíduo, de modo que as ideias refletem e representam o mundo objetivo. Todavia, ao contrário dos animais, a consciência antecipa mentalmente os resultados da prática humana, de modo que não apenas reflete o mundo material senão que ajuda a construir a realidade material da vida.

Marx propôs uma forma de entender a determinação da consciência por meio da prática material humana. É por meio dela que surgem tanto as instituições econômicas como as formas de consciência, e são as insuficiências dessas práticas que projetam as formas ideológicas de consciência²⁵⁵.

O termo é utilizado por Marx inicialmente para um acerto de contas com o pensamento de sua época, para uma crítica da filosofia idealista alemã. Sua preocupação não é propriamente com a falsidade ou manipulação no campo das ideias, mas saber se há uma relação entre o âmbito ideal e a realidade concreta, entre as ideias, valores e representações que correspondem a uma consciência social e a sociedade com a qual ela se insere. Esta conexão entre as relações que constituem a sociedade e o universo ideal é a base do materialismo de Marx e Engels para compreender e criticar as ideias que predominam em uma certa época.

Para ambos, quando determinada consciência expressa o mundo de uma certa forma, o faz porque expressa a correspondência a uma certa materialidade na qual está inserida. A teoria criada por Marx e Engels concebe a ideologia como expressão da consciência de um ser humano que alienou-se de si, como uma derivação do conceito de alienação.

²⁵⁴ IASI, Mauro. **O dilema de Hamlet**, cit., p. 158.

²⁵⁵ LARRAIN, Jorge. **El concepto de ideología**, vol.1, cit., p. 147.

Marx e Engels partem do princípio de que as ideias dominantes de uma época são as ideias da classe dominante, a expressão ideal das relações que fazem de uma classe a classe dominante. No âmbito de ideias da sociedade de classes capitalista, as ideias dominantes são as ideias da classe dominante, contudo isso não as converte necessariamente em ideologia. O caráter de classe de determinada ideia não é suficiente para tanto, de modo que nem todos os erros ou distorções ideais são necessariamente ideológicos.

A ideologia oculta, inverte e naturaliza. A ideologia é uma forma de consciência que oculta e com isso impede que as determinações que existem sejam percebidas e compreendidas. Por outro lado, a ideologia inverte, embora a inversão não seja nela produzida, senão que é a expressão de um mundo que se apresenta invertido, como no clássico exemplo hegeliano do Estado e da sociedade.

Além disso, toda ideologia naturaliza aquilo que é histórico e cultural. Construções sócio-históricas são representadas como uma força da natureza ou da essência humana e como tal devem ser mantidas. A ideologia é uma defesa daquilo que existe, um elogio da ordem posta. Ganha destaque aqui o pensamento idealista que concebe a verdade como algo imanente, como o resultado da racionalidade no pensamento.

O conceito de ideologia se desenvolve no seio do estudo das contradições e problemas específicos das relações sociais capitalistas escondidas detrás do mundo ideológico da liberdade e da igualdade. As conotações negativas são mantidas ao termo para a crítica de um tipo específico de erro que se conecta com o ocultamento, a distorção e a naturalização de uma realidade invertida e contraditória.

Em Marx a ideologia se apresenta como um conceito restrito, por não incluir todo tipo de erro nem toda ideia da classe dominante, e histórico, na medida em que depende da evolução das contradições sociais, e não um atributo imanente de certas formas de consciência.

Seu principal mecanismo de funcionamento é apresentação daquilo que é particular como se fosse universal e daquilo que é histórico como se fosse natural. Já sua função é a de garantir a reprodução das relações sociais vigentes, a garantia da ordem sob o modo de produção capitalista.

Marx caracteriza a ideologia como um fenômeno prático, que enquanto tal só pode ser superado por meio da prática transformadora da realidade na qual é produzida. Marx e Engels negam a possibilidade de transformação social a partir do mero combate às ideias falsas e do desvelamento da ideologia. Isso é necessário, mas insuficiente. Para eles, o avanço da humanidade é um ato histórico e não um ato do pensamento, e tem na prática social sua chave fundamental.

Por tais características, diversas no geral dos demais autores trabalhados no presente capítulo, o retorno ao conceito de Marx é fundamental. É nele que encontramos a chave para uma crítica consistente e científica dos fundamentos do direito penal moderno.

Tal qual a Economia Política para Marx, e com o devido reconhecimento da centralidade e especificidade daquela área do conhecimento por ele estudada, temos o direito penal como um campo do conhecimento ainda limitado, que não fornece esclarecimentos sobre todos os seus pressupostos nem concebe sua conexão com a realidade concreta. A falta de referência histórica e o viés de defesa da ordem estabelecida transparecem da leitura dos seus autores fundamentais e na forma como o pensamento penal é reproduzido.

A força da ideologia penal é tamanha que até mesmo os principais afetados por ela expressam e reproduzem os fundamentos que a prejudicam concretamente. A exposição da crítica da ideologia carregada pelo direito penal e a profunda análise das contradições nas quais está inserida não pretende sustentar o domínio das circunstâncias sobre os indivíduos, mas abrir caminho para a transformação desta realidade por meio do desvelamento das referidas contradições sociais, ainda que o mero descortinamento por si só seja insuficiente para tanto, embora igualmente descarte soluções idealistas.

Por fim, embora não presentes diretamente na construção marxiana, centrada no conflito central da sociedade capitalista, há também outras formas de dominação como os raciais, de gênero, coloniais, que embora não constituam as contradições centrais do capitalismo, não podem existir totalmente à parte dela e são determinados e fomentados por ela. Tais conflitos podem se articular com formas de lutas de classes de maneira que ajudem a revelar mais do que ocultar a contradição fundamental do capitalismo. No direito penal tal fato é nítido, especialmente na questão racial, que tem no seu ocultamento uma das principais características ideológicas.

É, portanto, nos termos acima expostos que o presente trabalho adota a concepção marxiana de ideologia, um conjunto teórico do mais elevado refinamento científico, que, no entanto, não foi devidamente explorado no campo do direito penal.

CAPÍTULO 3 – OS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL MODERNO

SUMÁRIO – 3 – Os fundamentos do direito penal moderno - 3.1. Cesare Beccaria e o iluminismo penal. – 3.2. Os tratadistas alemães – 3.2.1. Anselm v. Feuerbach – 3.2.2. Karl Binding – 3.2.3. Franz von Liszt e Ernst Beling – 3.2.4. Max Ernst Mayer e Edmund Mezger – 3.2.5. Hans Welzel – 3.2.6 – Claus Roxin – 3.3. A doutrina penal brasileira – 3.3.1 - A reprodução dos fundamentos do direito penal moderno – 3.3.2 - A crítica aos fundamentos do direito penal moderno

3.1 – Cesare Beccaria e o iluminismo penal

*Dos delitos e das penas*²⁵⁶ é um marco da literatura penal moderna. Escrito em 1763 e publicado em julho do ano seguinte, quando Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, tinha apenas 26 anos de idade, o livro do jovem jurista formado na Universidade de Pavia teve repercussão imediata.

Já formado, Beccaria retorna à sua cidade natal e frequenta o ambiente intelectual liderado pelos irmãos Pietro e Alessandro Verri no entorno da revista *Il caffè*. Os encontros da jovem intelectualidade de Milão tinham como referência os enciclopedistas franceses e sua filosofia iluminista, que combatiam o pensamento e a prática do Antigo Regime com elevado pensamento crítico.

²⁵⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, cit., 1997.

Dentre as arbitrariedades do Antigo Regime, os julgamentos da época faziam parte das discussões da intelectualidade milanesa. Por sua formação jurídica e pelo destaque dado à prisão e aos julgamentos em suas intervenções, Beccaria foi incentivado pelos membros da *Accademia dei Pugni* a ordenar as ideias do grupo sobre a questão penal, às quais adicionou as suas na publicação que saiu inicialmente de maneira anônima e sem data.

A obra teve imediata repercussão e foi de pronto traduzida para a maior parte dos idiomas da Europa. O escrito não só foi aplaudido pelos iluministas franceses da época, como influenciou reformas penais ao entusiasmar os monarcas mais cultos do seu tempo, da Rússia à Áustria, da Toscana à França²⁵⁷. Proscrita pelo Tribunal da Inquisição Espanhola²⁵⁸, a obra ficou assentada como “um ponto de referência para o nascimento de um Direito penal respeitoso para com o ser humano”²⁵⁹. Ao incorporar o arcabouço teórico da filosofia iluminista francesa, Beccaria expõe os fundamentos do direito penal moderno em obra cuja leitura é ainda indicada com entusiasmo na introdução ao estudo do direito penal nos cursos de direito no Brasil e boa parte do globo.

Em *Dos delitos e das penas*, Beccaria promove, a partir da filosofia racionalista do iluminismo francês, as bases fundamentais do direito penal moderno: o direito penal existe para garantir a liberdade diante do arbítrio do poder estatal e sua finalidade é prevenir a prática de novos delitos. Beccaria encerra suas ideias no livro em múltiplos e objetivos capítulos, muito embora por razões políticas da época muitas considerações sejam veladas e nas entrelinhas²⁶⁰.

A pedra angular do seu pensamento é o contratualismo iluminista, com o qual inaugura o primeiro capítulo sobre a origem das penas:

²⁵⁷ ASÚA BATARRITA, Adela. Reivindicación o superación del programa de Beccaria. In.: ASÚA BATARRITA, Adela (org.) **El pensamiento penal de Beccaria**: su actualidad. Bilbao: Universidad de Deusto, 1990, p. 14.

²⁵⁸ De 20 de junho de 1777 até a supressão do próprio Tribunal, em 1813. Cf. *Ibid*, p. 16.

²⁵⁹ BUSATO, Paulo César. Apresentação. In. BUSATO, Paulo César (org.). **Ler Beccaria Hoje**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. x.

²⁶⁰ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Capítulo II: derecho de castigar. In. MATUS ACUÑA, Jean Pierre. **Beccaria 250 años después**: vigencia de la obra Dei delitti e dele pene. Santiago de Chile: B de F, 2011, p. 29.

As leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de sua conservação. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade. A soma dessas porções de liberdade sacrificada ao bem comum forma a soberania de uma nação e o soberano é o seu legítimo depositário e administrador. Mas não bastava constituir esse depósito, havia que defendê-lo das usurpações privadas de cada homem em particular, o qual sempre tenta não apenas retirar do depósito a porção que lhe cabe, mas também apoderar-se daquela dos outros. Faziam-se necessários motivos sensíveis suficientes para dissuadir o espírito despótico de cada homem de novamente mergulhar as leis da sociedade no antigo caos. Esses motivos sensíveis são as penas estabelecidas contra os infratores das leis²⁶¹.

Trata-se, portanto, de uma ideia consensual de Estado, representante do bem comum para a convivência harmônica e, em última instância, para a própria subsistência da sociedade. Esta ideia seria posteriormente aprofundada por Hegel e se constituiria na noção dominante acerca do Estado até os dias presentes, de Estado como o terreno que reintegra os interesses antagônicos da sociedade civil, representando os interesses universais e o bem comum.

A limitação do poder de punir do Estado é igualmente exposta em bases contratualistas no capítulo seguinte sobre o direito de punir, no qual aponta que toda pena que não derive da necessidade absoluta é tirânica:

Eis, então sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito do bem comum das usurpações particulares; e tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos súditos. (...) Foi, portanto, a necessidade que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade: é certo, pois, que cada um só quer colocar no depósito público a mínima porção possível, apenas a que baste para induzir os outros a defendê-lo. A agregação dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir, tudo o mais é abuso e não justiça, é fato mas não é direito.²⁶²

²⁶¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, cit., p. 41.

²⁶² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, cit., p. 42-43.

O direito de punir no Estado absolutista provinha do monarca, representante de Deus na terra, de tal forma a representar uma potestade punitiva de índole metajurídica e divina. Contraposto a este modelo, Beccaria funda o direito de punir nos moldes do Estado liberal clássico, não intervencionista, meramente guardião, legitimado no direito de punir em razão do contrato social que evitaria a luta de todos contra todos²⁶³.

É evidente a partir não só desta citação, mas ao longo de toda a obra, a preocupação de Beccaria com a preservação e garantia da liberdade individual diante do arbítrio do Estado. A limitação do poder estatal para garantia da liberdade individual a partir da noção contratualista fez Beccaria extrair como consequências que: somente a lei pode prever crimes e cominar penas, pois o legislador representa toda a sociedade; a lei obriga a todos igualmente, “igualmente o mais poderoso e o mais miserável dos homens”; é necessário um juiz imparcial para julgar as acusações criminais; e que não cabe ao juiz, que não é legislador, interpretar as leis penais²⁶⁴.

Os princípios penais modernos estão desde já esboçados: o princípio da legalidade, não só como reserva legal, senão como legalidade estrita a limitar a atividade judicial criativa, garantindo-se a segurança jurídica; o princípio da igualdade para evitar privilégios na aplicação da lei penal; e a imparcialidade nos julgamentos para evitar perseguições. Há uma série de considerações na obra acerca de garantias que hoje são objeto de estudo do processo penal, uma vez que se origina igualmente da ideia de proteção diante do arbítrio estatal. A obra de Beccaria nada mais é do que a transposição ao direito penal e ao direito processual penal das ideias da ilustração²⁶⁵.

Ainda na sua preocupação de garantia do indivíduo em face do Estado, o Marquês milanês confere notável destaque à proporcionalidade entre os delitos e as penas, afinal “se uma pena igual é destinada a dois delitos que ofendem desigualmente a sociedade, os

²⁶³ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Capítulo II: derecho de castigar, cit., p. 32.

²⁶⁴ BECCARIA, Cesare, op. cit., p. 44 et seq.

²⁶⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Capítulo I: origen de las penas. In. MATUS ACUÑA, Jean Pierre. **Beccaria 250 años después**: vigencia de la obra *Dei delitti e dele pene*. Santiago de Chile: B de F, 2011, p. 15.

homens não encontrarão um obstáculo forte o suficiente para não cometer um delito maior, se dele resultar uma vantagem maior.”²⁶⁶

A medida correta a ser adotada para aferir a proporcionalidade entre delitos e penas é para Beccaria o “dano provocado à nação” e não a “intenção de quem os comete”, em esboço à noção moderna de bem jurídico penal²⁶⁷, como se extrai de sua consideração de que não se pode avaliar os delitos “mais pela dignidade da pessoa ofendida que por sua importância em relação ao bem público.”²⁶⁸ A base da intervenção do direito penal é a necessidade dos homens, o controle social das condutas estritamente tidas como intoleráveis em uma espécie de nascedouro do princípio da intervenção mínima.²⁶⁹

Aliada à ideia de proteção do indivíduo em face da arbitrariedade estatal está a finalidade preventiva da pena. Para Beccaria a finalidade das penas não é “atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido”, senão “apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo.”²⁷⁰ Sua concepção de pena se amolda ao que modernamente se convencionou chamar de prevenção geral negativa²⁷¹, de pena como força dissuasória da prática de delitos voltada para o conjunto da sociedade, muito embora se observe que, ainda que em linhas gerais, haver preocupação preventiva também em face do indivíduo, uma prevenção especial, não muito elaborada, mas presente na menção ao “réu” não causar novos delitos.

Para Beccaria, com efeito, a presteza das penas se verifica com sua proximidade ao delito: “quanto mais a pena for rápida e próxima ao delito, tanto mais justa e útil ela será.”²⁷² Os fundamentos do direito penal em Beccaria caminham sempre lado a lado, a prevenção do delito e a garantia da liberdade individual, como se observa no capítulo

²⁶⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, cit., p. 52.

²⁶⁷ Sobre a o conceito de bem jurídico em Beccaria, cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Capítulo I: origen de las penas, cit., p. 15 et seq.

²⁶⁸ BECCARIA, Cesare, op. cit., p. 53.

²⁶⁹ Nesse sentido, cf. BUSATO, Paulo César. Beccaria, o contratualismo e o controle social do intolerável como fundamento da pena e do próprio direito penal. In. BUSATO, Paulo César (org.). **Ler Beccaria Hoje**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 15.

²⁷⁰ BECCARIA, Cesare, op. cit., p. 62.

²⁷¹ Cf. BOZZA, Fábio da Silva. Prevenção geral negativa e as contribuições da obra de Beccaria. In. BUSATO, Paulo César (org.). **Ler Beccaria Hoje**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 177 et seq.

²⁷² BECCARIA, Cesare, op. cit., p. 79.

sobre a moderação das penas: o que garante a prevenção do delito é a certeza da punição, desde que seja moderada²⁷³.

A pena é reconhecida como um mal, por isso deve ser limitada. A preocupação com a crueldade das penas é uma marca de seu pensamento, tal qual a condenação da tortura e do arbítrio judicial. Negou a pena de morte e alertou que “a prisão é mais lugar de suplício que de custódia do réu”²⁷⁴, por isso “é melhor prevenir os delitos do que puni-los.”²⁷⁵

Para uma correta prevenção criminal, Beccaria aposta na qualidade e quantidade de leis penais. No primeiro caso, devem ser claras e simples, no segundo, reduzidas. O iluminista milanês não considerava o delito como uma entidade natural com existência independentemente de sua previsão jurídica-formal, e por isso mesmo exigia menos leis penais para que existissem menos delitos. A previsão legal de delitos deveria ser restrita aos comportamentos realmente danosos na medida do intolerável, de modo a restarem fora do direito penal condutas fundamentadas em razões religiosas ou morais.

Sua concepção de prevenção criminal não toma por referência qualquer investigação empírica sobre as causas do comportamento delitivo, senão que se funda em uma racionalidade abstrata que supõe uma lógica preventiva. A prevenção criminal para Beccaria é um meio teleologicamente racional para uma legislação ilustrada no marco de uma configuração estatal de cidadãos livres e carente de despotismo²⁷⁶.

A obra de Beccaria é um verdadeiro marco fundante do direito penal moderno. Suas bases foram expostas nas ideias de limitação do poder de punir do Estado e prevenção criminal. O conteúdo crítico de *Dos delitos e das penas* traduz o sentimento da intelectualidade iluminista de seu tempo, o que se revela na direção do seu conteúdo: trata-se de obra dirigida não aos autores de crimes, mas aos detentores do poder. Sua concepção filosófico-penal foi a maior expressão da hegemonia burguesa no pensamento

²⁷³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, cit., p. 91 et seq.

²⁷⁴ *Ibid*, p. 104. Deve ser ressaltado que a prisão no século XVIII era predominantemente cautelar, com exceções, como no direito canônico. Cf. ORTIZ QUIROGA, Luis. Capítulo XXIX: de la prisión. In. MATUS ACUÑA, Jean Pierre. **Beccaria 250 años después**: vigencia de la obra *Dei delitti e dele pene*. Santiago de Chile: B de F, 2011, p. 345-346.

²⁷⁵ BECCARIA, Cesare, op. cit., p. 130.

²⁷⁶ KINDHÄUSER, Urs. Acerca de la concepción de la prevención criminal de Cesare Beccaria. In. KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. **Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho**. Buenos Aires: B de F, 2011, p 236.

penal²⁷⁷, motivada pelas transformações políticas e econômicas levadas a efeito pelas revoluções da burguesia.

3.2 – Os tratadistas alemães

Entre os países que adotam o sistema jurídico romano-germânico, aquele que mais desenvolveu teoricamente o direito penal foi a Alemanha. Desde o início do século XIX, a doutrina penal preocupou-se em desenvolver e sistematizar o direito penal, embora tenha se concentrado mais detidamente na teoria do delito, conjunto teórico mais profundamente desenvolvido no campo do direito como um todo.

A formação do pensamento jurídico-penal brasileiro teve em seu início forte influência portuguesa por razões históricas derivadas do colonialismo. Foi, contudo, o pensamento penal italiano o apoio determinante na consolidação da doutrina penal brasileira, cujas escolas clássica, positiva e, depois, técnico-jurídica, tiveram seguidores efetivos e proporcionaram importantes debates no penalismo nacional em desenvolvimento²⁷⁸.

Desde as últimas décadas, no entanto, o pensamento penal alemão tem sido cada vez mais influente no Brasil, não só pelo acolhimento dos juristas germanófilos, mas principalmente pelas traduções dos principais tratados de direito penal alemão para o idioma espanhol. Atualmente, quase a totalidade das questões que envolvem o direito penal nos países que adotam o sistema jurídico romano-germânico tem a dogmática alemã como ponto de referência.

²⁷⁷ SHECAIRA, Sergio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 98.

²⁷⁸ Cf. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral, arts. 1º a 120. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 88 et seq.; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 45 et seq.; CAMARGO, Beatriz Corrêa. O finalismo no direito penal brasileiro: uma abordagem crítica da ciência jurídico-pena no Brasil. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de. (orgs.). **Direito penal na pós-modernidade**: escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 97 et seq.

Não obstante a importância do pensamento penal italiano na fase de consolidação da nossa doutrina, a teoria jurídico-penal alemã tem sido historicamente a principal fonte teórica de formação sistemática do direito penal latino-americano²⁷⁹, sobretudo nas últimas décadas. Com efeito, as principais elaborações do penalismo alemão contemporâneo encontram ampla difusão no cenário jurídico brasileiro.

Seja pela influência no direito penal brasileiro, seja por ter sido o ambiente acadêmico que proporcionou as maiores transformações no pensamento criminal ao longo da história, cumpre trazer a forma como os fundamentos do direito penal foram trazidos pelos principais tratadistas alemães.

3.2.1 – Anselm v. Feuerbach

Reconhecido como o primeiro grande tratadista da doutrina penal alemã, Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach publicou em 1801 o Tratado de Direito Penal comum vigente na Alemanha²⁸⁰. Trata-se de uma obra dedicada à prática e ao ensino do direito penal anterior à codificação em seu país. O tratado tem por base legal a *Constitutio Criminalis Carolina (Peinliche Gerichtsordnung)*, o único direito penal alemão existente antes dos códigos²⁸¹. Este material também serviu de base para a futura codificação penal da Baviera em 1813.

Na passagem do século XVIII para o XIX o pensamento político e filosófico do iluminismo exercia ainda enorme influência, enquanto no campo do direito se abria uma etapa cientificista e positivista. Foi sob a influência da filosofia liberal iluminista e do positivismo jurídico que Feuerbach elaborou seus escritos, tendo sido responsável pela primeira estruturação de uma parte geral do direito penal em sentido moderno. A

²⁷⁹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A ciência penal alemã e as exigências político-criminais da América Latina. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, v. 17/18, 2011, p. 39.

²⁸⁰ FEUERBACH, Paul Johann Anselm von Ritter. **Tratado de derecho penal**. Tradução Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

²⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ensayo preliminar. Anselm v. Feuerbach: perspectiva actual de su antropología jurídica. In. *Ibid*, p. 11.

dualidade da influência não permitiu que fosse um positivista clássico, uma vez que apesar de sua defesa da codificação, sempre tratou de encontrar um equilíbrio entre a filosofia e o direito positivo, no qual o racionalismo e individualismo dos revolucionários franceses se afiguravam presentes²⁸².

Feuerbach define o direito penal como “a ciência dos direitos que têm o Estado, fundando-se nas leis penais, frente aos seus súditos como possíveis infratores a elas”²⁸³. O autor diferencia o *direito punitivo geral*, como filosofia dos fundamentos do direito penal e seu exercício, que qualifica como ciência dos possíveis direitos do Estado às leis penais, do *direito penal positivo*, a ciência dos efetivos direitos que têm um Estado concedidos pelas leis penais²⁸⁴. O direito punitivo geral é tido por ele como um dos conhecimentos auxiliares do direito penal²⁸⁵.

É igualmente no contratualismo que Feuerbach expressará o fundamento do poder punitivo do Estado sempre que haja uma lesão jurídica por parte de um dos integrantes da sociedade civil que a molda:

A união da vontade e da energia dos indivíduos proporciona o fundamento da sociedade civil para garantir a todos a liberdade recíproca. Um Estado é uma sociedade civil organizada constitucionalmente mediante a sujeição a uma vontade comum, sendo seu principal objetivo a criação da condição jurídica, quer dizer, a existência conjunta dos homens conforme as leis do direito. (...) Toda forma de lesão jurídica contradiz o objetivo do Estado, ou seja, que no Estado não tenha nenhuma lesão jurídica. Por isso, o Estado tem o direito e o dever de encontrar institutos mediante os quais se impeçam as lesões jurídicas.²⁸⁶

Já a finalidade do direito penal é a prevenção do delito, o que se realiza por meio da coação psicológica exercida pela norma penal incriminadora. Para Feuerbach, todas

²⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ensayo preliminar. Alselm v. Feuerbach: perspectiva actual de su antropología jurídica, cit., p. 16-17.

²⁸³ FEUERBACH, Paul Johann Anselm von Ritter. **Tratado de derecho penal**, cit., p. 39. Tradução nossa.

²⁸⁴ *Ibid*, p. 39-40.

²⁸⁵ *Ibid*, p. 42

²⁸⁶ *Ibid*, p. 50-51. Tradução nossa. Grifos no original.

os crimes têm sua causa psicológica, que motiva sua prática, de modo que este impulso pode ser cancelado desde que cada um “saiba que a seu fato há de seguir, inescapavelmente, um mal que será maior que o desgosto emergente da insatisfação de seu impulso ao fato.”²⁸⁷

À necessidade de preservar a liberdade recíproca de todos mediante o cancelamento do impulso dirigido às lesões jurídicas, impõe-se o efeito intimidatório da incriminação. O objetivo da cominação da pena é a intimidação de todos como possíveis “protagonistas de lesões jurídicas”²⁸⁸, enquanto o objetivo da aplicação da pena é dar fundamento efetivo à cominação legal e efetividade, portanto, à coação por ela almejada.

Feuerbach nega, no entanto, qualquer espécie de prevenção individual (especial), seja por coação psicológica ou melhoramento moral. Rechaça igualmente o caráter retributivo da pena, notadamente a retribuição moral, pois separa a ética e a moral do espaço jurídico. O autor alemão condena, ainda, qualquer classe de intimidação mediata através de sofrimentos infligidos ao autor do crime²⁸⁹. A prevenção que defende e desenvolve é aquela conhecida posteriormente como prevenção geral negativa ou teoria da coação psicológica.

Como derivação dos fundamentos que atribui ao direito penal, do seu direito punitivo geral, que alia o liberalismo da proteção do indivíduo em face do Estado e prevenção geral negativa, ressalta a defesa da legalidade em seus diversos aspectos, que desenvolve na forma dos brocardos da *nulla poena sine lege*, segundo o qual toda imposição de pena pressupõe uma lei penal; *nulla poena sine crimine*, que condiciona a pena à conduta cominada na lei; e *nulum crimen sine poena legali*, a condicionar também a punição à cominação de uma pena em lei²⁹⁰.

Feuerbach se diferencia de Beccaria por não restringir seu pensamento à filosofia do direito penal, já que instaura uma verdadeira dogmática penal e promove um inaugural trabalho de codificação na Alemanha. Por outro lado, sua teoria da prevenção geral negativa igualmente difere das noções gerais do marquês italiano, com um verdadeiro

²⁸⁷ FEUERBACH, Paul Johann Anselm von Ritter. **Tratado de derecho penal**, cit., p. 52. Tradução nossa.

²⁸⁸ *Idem*. Tradução nossa.

²⁸⁹ *Ibid*, p. 54.

²⁹⁰ *Ibid*, p. 55.

desenvolvimento de uma teoria da coação psicológica²⁹¹. Contudo, segue o liberalismo iluminista e os fundamentos do direito penal que o aproximam, nas linhas gerais e centrais, a Beccaria: poder de punir do Estado baseado no contratualismo, proteção do indivíduo em relação ao Estado e pena como prevenção do delito.

3.2.2. Karl Binding

Na segunda metade do século XIX, após a codificação do direito penal alemão, é inaugurada por Karl Binding a escola penal conhecida como positivismo jurídico-penal. A partir da influência de Hegel, Binding procurou reunir o resultado da ciência positiva com o idealismo alemão²⁹².

Binding edifica seu conjunto teórico a partir do pressuposto de um Estado de Direito em plena vigência, que não admite o império do tirano. Confia na autoridade do direito como sistema normativo de convivência social tendente à harmonia²⁹³. Fiel à concepção de um direito penal liberal, seu positivismo lastreava-se nos propósitos liberais de segurança jurídica e legalidade com a manutenção das garantias penais fundadas pela Ilustração.

Como positivista, Binding elege como objeto da ciência penal o estudo do direito positivo, revelado na análise das normas e nas relações lógicas entre elas, alheio a dados da realidade metajurídica e neutro no plano axiológico, em um sistema no qual o positivismo jurídico se converte em normativismo formalista. Sua maior contribuição teórica foi o desenvolvimento de uma teoria das normas²⁹⁴.

²⁹¹ Para maiores aprofundamentos sobre o pensamento de Feuerbach, notadamente as especificidades de sua teoria da pena, cf., GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal**. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2015.

²⁹² ALLER, Germán. Estudio preliminar acerca de Karl Binding y de su obra. In. BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Tradução Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: B de F, 2009, p. XI.

²⁹³ *Ibid*, p. XXXVI.

²⁹⁴ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 188.

Segundo seu pensamento, as normas são comandos jurídicos, escritos ou não, preexistentes à lei penal, e o seu conteúdo, se não estiver já determinado em algum direito, pode ser apreendido por meio da parte dispositiva da cominação penal. Para o positivista alemão, a norma se destina à coletividade, enquanto a lei se dirige ao juiz. A lei não se expressa como proibição, que vem da norma, cuja eficácia é pressuposto de sua existência. Assim, o criminoso infringe a norma, tomada como preceito determinativo de sua conduta e, ao fazê-lo, preenche a lei penal²⁹⁵. Aquele que furta não viola a lei penal, senão a cumpre; ele viola a norma, que está fora da lei penal, mas que pode ser conhecida por ela²⁹⁶.

Em 1872, Binding publicou o primeiro tomo do célebre *Die Normen und ihre Übertretung* (As normas e sua violação), no qual desenvolve sua teoria das normas, assim como sua relação com a lei penal e o nexó entre delito e pena. Santiago Mir Puig ressalta que “sua obra transcende o direito penal, para constituir uma das máximas expressões do positivismo em toda a ciência do direito.”²⁹⁷

Submerso em um liberalismo em sentido clássico, a neutralidade almejada não era politicamente indiferente, pois com o método analítico formalista adotado tentava-se assegurar uma mais completa vinculação do juiz à lei, subsidiado apenas por uma dogmática alheia a valorações e dados empíricos²⁹⁸.

Com base na norma, justifica o direito de punir como um dos polos subjetivos criados por ela: a partir do momento em que o sujeito culpável não se submete ao mandado de proibição contido na norma, surge o direito do Estado de punir para reintegrar a ordem jurídica violada. A pena para Binding tem função retributiva²⁹⁹ com clara influência hegeliana na proscrição de mediatizar o ser humano em finalidades preventivas.

²⁹⁵ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 14.

²⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan: 2003, p. 584.

²⁹⁷ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**, cit., p. 191.

²⁹⁸ *Ibid*, p. 190.

²⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, op. cit., p. 583.

O conceito de norma em Binding se converte na base da construção do sistema penal e, particularmente, no desenvolvimento da moderna teoria do delito³⁰⁰. É com Binding que surge pela primeira vez o conceito de bem jurídico, a partir das noções de Birnbaum, com contornos estritamente formais³⁰¹.

3.2.3. Franz von Liszt e Ernst Beling

Na década de 1880, notadamente após a publicação do chamado Programa da Marburgo de Franz von Liszt, em 1882³⁰², se desenvolveu e ganhou força uma corrente de estudo do direito penal que, apesar de ser fundada no positivismo científico, formou um conjunto teórico distinto daquele desenvolvido por Karl Binding. Trata-se do que se convencionou chamar de positivismo naturalista, cujos principais representantes foram Franz von Liszt e Ernst von Beling.

O surgimento desta escola acompanhou as transformações políticas e científicas do último terço do século XIX. O desenvolvimento do proletariado urbano que se seguiu à Revolução Industrial e os problemas sociais daí decorrentes demandavam formas de controle que alteraram o caráter do Estado. O Estado liberal clássico já não respondia às demandas por melhoras nas condições de vida existentes e sua transformação era uma necessidade para manutenção do capitalismo industrial e sua ordem. O controle do proletariado era uma medida imperiosa e o Estado precisava intervir³⁰³.

³⁰⁰ Para uma crítica da teoria do delito a partir da teoria das normas de Binding, cf. TAVARES, Juarez, op. cit., p. 14-15.

³⁰¹ Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 100.

³⁰² LISZT, Franz von. **La idea del fin en el Derecho penal**. Tradução Carlos Pérez del Valle. Granada: Editorial Comares, 1995.

³⁰³ Para Santiago Mir Puig, que parte de um conceito hegeliano de Estado, o proletariado exigiu a intervenção na esfera socioeconômica e acabou por receber também a repressão por meio do direito penal. Esta análise, embora traga um sentido histórico raro entre os penalistas, confronta com aquela trazida pelos partidários da economia política da pena, conforme examinaremos no capítulo seguinte. Para a análise do penalista espanhol, cf. MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**, cit., p. 197.

O controle do proletariado demandava não apenas prestações estatais no campo social, como um novo viés para o direito penal, que também passa a ser intervencionista. Era preciso controlar e adaptar o proletariado à realidade do capitalismo industrial europeu, de modo que o direito penal restrito às garantias não daria conta desse papel, era preciso incidir sobre a realidade que se impunha, o que deu azo à ideia de prevenção do delito em suas diferentes formas.

Por outro lado, aquela quadra histórica representava o apogeu das ciências naturais, especialmente pelo efeito causado pelo evolucionismo de Charles Darwin, em 1859. O pensamento amplamente dominante à época equiparava o conceito de ciência à ideia positivista de ciência, e para caracterizar uma atividade como científica era preciso recorrer ao método experimental próprio das ciências da natureza. Assim, o direito penal passou, por um lado, a buscar uma incidência na realidade por meio da prevenção ao delito e, por outro, a incorporar o programa metodológico das ciências naturais no desenvolvimento de suas ideias, as principais características do positivismo naturalista que se formava³⁰⁴.

Ao contrário do positivismo italiano que concentrou seu objeto de estudo na realidade empírica do delito, o positivismo naturalista alemão não abandonou o direito positivo como objeto da dogmática jurídico-penal, o que não significou a ignorância da experiência do fenômeno criminal real. Com efeito, o positivismo naturalista incorporou as questões relativas à criminalidade empírica como parte da ciência total do direito penal (*gesamte Strafrechtswissenschaft*), de modo a conferir destaque à criminologia e à política criminal em um estudo global do fenômeno criminal.

Franz von Liszt foi o mais destacado autor desta corrente de pensamento criminal. O principal motor de seu pensamento e seu programa era a luta contra o delito por meio da reforma penal. Nessa tarefa, abandona o abstencionismo do Estado liberal e adota uma concepção intervencionista do Estado e do direito na tarefa de controle da criminalidade, o que restará nítido em sua concepção de pena.

Conquanto adote esta nova orientação com relação ao papel do Estado, von Liszt não abandona o individualismo liberal e defende a vigência das conquistas representadas pelas garantias liberais. Não há um abandono do liberalismo penal, senão a incorporação de medidas intervencionistas para que os objetivos atribuídos ao direito penal de

³⁰⁴ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**, cit., p. 196-197.

prevenção do crime pudessem ser alcançados. O poder punitivo do Estado segue no pensamento de von Liszt juridicamente limitado, sendo notória a referência do autor ao Código Penal como Magna Carta do delinquente³⁰⁵.

Mora em von Liszt a dualidade do intervencionismo dentro dos limites impostos pelas garantias liberais, que se reflete na metodologia utilizada por ele no estudo da ciência total do direito penal, igualmente dual: a dogmática jurídico-penal adota o método do positivismo jurídico com influência do naturalismo, enquanto o delito e a pena reclamam o empirismo das ciências naturais. À política criminal, que congloba a criminologia e a penologia³⁰⁶, cumpre realizar o combate ao delito, a missão social do direito penal, já que ao direito penal em sentido estrito permanece a função liberal de assegurar a liberdade do indivíduo em face do arbítrio estatal³⁰⁷, o limite infranqueável da política criminal.

Assim, em von Liszt os fundamentos do direito penal constituem a garantia liberal individual em face do arbítrio estatal e a pena como forma de prevenção dos delitos. Para a primeira tarefa, a dogmática jurídico-penal se caracterizava pela exclusão de juízos de valor e adoção de influências da realidade empírica na análise do delito. Para a segunda missão do direito penal, de caráter prático, desenvolve um particular conjunto teórico para atribuir à pena a prevenção da criminalidade.

A pena é caracterizada por von Liszt como coação que se exerce contra a vontade do autor do delito e se perfaz de forma indireta e direta. A coação indireta é a prevenção geral psicológica, a motivação para evitar a prática do delito, ou seja, “a pena proporciona ao autor do delito os motivos que lhe faltam e que são os idôneos para dissuadir-lhe impedindo a prática do delito, e incrementa e fortalece os motivos já existentes.”³⁰⁸ Por meio da pena, a sociedade fortalece motivos sociais e altruístas (correção), bem como também fortalecem motivos egoístas pela intimidação.

Por outro lado, a pena também se manifesta como coação direta, como “sequestro do autor do delito, sua inocuização transitória ou permanente, a expulsão da sociedade

³⁰⁵ Cf. MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**, cit., p. 196-197..

³⁰⁶ LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo Primero. Tradução de Quintiliano Saldaña. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1999, p. 7.

³⁰⁷ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**, cit., p. 200-201.

³⁰⁸ LISZT, Franz von. **La idea del fin en el Derecho penal**, cit., p. 80, tradução nossa.

ou, dentro desta sua internação”³⁰⁹. Nesse caso, a pena funciona como “seleção artificial dos indivíduos socialmente inidôneos” e suas finalidades são a correção, a intimidação ou a inocuização, a depender do tipo de criminoso. Aos delinquentes incorrigíveis, habituais, destina-se a inocuização, se necessário com pena perpétua; aos delinquentes necessitados de correção, esta deve ser a função da pena, mediante educação severa, preferencialmente em pequenas prisões; por fim, aos delinquentes ocasionais, para quem o delito foi um erro meramente episódico, a pena deve-se limitar a restaurar a autoridade da lei violada por meio da intimidação, com contundente advertência ao autor do fato por meio de uma prisão mais branda, restrição de direitos e, eventualmente, multa³¹⁰.

A retribuição é rejeitada por uma teoria da pena preocupada com seus fins. A pena é prevenção mediante repressão e repressão mediante prevenção³¹¹. A pena privativa de liberdade ganha de forma declarada a centralidade do sistema penal, “chamada a ocupar o primeiro e mais eminente lugar no sistema penal”³¹², por ser mais apropriada que qualquer outra a atingir os fins a ela atribuídos pela ciência penal.

Ao lado de Franz von Liszt, Ernst Beling representou o positivismo naturalista na dogmática penal alemã. Imbuído de semelhantes propósitos e receptor das influências que caracterizaram sua escola, Beling teve maior destaque na dogmática penal, de maneira especial na teoria do delito que ajudavam a consolidar e sistematizar. A ele se deve a elaboração do conceito de tipo como categoria da teoria do delito.

Em seu *Esquema de Direito Penal*³¹³, Beling consagra uma forma expositiva que raramente seria abandonada em obras de caráter geral, como manuais e tratados de direito penal: um breve início sobre os fundamentos do direito penal, seguido de um longo e aprofundado estudo dogmático da teoria do delito.

Para Beling, o direito penal é o conjunto de preceitos jurídicos por meio dos quais se determina quando, como e sob que condições prévias deve alguém sofrer uma pena, a

³⁰⁹ LISZT, Franz von. **La idea del fin en el Derecho penal**, cit., p. 81, tradução nossa.

³¹⁰ LISZT, Franz von. **La idea del fin en el Derecho penal**, cit., p. 90.

³¹¹ *Ibid*, p. 93.

³¹² *Ibid*, p. 82.

³¹³ BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo**. Tradução Sebastián Soler. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002.

regulação da punibilidade³¹⁴. O pressuposto de direito penal como garantia do cidadão frente ao poder estatal é um pressuposto por ele idealizado, tal qual von Liszt.

Ao contrário de von Liszt, porém, Beling não apresenta originalidade ao abordar as funções da pena. Após definir a pena como um sofrimento que o ordenamento jurídico faz seguir a um determinado fato ilícito para seu autor³¹⁵, Beling discorre sobre o conjunto de teorias da pena existentes, das diversas formas de retribuição às teorias que conferem um viés preventivo à sanção penal, além de já apontar para teorias unificadoras ou sincréticas da pena.

A influência do iluminismo se vê presente em seu pensamento: ao discorrer sobre a formação histórica do atual direito penal, atribui a humanização ao período das Luzes. Reconhece as ideias iluministas como as responsáveis pela substituição gradual de um sistema punitivo de barbárie para um mais humano representado pelas prisões. A desaparecimento das penas de mutilação, açoites e desterro deu lugar à pena privativa de liberdade como forma punitiva central dos modernos meios penais³¹⁶.

Estabelecidas as matrizes teóricas do direito penal moderno, foi no campo da teoria do delito que o positivismo naturalista mais se destacou. A teoria do delito se consolidou de forma sistemática a partir da construção dos dois autores, que formaram o que se convencionou denominar como sistema Liszt-Beling de delito ou sistema clássico. O fundamento do referido sistema reside no conceito natural de ação, derivado da influência positivista das ciências naturais. Para os autores, a ação é um movimento corpóreo voluntário que produz uma alteração no mundo exterior³¹⁷. Trata-se de um conceito valorativamente neutro que serve como elemento geral, um substantivo ao qual se agregam os atributos legais da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade³¹⁸.

Com base no conceito causal naturalista de ação, o delito fica dividido entre elementos objetivos e subjetivos, os primeiros representados pela tipicidade, descrição objetiva e neutra do desenrolar de uma conduta prevista na lei penal, e pela antijuridicidade, caracterizada objetivamente pela ausência de causas de justificação; os

³¹⁴ BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo**, *cit.*, p. 19.

³¹⁵ *Ibid*, p. 21.

³¹⁶ BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo**, *cit.*, p. 27.

³¹⁷ Cf. *Ibid*, p. 42.

³¹⁸ Cf. TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**, *cit.*, p. 17.

elementos subjetivos, por sua vez, concentram-se nas formas de dolo ou culpa, uma concepção psicológica de culpabilidade.

Com o positivismo naturalista se consolida o conceito analítico de crime, vigente até os dias atuais como ação típica antijurídica e culpável. As principais transformações no pensamento penal alemão ao longo do século XX, motivadas por diversas influências político-filosóficas, ocorreram no campo da teoria do delito. Os fundamentos do direito penal de garantia contra o arbítrio estatal e a pena como resposta legítima à conduta criminosa seguiram vigentes com poucas alterações significativas.

3.2.4 Max Ernst Mayer e Edmund Mezger

A partir da década de 1920, a insuficiência do positivismo implicou alterações na compreensão da dogmática jurídico-penal, que foram levadas a efeito com a adoção metodológica do neokantismo que se afirmava no campo da filosofia. No âmbito jurídico, o direito penal foi pioneiro na revisão realizada sobre o pensamento positivista, em especial porque um dos seus expoentes, Gustav Radbruch³¹⁹, além de penalista, era filósofo do direito, tendo sido um dos primeiros estudiosos do neokantismo na esfera jurídica³²⁰. Além de Radbruch, Max Ernst Mayer e Edmund Mezger foram significativos representantes daquilo que se convencionou chamar de escola neoclássica do delito, em contraposição à clássica, de Franz von Liszt e Ernst Beling.

O rechaço do pensamento positivista no direito foi reflexo de semelhante movimento no campo da filosofia em geral em reação ao sentimento antifilosófico que havia inspirado a segunda metade do século XIX. Ao lado do historicismo, o neokantismo constituiu uma reação ao positivismo que queria modificar o conceito de ciência, até então radicalmente vinculado ao empirismo das ciências naturais. Havia a necessidade de qualificar também como científicas as ciências humanas, sem que para tanto tivesse que

³¹⁹ Cf. RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

³²⁰ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**, cit., p. 207.

se recorrer às características das ciências da natureza nem adotar seu rigorismo metodológico.

Não há, com efeito, um abandono real do positivismo, senão uma alteração metodológica. A mesma matéria empírica, fenomênica, requeria uma análise a partir de categorias *a priori*, específicas das ciências humanas. Não era o objeto propriamente dito que se alterava, pois seguia como matéria fenomênica, senão as categorias de análise desse objeto³²¹. Enquanto o método positivista concentrava-se em observar e descrever, o neokantismo trouxe às ciências humanas as tarefas de compreender e valorar.

No âmbito do direito penal, o neokantismo foi responsável por introduzir elementos teleológicos, bem como reformar a teoria do delito ao introduzir aspectos valorativos e subjetivos em seus elementos constitutivos. O neokantismo complementou o positivismo naturalista sem alterar seu objeto, mas agregando aspectos até então ignorados em razão do método positivista, que foram trazidos pela valoração das ciências hermenêuticas³²².

Assim, os elementos do conceito analítico de delito foram complementados em sua configuração, que manteve as origens positivistas com uma revisão neokantiana na qual o naturalismo passou a conviver com juízos de valor. O conceito de ação permanece causal, pois do ponto de vista empírico é como ela se apresenta, bem como se conserva a estrutura do delito em ação típica, antijurídica e culpável. Além disso, seguem na culpabilidade o dolo e a culpa, a confirmar que o objeto de análise dogmática segue o mesmo em sua estrutura fundamental.

A compreensão valorativa deste objeto, no entanto, proporcionou alterações em sua concepção analítica. A ação, embora causal, é redefinida como realização da vontade³²³ ou conduta humana³²⁴, a fim de possibilitar outras formas da atividade fundamentadora de um fato punível, especialmente o crime omissivo, cuja configuração no sistema Liszt-Beling era de todo inadequada. O tipo passa a ser determinado em alguns casos por seu significado axiológico, deixando de ser meramente descritivo e objetivo, e

³²¹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**, cit., p. 213.

³²² Cf. TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**, cit., p. 41.

³²³ MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal**: parte general. Tradução de Sergio Politoff Lifschitz. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 130.

³²⁴ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**: parte general. Tradução de Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 86.

a antijuridicidade agrega o injusto material como dano social, conferindo materialidade ao elemento que no sistema anterior era meramente formal. O tipo passa a ser tipo de injusto, um momento típico da antijuridicidade, a expressão do ilícito penal³²⁵, tanto que Edmund Mezger passa a conceituar o delito como ação tipicamente antijurídica e culpável³²⁶. A culpabilidade, por sua vez, passa a conter elementos normativos, como a inexigibilidade de conduta diversa, embora mantenha elementos da teoria psicológica, tal qual o dolo, agora como elemento psicológico-normativo³²⁷.

Estas, dentre outras, foram alterações³²⁸ adotadas em razão do novo marco filosófico neokantista que foi acolhido pela doutrina penal do período. Todavia, os fundamentos gerais de existência e legitimação do direito penal aqui explorados seguiram reproduzidos sem significativas observações pelos autores.

Max Ernst Mayer defende a dupla função de garantia da lei penal, que seria ao mesmo tempo uma garantia para os súditos do Estado e dos súditos em face do Estado. A primeira garantia seria a fornecida pelo direito penal ao tutelar e salvaguardar os bens jurídicos fundamentais por meio da pena, enquanto a segunda é representada pela proteção do indivíduo em face do arbítrio estatal, materializado nos princípios da “Grande Revolução”, como o autor se refere à revolução francesa³²⁹.

No que se refere à pena, discorre com relativa profundidade sobre suas vertentes retributivas, preventivas e unificadoras. Destaca, inicialmente, que a ênfase dada às teorias da pena como fundamento do direito penal, no capítulo primeiro e básico dos livros, confere um significado maior do que realmente têm tais teorias, pois “uma teoria do direito penal deve ser uma teoria de normas”³³⁰. Assim, ele excepciona a tradicional forma de exposição e, embora traga a ideia de dupla garantia nas primeiras páginas da obra, deixa propositalmente para o final o aprofundamento das teorias da pena.

³²⁵ Cf. TAVARES, Juarez, op. cit., p. 44. Não é, dentro dessa escola, unânime tal concepção, pois para Mayer há uma função indiciária da antijuridicidade do tipo, enquanto em Mezger ele é a fundamento real e de validade da antijuridicidade (*ratio essendi*).

³²⁶ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**, cit., p. 80.

³²⁷ Cf. TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**, cit., p. 48.

³²⁸ Cf. *Ibid*, p. 41 et seq; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002, p. 219 et seq.

³²⁹ MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal**, cit., p. 25 et seq.

³³⁰ *Ibid*, p. 516, tradução nossa.

Para Mayer, a essência da pena reside na ideia de retribuição, e seu significado jurídico reside apenas nesse aspecto. A pena em si é, portanto, retribuição, já que “uma instituição jurídica não pode ser definida por sua finalidade³³¹”. A pena é definida como “aquela consequência jurídica do delito através da qual se exerce a retribuição, naturalmente, pelo Estado ao delinquente, em razão da violação do Direito”³³². Já as teorias relativas, preventivas, são fundamentos de política criminal atribuídas à pena. Discorre o autor sobre a prevenção geral intimidatória, que se exerce pela ameaça penal, mas sobretudo por sua efetiva execução, já que “o temor frente à ameaça penal depende muito menos da magnitude do mal da pena e muito mais da segurança de ser descoberto pela polícia criminal”³³³.

Mayer discorre ainda sobre a prevenção especial, resgatando em boa parte o Programa de Marburgo de Franz von Liszt, e destaca as teorias unificadoras da pena, que para ele não podem ser legitimadas por uma forçada unificação de contradições irreconciliáveis das diversas teorias da pena, mas sim distribuídas em diferentes funções e tarefas. Não há, contudo, na exposição de Mayer qualquer inovação significativa nos fundamentos do direito penal, seja pelas transformações da sociedade, seja pela adoção de um novo paradigma filosófico, que transformou apenas a dogmática da teoria do delito, o objeto central de seu direito penal.

Por sua vez, Mezger também enfatiza o direito penal como garantia do cidadão em face do Estado, que tem sua origem nos princípios da época das luzes³³⁴. Para o autor, “o direito penal penetra tão profundamente na liberdade, honra, patrimônio e na vida mesma dos homens, que se apresenta a necessidade imperiosa de circundar sua ação com garantias especiais.”³³⁵

No que concerne à pena, Mezger reconhece que ela é retributiva, mas destaca sua finalidade essencialmente preventiva. Para ele, a pena tem finalidade de prevenção geral, de atuação pedagógico-social sobre a coletividade, e especial, tanto por meio da

³³¹ MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal**, cit., p. 523, tradução nossa.

³³² *Ibid*, p. 524, tradução nossa.

³³³ *Ibid*, p. 529, tradução nossa. Mayer deixa clara igualmente sua defesa da ideia de que as penas foram humanizadas a partir da Ilustração, tendo como resultado a pena privativa de liberdade na centralidade deste sistema humanitário.

³³⁴ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**, cit., p. 40.

³³⁵ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**, cit., p. 62, tradução nossa.

inocuidade, que gera segurança para a sociedade, quanto por meio da correção do criminoso e outras medidas que exemplifica para o cumprimento da pena. Para Mezger, não há contradição em atribuir todos esses fins à pena, que os pode cumprir sem maiores antinomias³³⁶. Não há igualmente em Mezger maiores inovações quanto aos fundamentos do direito penal, que são reproduzidos sem maiores problematizações acerca de sua realização prática.

3.2.4 Hans Welzel

A partir da década de 1930, tem início uma reação à doutrina causal no direito penal por meio de uma corrente liderada por Hans Welzel, o finalismo penal. No apogeu do neokantismo, Welzel inicia a elaboração filosófica que dará corpo a profundas transformações no direito penal, em discussão até os dias de hoje.

O subjetivismo metodológico e o relativismo valorativo da filosofia neokantista³³⁷ foram combatidos pelo objetivismo metodológico do finalismo, com suas verdades eternas e estruturas lógico-objetivas. A mudança de paradigma filosófico para o finalismo de metodologia ontológica refletiu na dogmática da teoria do delito de maneira grandiosa, alterando por completo a configuração dos elementos constitutivos do conceito analítico de delito.

O reflexo da epistemologia ontológica do finalismo na teoria do delito se verificou especialmente no conceito final de ação e na culpabilidade como juízo de reprovação por exigibilidade de conduta diversa da tida como criminosa. Enquanto as ciências da natureza contemplam a realidade em seu aspecto causal, as ciências humanas, como o direito, devem trabalhar com ações igualmente humanas, que são caracterizadas pela finalidade da conduta. O conceito causal naturalístico da ação é insuficiente, de modo que a dogmática penal deve observar sobretudo a especificidade da ação humana, que é uma ação orientada a uma finalidade.

³³⁶ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**, cit., p. 370 et seq.

³³⁷ Cf. MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**, cit., p. 226 et seq.

A ação final é um conceito pré-jurídico, uma estrutura lógico-objetiva, tal qual a possibilidade de atuar de outra forma, ancorada na essência humana como ser responsável caracterizado pela capacidade de autodeterminação final de sentido³³⁸. A dogmática jurídico-penal deve trabalhar com categorias que são pressupostas, que transcendem até mesmo o direito positivo, pois estão radicadas na natureza das coisas, de modo que a elaboração da teoria do delito deve respeitar as exigências impostas pelas estruturas lógico-objetivas.

A partir do novo paradigma filosófico, todos os elementos constitutivos do conceito analítico de crime sofreram transformações. O conceito final de ação foi desde o princípio posto como base do sistema do delito, um elemento de ligação de todas as suas categorias. Diverso do conceito causal, que destaca o impulso e se preocupa com sua condição de causa do resultado, a ação é definida por Welzel como exercício da atividade final³³⁹. Com prévio conhecimento causal, o agente pode dirigir seu comportamento à consecução do fim desejado. Trata-se de uma conduta dirigida a um objetivo, tendo como motor a vontade do agente, e que é realizada em dois momentos, primeiro no plano intelectual ao antecipar o fim desejado, selecionar os meios para alcançá-lo tendo em consideração os efeitos concomitantes, e depois com a realização da ação efetivamente no mundo real.

Como decorrência da ação final, o dolo e outros elementos subjetivos do injusto passam a figurar no tipo, que tem como função caracterizar a ação em todos seus elementos essenciais para a punibilidade³⁴⁰. O dolo como pura realização da vontade se destaca da consciência da ilicitude, que se converte em fator central da culpabilidade. Como consequência, a forma de análise do erro também se reparte em erro de tipo, a excluir o dolo, e o erro de proibição, que se verifica na ausência de potencial consciência da antijuridicidade.

Assim como na tipicidade há elementos subjetivos e objetivos, o mesmo ocorre na antijuridicidade finalista, que abarca elementos subjetivos de justificação, como a vontade de se defender no caso da legítima defesa. A culpabilidade, por sua vez, é concebida como um puro juízo de reprovação sobre o autor, por haver se omitido da ação

³³⁸ Cf. MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**, cit., p. 227.

³³⁹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Parte General. 11. ed. Tradução Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 53.

³⁴⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, cit. p. 227.

ilícita, ainda quando pudesse fazê-lo. A culpabilidade se assenta, portanto, na falta de autodeterminação conforme o sentido de um sujeito que era capaz de agir de outro modo, que se omite com relação à condução por impulsos contrários ao valor³⁴¹. O juízo de culpabilidade em Welzel compõe-se da imputabilidade (capacidade de culpabilidade), da possibilidade da consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta adequada à norma³⁴².

As profundas transformações na dogmática do delito levadas a cabo pela adoção de um novo substrato filosófico fundamentador, não trouxeram, contudo, grandes alterações no conteúdo dos fundamentos do direito penal. O pensamento de Welzel parte da distinção entre as formas de valoração da conduta humana. Para ele, toda ação humana pode ser valorada conforme o resultado que origina (valor de resultado ou material), ou independentemente dele, conforme o sentido da atividade como tal (valor da ação). Ao direito penal incumbe impedir o desvalor do resultado mediante a punição do desvalor do ato, com o objetivo de assegurar a vigência dos valores de ação ético-sociais de caráter positivo³⁴³.

Welzel atribui maior relevância ao conteúdo do desvalor do ato do que ao desvalor do resultado, característica central do novo sistema de delito estruturado sobre a teoria da ação final no qual a ação que produz a infração a um dever ganha maior relevância jurídico-penal do que a causação de um resultado. Para Welzel, a missão central do direito penal é assegurar a vigência inquebrantável dos valores de ação conforme o direito, que constituem o substrato ético-social positivo das normas jurídico-penais³⁴⁴.

Trata-se, aqui da construção original daquilo que se convencionou, posteriormente, a chamar de prevenção geral positiva³⁴⁵, segundo a qual a atuação do direito penal e a conseqüente punição das ações desleais à consciência jurídica criam uma tendência comportamental constante com a defesa dos referidos valores ético-sociais.

A prevenção geral negativa e a proteção de bens jurídicos são consideradas por ele conseqüências secundárias da aplicação do direito penal, uma vez que, em geral,

³⁴¹ Cf. TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**, cit., p. 77.

³⁴² WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**, cit., p. 214 et seq.

³⁴³ *Ibid*, p. 11-12.

³⁴⁴ *Ibid*, p. 12.

³⁴⁵ Cf. CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**, cit., p. 117 et seq.

quando este efetivamente atua “já é tarde demais”³⁴⁶, pois os bens jurídicos já foram violados. Assim, a prevenção da criminalidade como fundamento primário de existência do direito penal é realizada primordialmente ao assegurar a vigência dos valores ético-sociais que formam a consciência jurídica e o sustentáculo do Estado e da sociedade.

Para Welzel, a única maneira de assegurar a proteção de bens jurídicos de forma permanente e eficaz se dá por meio da garantia dos valores ético-sociais que permeiam a conduta humana:

Mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência (observância) dos valores de ação da consciência jurídica; estes constituem o fundamento mais sólido que sustenta o Estado e a sociedade. A mera proteção de bens jurídicos tem só um fim preventivo, de caráter policial e negativo. Pelo contrário, a missão mais profunda do Direito Penal é a natureza ético-social e de caráter positivo.³⁴⁷

Além de prevenir o delito, cumpre ao direito penal evitar a arbitrariedade e o acaso na punição levada a efeito pelo Estado³⁴⁸, papel realizado pela previsão de princípios limitadores da atuação punitiva³⁴⁹, como pela sistematização realizada pela dogmática jurídico-penal, que confere previsibilidade à aplicação da lei penal.

A despeito de um novo sentido conferido à teoria preventiva da pena, os fundamentos do direito penal em Hans Welzel seguiram aqueles reproduzidos pelos seus antecessores de garantia do indivíduo e prevenção do delito. Tais lições seguiram até a década de 1970 em seus livros, fiéis à filosofia finalista, mas sem dados da realidade concreta em um período em que a crítica da pena já se mostrava avançada.

³⁴⁶ WELZEL, Hans, op. cit., p. 13.

³⁴⁷ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**, cit., p. 13, tradução nossa.

³⁴⁸ *Ibid*, p. 11.

³⁴⁹ *Ibid*, p. 35 et seq.

3.2.5 Claus Roxin

Não obstante as importantes inovações do finalismo na estrutura do delito, sua fundamentação metodológica no ontologismo e as respostas insatisfatórias para a solução de problemas concretos diante do seu rigor sistemático mobilizaram o pensamento penal em busca de novos paradigmas teóricos.

De todo o pensamento penal pós-finalista, o autor que melhor representou a ruptura e que mais influência exerceu na tradição jurídico romano-germânica, e ainda exerce até os dias atuais, foi Claus Roxin. O autor propõe orientar a dogmática jurídico-penal para a solução efetiva de problemas políticos e sociais ao vincular a estrutura do delito à política criminal³⁵⁰. No seio de sua construção teórica, Roxin intenta superar as deficientes soluções práticas da dogmática penal finalista e adota o pensamento problemático, tópico.

Roxin cria um sistema de delito aberto a decisões político-criminais, um sistema teleológico-racional que confere inovações específicas em cada uma das categorias sistemáticas da teoria do delito. Com isso, Roxin tenta combinar a necessária abertura para os fins político-criminais com a segurança jurídica de um sistema de delito consistente.

A tipicidade³⁵¹ recebe um significado político-criminal de garantia do princípio da legalidade na restrição interpretativa e fragmentariedade do direito penal, com adoção, ainda, do princípio da adequação social, idealizado por Welzel, e do princípio da insignificância, desenvolvido pelo próprio Roxin na tentativa de excluir do tipo condutas que não violem materialmente o bem jurídico. O autor propõe ainda critérios objetivos de imputação fundados na ideia de risco³⁵², que transformaram a teoria do delito. Por outro

³⁵⁰ Cf. ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, *passim*.

³⁵¹ Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña et al. 2. ed. Madrid: Civitas, 2003, p. 275 et seq.

³⁵² Cf. *Ibid*, p. 342 et seq.

lado, as causas de justificação³⁵³ que excluem a antijuridicidade servem para a resolução social de conflitos concretos, e não apenas para descrever ações ou infração de deveres.

A culpabilidade³⁵⁴ é ressignificada com a incorporação político-criminal dos fins da pena, de modo que as causas de exclusão da culpabilidade ultrapassam a relação com a inexigibilidade de conduta diversa para incorporar casos em que a ideia de prevenção, geral ou especial, também a eliminam. A culpabilidade passa a ser funcional e congrega a ideia de necessidade preventiva integrando um novo conceito de responsabilidade, de modo a despir-se da ideia de elemento fundamentador da pena para se apresentar como um limite superior de sua determinação.

Com relação aos fundamentos do direito penal, Roxin é um legítimo expoente do liberalismo penal. Insere o direito penal na lógica do Estado democrático e social de direito e constrói todo seu arcabouço teórico em bases declaradamente liberais e democráticas. Nessa esfera, é marcante sua defesa das garantias liberais, notadamente a legalidade³⁵⁵, além da preocupação de elaborar um discurso no qual a dogmática jurídico-penal serve à proteção do cidadão diante de arbitrariedades estatais. As transformações na teoria do delito acima descritas vão ao encontro dessas ideias de trazer soluções mais justas e adequadas do ponto de vista das garantias penais.

No que se refere à teoria da pena, Roxin adota uma teoria unificadora exclusivamente preventiva. Com efeito, a teoria unificadora de Roxin reúne as teorias preventivas em uma relação pretensamente dialética entre prevenção geral e especial, rechaçando qualquer ideia de pena como retribuição.

Para Roxin as normas penais somente estão justificadas quando se destinam à proteção da liberdade individual e a uma ordem social a seu serviço, de modo que as teorias retributivas não seriam condizentes com um discurso liberal e democrático. Para ele, esta tarefa de garantir a liberdade individual e, ao mesmo tempo, proporcionar um bem para toda a sociedade somente pode ser alcançada pelas teorias preventivas.

Os fins preventivos da pena para Roxin devem ser alcançados conjuntamente, ou seja, a pena deve ter concomitantemente fins preventivos gerais e especiais, uma vez que os fatos delitivos podem ser evitados tanto por meio da influência sobre o particular como

³⁵³ Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**, cit., p. 554 et seq.

³⁵⁴ Cf. *Ibid*, p. 788 et seq.

³⁵⁵ Cf. *Ibid*, p. 134 et seq.

sobre a coletividade, sendo ambos os fins igualmente legítimos para tanto³⁵⁶. Segundo sua ideia unificadora, a busca simultânea dos fins preventivos especiais e gerais, em regra, não ocasiona problemas do ponto de vista prático, pois podem ser explorados de forma eficaz em uma sentença criminal na qual se pretendam ambas as finalidades³⁵⁷.

Roxin admite que há casos em que os fins da pena entram em conflito, especialmente quando os fins preventivos exigem quantidades distintas de pena³⁵⁸, o que faz com que a prevenção especial deva prevalecer, desde que se garanta um “mínimo preventivo-geral”³⁵⁹, de modo que a prevenção geral não anule a especial e ao mesmo tempo garantiria a confiança no ordenamento jurídico.

A pena, portanto, exerce o papel de prevenção geral e especial, que de forma unificada acaba por superar os efeitos negativos que cada uma apresenta individualmente, ou seja, a unificação das ideias de coação psicológica, garantia da norma e melhora do indivíduo acaba por superar as críticas que cada uma delas recebe quando defendidas isoladamente, em uma espécie de unificação positiva que só defende os aspectos positivos de cada uma das teorias preventivas.

Ao mesmo tempo que cria um sistema de delito aberto à política criminal e defende que a elaboração teórica do direito penal não pode prescindir do apoio de outras áreas do conhecimento, Roxin, em essência, reproduz os mesmos fundamentos seculares do direito penal moderno: garantia em face do arbítrio do Estado e prevenção da criminalidade em benefício da sociedade.

O autor mais influente do pensamento penal contemporâneo nos países que adotam o sistema romano-germânico tentou refundar o direito penal moderno com as mesmas bases de sua origem iluminista. Roxin constrói um arcabouço teórico em que funda os elementos dogmáticos do delito a partir dos fins da pena, os mesmos que são secularmente atribuídos como fundamento do direito penal.

³⁵⁶ Cf. CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**, cit., p. 58 et seq.

³⁵⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal**, cit., p. 95.

³⁵⁸ *Ibid*, p. 96.

³⁵⁹ *Ibid*, p. 97.

3.3 – A doutrina penal brasileira

3.3.1 – A reprodução dos fundamentos do direito penal moderno

O pensamento penal brasileiro ao longo da história não se caracterizou por maiores inovações com relação aos fundamentos do direito penal. Na trilha seguida por países que foram colonizados, a doutrina penal brasileira teve como prática tradicional a reprodução do pensamento europeu³⁶⁰. Apesar do brilhantismo intelectual dos autores, não se pode dizer que o pensamento penal brasileiro ao longo de sua história tenha produzido grandes formulações dotadas de originalidade no que toca aos fundamentos do direito penal.

Com maiores ou menores apontamentos críticos, que igualmente constituem reprodução das críticas já formuladas em solo europeu, a doutrina penal brasileira apresentou os fundamentos do direito penal da mesma forma que o pensamento penal europeu, ou seja, cá como lá os fundamentos são idênticos.

No período imperial, as obras de caráter geral eram dedicadas a anotações ao Código Criminal de 1830³⁶¹, sem maiores aprofundamentos teóricos sobre os fundamentos do direito penal. Extraí-se, no entanto, das *Lições de direito criminal*, de Braz Florentino Henriques de Souza, uma breve consideração do princípio da legalidade como garantia da liberdade civil e segurança pessoal que não poderiam restar “à mercê

³⁶⁰ Não raro, a reprodução se deu com deficiências claras, como no caso do finalismo. Nesse sentido, cf. CAMARGO, Beatriz Corrêa. O finalismo no direito penal brasileiro, cit., p. 103 et seq.

³⁶¹ Cf. TINÔCO, Antonio Luiz. **Código Criminal do Império do Brasil anotado**. Rio de Janeiro: Imprensa Industrial, 1886; ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoreticas e praticas ao código criminal**. 2v. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1870.

dos caprichos de um legislador arbitrario e tyranico”³⁶², e outra breve consideração de que o fim da lei penal é manter a paz pública³⁶³.

Sob o regime republicado, foi sob a pena de Galdino Siqueira que a temática dos fundamentos do direito penal ganhou maior desenvolvimento em uma obra de caráter geral³⁶⁴. Ao iniciar os comentários sobre o art. 1º do Código Penal de 1890, adverte que é preciso, primeiro responder “as duas questões fundamentaes do direito repressivo — *porque se pune e a quem se pune*”. Com base nos escritos europeus do início do século, Siqueira segue o padrão tradicional de exposição sobre a pena: um mecanismo natural e eterno de garantia da convivência humana, que ao longo do tempo é cada mais humanizado:

Em todos os tempos e em todos os povos, a pena ou um subrogado da pena é um facto constante, evoluindo sempre com o mesmo character, a principio como sancção de quasi todas as relações jurídicas, moraes e religiosas, indistinctamente englobadas, e depois restringindo-se, com a differenciação dessa relações, a determinadas relações jurídicas, abrandando-se successivamente, em correspondência com o estado social da communhão, tornando-se mais humana, mais individual.³⁶⁵

Em seguida, discorre o autor sobre as teorias absolutas, relativas e mistas, e defende que o agente é punido pelo mal que fez e para que se abstenha de cometer novos

³⁶² SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Lições de Direito Criminal**. 2. ed. Recife: Livraria Economica de José Nogueira de Souza, 1872, p. 4.

³⁶³ *Ibid*, p. 5.

³⁶⁴ Registre-se que décadas antes um breve e importante ensaio sobre a teoria da pena foi publicado por Tobias Barreto, no qual identifica o caráter político da pena. Cf. BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir. **Revista dos Tribunais**, n. 727, 1996, p. 650 et seq., originalmente publicado em Estudos de direito; Rio de Janeiro, Laemmert & C. Editora, 1. ed., 1892, p. 161-179. Esse texto é ainda hoje objeto de referência positiva por Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, op. cit., p. 109. Observe-se, por fim, que na obra de outro penalista relevante do período, Antonio José da Costa e Silva, os fundamentos do direito penal – para ele, a garantia da liberdade individual e prevenção geral e especial - foram apenas mencionados, mas não teoricamente desenvolvidos. Cf., COSTA E SILVA, Antonio José. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930, p. 1 e 54.

³⁶⁵ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**: (segundo o o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência). Brasília: Senado Federal, 2003, p. 22. Trata-se de fac-símile da edição original de 1932.

males, mas a legitimidade da pena está assentada na observância dos princípios da culpabilidade, proporcionalidade e se reprime uma conduta moralmente repreensível³⁶⁶. Ressalta, ainda, que o direito penal não pode incidir violando os direitos dos indivíduos aos quais aflige um sofrimento³⁶⁷, registrando sua defesa das garantias do cidadão em face do Estado.

Após a edição do Código Penal de 1940, consolida-se a doutrina penal brasileira com o trabalho dos seus tradicionais comentadores. Nelson Hungria inicia seus comentários ao Código Penal de 1940 fincando o liberalismo como fundamento do direito penal. Hungria reproduz, apoiando-a, a célebre passagem de Franz von Liszt do Código Penal como a Magna Carta do delinquente e, ao discorrer sobre o princípio da legalidade, reforça com profundidade sua adesão aos princípios políticos liberais que representam um “anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado”³⁶⁸. Para Hungria, o direito penal tem na prevenção do delito um dos fins políticos da pena e cumpre o papel de garantia contra o arbítrio estatal:

Um direito penal fora ou além das leis não seria um avanço, mas um recuo da civilização jurídica. Seria uma contramarcha aos crepusculares tempos medievais, em que o indefinido arbítrio judicial escreveu páginas que ainda hoje envergonham a humanidade. Ao invés dos textos legais, haveria livre ensejo para os preconceitos pessoais, o unilateralismo de opinião, a heterogeneidade dos critérios, o espírito sectarista, os palpites de cada juiz na formação do direito, o parcialismo da justiça. Ao invés da segurança dos prévios “moldes” penais, os erros de apreciação, a diversidade dos julgamentos, os ódios pessoais ou partidários, os caprichos da prepotência, o íncubo das paixões de momento, as sentenças inspiradas na covardia ou servilismo em face dos governantes ou, o que é pior, em face da desorientada opinião pública.³⁶⁹

³⁶⁶ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**, cit., p. 33.

³⁶⁷ *Ibid*, p. 32.

³⁶⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I, tomo 1. Arts. 1º a 10. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 14.

³⁶⁹ *Ibid*, p. 24-25.

Roberto Lyra, por sua vez, foi o comentarista dos artigos do Código Penal de 1940 relativos à pena. Para ele, a pena é uma necessidade de defesa social inquestionável, motivo pelo qual é mesmo inútil perquirir sobre sua legitimidade³⁷⁰. Após registrar sua concepção de direito penal como meio de defesa da sociedade, Lyra realiza a tradicional exposição das teorias da pena em absolutas, relativas e mistas ou unificadas, as quais os “professores foram forçados a classificar”³⁷¹. Para ele, as discussões sobre os fundamentos do direito penal e sua legitimidade remetem ao século XVIII e já estão mais do que consolidadas, de modo que retomá-las seria “um convite às abstrações inconsequentes”, um desvio do “pensamento jurídico de suas missões práticas e diretas, cada vez mais urgentes, mais importantes, mais difíceis.”³⁷² Ainda assim, realiza o tradicional percurso de exposição de todas as teorias da pena.

A influência do tecnicismo jurídico italiano nos primeiros comentaristas do Código Penal de 1940 era proeminente. Com o objetivo de trilhar o caminho do positivismo jurídico e do paradigma dogmático no direito penal, Nelson Hungria proclamou sua “doutrina Monroe”: “o direito penal é para os juristas, exclusivamente para os juristas.”³⁷³ Afastava-se o auxílio de outras ciências humanas e o objeto do direito penal era inteiramente circunscrito ao direito positivo vigente, em uma “ciência penal estritamente jurídica e dogmática”³⁷⁴. Em razão desse movimento teórico não se observam elaborações mais profundas sobre os fundamentos do direito penal pelos comentaristas acima citados.

Outro autor que conferiu grande destaque à defesa social como função primordial desempenhada pelo direito penal foi Aníbal Bruno, para quem o Estado, ao condenar rigorosamente os criminosos, garante a “segurança e continuidade das condições de convivência.”³⁷⁵ Para o penalista pernambucano, a pena tem caráter aflitivo e retributivo e atua de forma preventiva em seus diversos aspectos, uma vez que o direito penal exerce

³⁷⁰ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Vol. II. Arts. 28 a 74. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 25.

³⁷¹ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**, cit., p. 26.

³⁷² *Ibid*, p. 25.

³⁷³ HUNGRIA, Nelson. **Novas questões jurídico-penais**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1945, p. 15.

³⁷⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**, cit., p. 83.

³⁷⁵ BRUNO, Aníbal. **Penal, Parte Geral, Tomo 3º**: pena e medida de segurança 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 2.

a defesa social “atuando psicologicamente sobre a coletividade ou pelos processos convenientes de ajustamento social sobre o criminoso.”³⁷⁶

Para ele, o direito penal é um sistema jurídico de dupla face, “que protege a sociedade contra a agressão do indivíduo e protege o indivíduo contra os possíveis excessos de poder da sociedade na prevenção e repressão dos fatos puníveis.”³⁷⁷ Um fator comum aos penalistas, mas que geralmente fica implícito em suas obras, é explicitado sem meias palavras por Aníbal Bruno: a pena é uma necessidade universal, de todos os povos em todos os tempos, não é propriamente fruto de necessidades históricas, mas um fato social irrefutável do qual nenhuma nação em tempo algum poderia abrir mão:

A pena é um desses fatos sociais de validade universal, no tempo e no espaço, do qual nenhum povo prescinde e, como observa Maurach, se quiser prescindir se dissolve. A justificação da pena está em sua necessidade, ou, no dizer de Mezger, em ser ela um meio imprescindível para a manutenção de uma comunidade social humana. (...) A persistência da pena em todos os momentos da história dos povos, através das mais variadas expressões, demonstra a imperiosa exigência desse instrumento de defesa social. E aí, como vimos, reside a razão da sua legitimidade.³⁷⁸

A defesa social também ganha papel central nos fundamentos do direito penal em Heleno Cláudio Fragoso. É ela a função básica do direito penal e se exerce por meio da tutela jurídica, ou seja, pela ameaça de sanção jurídica à transgressão de um preceito formulado para evitar dano ou perigo de dano a um bem jurídico. O Estado se vale do direito penal para a preservação do bem comum, e a defesa social se faz através da ameaça penal a todos os destinatários da norma, bem como pela efetiva aplicação de pena ao transgressor³⁷⁹.

³⁷⁶ BRUNO, Aníbal. **Penal, Parte Geral, Tomo 3º**, cit., p. 25.

³⁷⁷ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal, Parte Geral, Tomo 1º**: introdução, norma penal, fato punível. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 33.

³⁷⁸ BRUNO, Aníbal. **Penal, Parte Geral, Tomo 3º**, cit., p. 27-28.

³⁷⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 2-3.

A “tradição democrática e liberal” do direito penal brasileiro é destacada por Fragoso em sua referência pioneira às normas constitucionais, cujas garantias em face do arbítrio estatal são detidamente expostas em suas *Lições de Direito Penal*³⁸⁰. A pena, por sua vez, é exposta em seus tradicionais aspectos retributivos, preventivos e ecléticos, com especial destaque para a prevenção, meio por excelência da defesa social, função básica do direito penal para o autor.

Contudo Fragoso alertava de maneira precursora, nesse tipo de obra voltada ao ensino dessa disciplina, para a crise que se instalava no direito penal de seu tempo e para a qual propunha uma política criminal humanizadora moldada pelos ideais do minimalismo penal:

O sistema de direito penal está hoje em crise. Põe-se em dúvida o efeito preventivo do sistema punitivo, e não é possível emendar o criminoso através da pena. Verifica-se que a prisão necessariamente avilta, deforma a personalidade e corrompe o condenado. O exame da administração da justiça criminal revelou que o sistema atua de forma seletiva, profundamente injusta e opressiva. Há evidente incongruência entre as aparências do magistério punitivo e suas dramáticas realidades. (...) Não se resolve o problema da criminalidade com o Direito Penal. É inútil tentar evitar certas ações tornando-as delituosas.³⁸¹

As preocupações com a humanização do direito penal seguiram especialmente com a promulgação da Constituição da República de 1988. Para os autores contemporâneos, cujas obras foram escritas após a vigente Constituição, o espaço conferido às garantias em face do Estado ganha destaque. Embora o binômio garantia/prevenção seja reproduzido pela doutrina penal contemporânea, em comparação com os autores precedentes, o aspecto constitucional do direito penal é evidenciado nas obras, notadamente pela exposição dos princípios regentes desse campo do direito, que passou a constituir capítulo obrigatório nos manuais a partir de então.

³⁸⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, cit., p. 5 et seq.

³⁸¹ *Ibid*, p. 4-5.

Na obra dos autores contemporâneos, a ideia de defesa social é substituída pela proteção de bens jurídico-penais em uma versão fundamentadora do conceito, que defende a capacidade do direito penal de efetivamente protegê-los³⁸². Tal ideia não difere, em essência, da defesa social, pois confere ao direito penal a capacidade de tutelar efetivamente os bens jurídicos, o que é feito pela prevenção, já que após o crime eles já estarão violados. Proteção de bem jurídico, defesa social e teorias preventivas da pena são noções que caminham juntas, pois é por meio da prevenção do delito que o direito penal protegeria os bens jurídicos e, por consequência, o interesse da sociedade na convivência social harmônica.

Em linha de pensamento semelhante à de Aníbal Bruno quanto aos fundamentos do direito penal moderno, Miguel Reale Júnior encontra seu fundamento na “natureza das coisas”, em sua inafastável necessidade diante da possibilidade de anarquia generalizada e dissolução da sociedade nos moldes modernos:

O poder de punir apresenta-se primeiramente como um dado de realidade inafastável, inquestionado pela sociedade quando são atingidos interesses vitais de sua organização e desenvolvimento, correspondendo a uma exigência sentida não só pela vítima, mas por toda a comunidade, que reconhece a necessidade de uma proteção promovida de forma organizada. (...) Dessa forma, concluo que o poder de punir do Estado é uma decorrência da “natureza das coisas” da vida associativa, que sucumbe na anarquia se não houver uma centralização da produção e imposição de normas sancionadoras, anarquia que atinge não apenas a associação ou o Estado, mas também os consorciados, que ficariam sujeitos, de forma indesejável e perigosa, e sem limites, à ação da força de diversos grupos, inviabilizando-se a co-existência em sociedade.³⁸³

³⁸² Sobre o debate acerca do papel do bem jurídico-penal como fundamentação ou limitação, cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Teoria do Bem Jurídico-Penal**, cit., p. 367 et seq.; TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 198 et seq.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro II**, i. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 215 et seq; CACICEDO, Patrick. Crítica científica de “Legitimação não tradicional da ação penal”: Defensoria Pública e a tutela de direitos por meio do direito penal – uma recusa. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 23, n. 1, 2017.

³⁸³ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 17 e 19-20.

Para Reale Júnior, o exercício da força pelo Estado deve estar sujeito a limites, moldados em um direito penal garantista de ancoragem constitucional para proteção da segurança jurídica e promoção de valores positivos³⁸⁴. Para o autor, a pena tem caráter multifacetado, de fisiologia complexa, que retribui e previne, mas sobretudo se aplica para “impor um castigo a quem merece, pois esta é a única maneira de se fazer valer o valor cuja positividade a lei reconhece.”³⁸⁵

Luiz Regis Prado ressalta que a função primordial do direito penal radica na proteção de bens jurídico-penais essenciais ao indivíduo e à comunidade. Além de ser um instrumento de controle social normativo, Regis Prado assinala o papel de proteção e garantia como a outra face da moeda: o direito penal “fundamenta-se no critério de absoluta necessidade e encontra limitações jurídico-políticas, especialmente nos princípios penais fundamentais.”³⁸⁶

Em capítulos próprios, Luiz Regis Prado discorre sobre os dois aspectos que fundamentam o direito penal moderno: as garantias em face do Estado materializadas nos chamados princípios fundamentais do direito penal, que “operam como fundamento e limite do exercício da atividade punitiva estatal”³⁸⁷, e as teorias dos fins da pena, explanadas em seu molde clássico, qual seja a exposição das teorias retributivas e preventivas, divididas em suas modalidades geral e especial, positiva e negativa, sintetizadas em teorias unificadas. As críticas às teorias da pena seguem a reprodução das amenas críticas europeias, incapazes de conferir uma negação de seu conteúdo, uma vez que, na esteira do pensamento de Claus Roxin, a sua formulação em uma teoria unificada seria capaz de superar os aspectos negativos de cada uma delas vistas isoladamente:

A justificação da pena envolve a prevenção geral e especial, bem como a reafirmação da ordem jurídica, sem exclusivismos. Não importa exatamente a ordem de sucessão ou de importância. O que deve ficar patente é que a pena é uma necessidade social – *ultima ratio legis* -, mas também indispensável para a real proteção de bens jurídicos, missão primordial do Direito Penal. (...) O que resta claramente evidenciado numa análise sobre a teoria da pena é que sua essência não pode ser reduzida a um único ponto de vista, com

³⁸⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 20.

³⁸⁵ *Ibid*, p. 56.

³⁸⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 65.

³⁸⁷ *Ibid*, p. 140 et seq.

exclusão pura e simples dos outros, ou seja, seu fundamento contém realidade altamente complexa.³⁸⁸

Pensamento semelhante é do de Cezar Roberto Bitencourt, para quem o direito penal representa a *ultima ratio* do sistema jurídico para a proteção de bens jurídicos, que é feita pelo caráter preventivo da pena.³⁸⁹ O exercício do poder punitivo deve ser limitado pelos princípios fundamentais de direito penal de um Estado Social e Democrático de Direito, verdadeiras garantias do cidadão em face do Estado que restam abrigadas essencialmente na Constituição da República, que embasa um direito penal que deve ser mínimo e garantista³⁹⁰.

Crítico da pena de prisão³⁹¹, confere à prevenção especial um caráter delimitador, e não fundamentador, da execução da pena³⁹², não despreza uma nova compreensão crítica da prevenção geral negativa³⁹³, mas destaca que considera “mais adequada à realidade do ordenamento jurídico brasileiro a visão integradora formulada pela *teoria da prevenção geral positiva limitadora*”, como afirmação razoável do direito em um Estado constitucional e democrático de Direito³⁹⁴.

Já Guilherme de Souza Nucci segue um padrão de abordagem dos fundamentos do direito penal de maior simplificação, no qual o direito penal é definido sem maiores aprofundamentos sobre suas bases teóricas. O autor dedica um capítulo aos princípios do direito penal, no qual explicita o conteúdo de cada um deles, e outro às teorias da pena, no qual reproduz em breve síntese a retribuição e a prevenção em seus aspectos geral,

³⁸⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 512.

³⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 37-38.

³⁹⁰ *Ibid.* p. 49-50.

³⁹¹ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 155.

³⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, cit., p. 159.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 159-160.

especial, negativo e positivo. Por fim, expõe as ideias “extremadas” do direito penal máximo e do abolicionismo penal, além do garantismo penal como ponto de equilíbrio³⁹⁵.

O padrão de exposição dos fundamentos do direito penal adotado pelo autor é acompanhado por uma série de autores que, a despeito de não encontrarem maiores espaços no ambiente de produção e discussão acadêmica em nível de pós-graduação, figuram entre os de maior venda e mesmo reprodução entre os estudantes de direito no Brasil³⁹⁶.

3.3.2 – A crítica aos fundamentos do direito penal moderno

Em linha diversa e excepcional no conjunto de publicações da espécie, Juarez Cirino dos Santos e Nilo Batista contestam a reprodução tradicional e secular dos fundamentos do direito penal, notadamente no que se refere às funções da pena. Ambos dividem os objetivos ou funções do direito penal em declaradas ou manifestas e latentes ou reais, em posições teóricas verdadeiramente marginais não só no Brasil como nas publicações de caráter geral (manuais) em todo os países do sistema jurídico romano-germânico.

A partir da obra de Eugenio Raúl Zaffaroni em conjunto com Alejandro Alagia e Alejandro Slokar publicada na Argentina³⁹⁷, Nilo Batista publica com os autores uma versão brasileira, ou seja, traduzida e reescrita a partir da obra original, com a devida adaptação ao direito penal brasileiro³⁹⁸.

³⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 371 et seq.

³⁹⁶ Cf. JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1**: parte geral. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 1**: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Os dois livros são os mais adotados pelos cursos de direito no Brasil em pesquisa publicada em 2017. Cf. PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A primeira fase da dosimetria penal: entre os dados de seletividade do controle penal e a realização do princípio da estrita legalidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 136, 2017.

³⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

³⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, cit., *passim*.

Ao contrário da tradição penalista de partir de uma sociedade consensual nos moldes iluministas, para os autores, o Estado se caracteriza por uma disputa interna entre os modelos de Estado de Direito e Estado de Polícia. Muito embora formalmente tenha se consolidado do contexto ocidental uma concepção de Estado de Direito, este convive ao mesmo tempo com um Estado de Polícia, o qual opera em constante tentativa de sua aniquilação. Dentre as manifestações mais significativas do Estado de Polícia dentro do Estado de Direito, está justamente o poder punitivo que atua de modo irracional e ilegítimo³⁹⁹.

Nilo Batista e os autores argentinos entendem que o direito penal liberal tradicional acaba por legitimar o poder punitivo ao explicitarem apenas suas funções declaradas. Tais funções, explicitadas nas teorias retributivas, preventivas e unificadas, são classificadas pelos autores como teorias positivas da pena, na medida em que a defendem como um bem a ser proporcionado pelo Estado para a sociedade ou para determinadas pessoas criminalizadas. Em razão disso, se a pena constitui um bem, o Estado tem o dever e o direito de utilizá-la quantas vezes julgar necessário e conveniente⁴⁰⁰.

Para os autores, há uma diferença entre as funções manifestas (ou declaradas) e as reais (ou latentes) da pena, pois elas carregam consigo não só os papéis que as teorias da pena afirmam que elas exercem, senão que são inseparáveis de sua compreensão igualmente as funções que realizam na sua manifestação concreta para além daquilo que é declarado no plano discursivo ou mesmo legal⁴⁰¹.

Desta forma, ao ignorarem as funções reais exercidas pela pena no plano concreto, as teorias positivas da pena acabam por encobri-las e legitimar por meio das funções declaradas o poder real exercido pelo poder punitivo⁴⁰², que é o único realizado na realidade social. As funções declaradas, que em verdade são falsas, constituem um meio de legitimação das funções reais e fomento ao exercício do poder punitivo autoritário e irracional, considerado, todavia, como um bem.

³⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 96.

⁴⁰⁰ *Ibid*, p. 97.

⁴⁰¹ Cf. CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**, cit., p. 62 et seq.

⁴⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 96.

A partir da constatação de que as teorias positivas da pena são falsas ou, ao menos, não generalizáveis, ou seja, seus efeitos positivos, na hipótese de existirem, limitam-se a pouquíssimos casos, os autores se negam a reproduzi-las como as funções reais da pena. Se as teorias positivas não são capazes de validar a pena como prática punitiva dotada de racionalidade positiva para a promoção da liberdade e da dignidade humana, cumpre ao teórico rechaçá-la. Assim, ao invés de resgatar as teorias positivas clássicas, os autores elaboram uma teoria a partir do seu fracasso e não conferem qualquer efeito benéfico à pena, motivo pelo qual constroem uma teoria negativa da punição estatal.

Os efeitos negativos da pena residem em seu papel estigmatizante, de vigilância e controle social dos vulneráveis, além de verticalizar as relações sociais em uma atuação autoritária e conservadora na medida em que reproduz as relações sociais de desigualdade na sociedade. Para os autores, ao desconsiderarem os deletérios efeitos da pena, as teorias positivas da pena incorrem em uma formalização jurídica artificial:

Pretender isolar as funções reais da pena do poder punitivo é uma formalização jurídica artificial: o maior poder do sistema penal não reside na pena, mas sim no poder de vigiar, observar, controlar movimentos e ideias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas e privar de liberdade sem controle jurídico, controlar e suprimir dissidências, neutralizar as coalizões entre desfavorecidos etc. Se existe alguma dúvida acerca do enorme poder verticalizador do sistema penal, basta olhar para a experiência histórica: o sindicalismo, o pluralismo democrático, o reconhecimento da dignidade das minorias, a própria república, conseguiram estabelecer-se sempre em luta contra esse poder. Qualquer inovação social que se fizer em prol do desenvolvimento humano deverá enfrentar o sistema penal: todo conhecimento e todo pensamento abriu caminho confrontando-se com o poder punitivo. A história ensina que os avanços da dignidade humana sempre ocorreram em luta contra o poder punitivo.⁴⁰³

A despeito de reconhecerem diversos efeitos negativos da pena, os autores reconhecem ignorar sua totalidade, de maneira que além de negativa a teoria é também agnóstica. Para eles, a teoria negativa e agnóstica da pena é a única forma de construir

⁴⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 98-99.

um conjunto teórico capaz de conter o poder punitivo, em razão da impossibilidade de qualquer teoria positiva de fazê-lo, como restou historicamente demonstrado. Para a teoria negativa e agnóstica, “a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes.”⁴⁰⁴ Por não abarcar qualquer função positiva à pena e ampliar seu horizonte de projeção para as reais funções por ela exercidas, referida teoria pretende limitar o poder punitivo do Estado.

Nesta seara, o papel do direito penal é conter e reduzir o poder punitivo em um sistema planejado para uso judicial que impulsiona o progresso do Estado de Direito⁴⁰⁵. Como não existem Estados de Direito reais e historicamente perfeitos, senão uma luta constante contra o Estado de Polícia dentro dele, deve-se buscar constantemente a contenção do segundo em prol do primeiro, pois “sem a contenção jurídica (judicial) o poder punitivo ficaria liberado ao puro impulso das agências executivas e políticas e, por conseguinte, desapareceriam o estado de direito e a própria república.”⁴⁰⁶ O direito penal como forma de planejamento de decisões judiciais tem justamente esse papel de contenção do poder punitivo.

O arcabouço jurídico-penal construído a partir desta teoria se constitui em uma forma de contenção do poder punitivo do Estado sem legitimá-lo. Para ilustrar tal papel, os autores usam como analogia o direito internacional humanitário em um paralelo entre a pena e a guerra, uma vez que ambas constituem atos políticos de violência ilegítimos⁴⁰⁷ diante dos quais o direito deve exercer um papel unicamente limitador da violência que os caracteriza.

O movimento realizado pelos autores para o direito penal é, portanto, análogo ao realizado pelos teóricos do direito penal humanitário, que após longo período histórico desde sua origem desistiram de encontrar fundamentos legitimadores para a guerra e estabelecer os parâmetros de uma “guerra justa”, para reconhecerem a ilegitimidade deste

⁴⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 99.

⁴⁰⁵ *Ibid*, p. 41.

⁴⁰⁶ *Ibid*, p. 40.

⁴⁰⁷ A analogia é inspirada no pensamento de Tobias Barreto, que com raro acerto apontava em 1892 que “quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra”. Cf. BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir. **Revista dos Tribunais**, n. 727, 1996, p. 650, originalmente publicado em Estudos de direito; Rio de Janeiro, Laemmert & C. Editora, 1. ed., 1892, p. 161-179. Cf. CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**, cit., p. 66.

ato político. Todavia, diante da sua inevitabilidade, restou ao jurista direcionar o direito internacional humanitário para a contenção dos seus deletérios efeitos concretos.

No âmbito do direito penal, portanto, restou aos teóricos negar sua legitimidade e, diante de sua permanência na vida social, construir formas de sua contenção e constante limitação, sendo esse o papel do direito penal. Para os autores, o saber penal só se torna legítimo quando reconhece a ilegitimidade da pena e, diante disso, se constitui como um instrumento de sua constante limitação.

Juarez Cirino dos Santos igualmente divide os objetivos do direito penal em declarados ou manifestos e latentes ou reais, “correspondentes às dimensões de ilusão e de realidade de todos os fenômenos ideológicos das sociedades capitalistas contemporâneas.”⁴⁰⁸ O objetivo declarado é a proteção de bens jurídicos, ainda que de natureza subsidiária e fragmentária, e produz uma aparência de neutralidade do Sistema de Justiça Criminal, especialmente pela limitação da pesquisa jurídica ao nível da lei penal.

A partir de pressupostos de uma sociedade consensual, com império da liberdade individual e do bem comum, a função declarada do direito penal é legitimada tanto pela teoria jurídica do crime quanto pela teoria da pena:

Essa função declarada é legitimada pelo discurso oficial da teoria jurídica do crime, como critério de racionalidade construído com base na lei penal vigente, e pelo discurso oficial da teoria jurídica da pena, fundado nas funções de retribuição, de prevenção especial e de prevenção geral atribuídas à pena criminal.⁴⁰⁹

Já os objetivos reais permitem “compreender o significado político desse setor do ordenamento jurídico, como centro de estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas.”⁴¹⁰ A partir do materialismo histórico, fundado no modo de produção

⁴⁰⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 4.

⁴⁰⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**, cit., p. 10.

⁴¹⁰ *Ibid*, p. 4.

da vida material, compreende-se o direito e o Estado pelas condições reais da sociedade dividida em classes sociais opostas.

Com apoio na criminologia crítica – da qual foi pioneiro em seu desenvolvimento no Brasil⁴¹¹ -, o autor defende que o significado real do direito penal é encoberto por suas funções declaradas de garantir uma ordem social justa ao proteger bens jurídicos gerais que promovem o bem comum. Em verdade, as dinâmicas do processo de criminalização, primária e secundária, garantem a existência e a reprodução da realidade social desigual das sociedades contemporâneas, objetivo real desse campo jurídico.

A despeito disso, entende o autor que o bem jurídico é ainda critério de criminalização e objeto de proteção penal na base de um direito penal mínimo dependente de proteção, casos em que ainda configura uma resposta legítima para certos problemas sociais, mesmo que a concreta lesão do bem jurídico indique a ineficácia da proteção⁴¹².

Ainda que com pressupostos e resultados distintos, a obra dos autores destoa substancialmente da reprodução histórica das demais obras de semelhante perfil, que dominam o ensino jurídico no Brasil. Mais do que encerrar a questão, o pensamento dos autores – aliado, por óbvio, ao de tantos outros que constroem e fomentam o pensamento crítico nas ciências criminais no Brasil - igualmente possibilita a abertura de caminhos para a crítica cada vez mais profunda e cientificamente desenvolvida.

Nosso objetivo no presente trabalho é justamente aprofundar a crítica aos fundamentos do direito penal, na forma como são reproduzidos pelo pensamento penal hegemônico, a partir do conceito de ideologia.

⁴¹¹ Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia da repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1979; SANTOS, Juarez Cirino dos. **As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

⁴¹² SANTOS, Juarez Cirino dos, op. cit., p. 16-17.

CAPÍTULO 4 – IDEOLOGIA E DIREITO PENAL

SUMÁRIO – 4 – Ideologia e direito penal - 4.1. A ideologia como chave conceitual para a análise crítica dos fundamentos do direito penal moderno – 4.2 – Os fundamentos do direito penal como expressão ideológica - 4.2.1 – Direito e historicidade - 4.2.1.1 – O Direito como fenômeno histórico - 4.2.1.2 – Da crítica da economia política à economia política da pena - 4.2.1.3 – A falta de amparo histórico na reprodução dos fundamentos do direito penal - 4.2.2 – Direito penal e idealismo - 4.2.3 – Direito penal e generalização do particular - 4.2.3.1 – As teorias da pena – 4.2.3.2 – As garantias em face do Estado

4.1 – A ideologia como chave conceitual para a análise crítica dos fundamentos do direito penal moderno

Embora consolidados na reprodução do pensamento penal dominante, os fundamentos do direito penal moderno têm sido alvo de constante contestação por parcela crítica dos autores. As críticas, embora não inteiramente sistematizadas, foram mais destacadas no campo das teorias da pena, especialmente na promessa de prevenção do delito por meio do direito penal. A revelação da discrepância entre o ser e o dever ser, por outro lado, também tem ocupado o pensamento crítico na esfera das ciências criminais no que se refere ao papel de garantia do indivíduo em face do Estado, ainda que em escala menor do que no palco das funções da pena.

O descompasso entre o que se declara e o que se verifica na realidade concreta revela uma crise dos fundamentos do direito penal. O conceito de ideologia, conforme exposto no presente trabalho, desponta como uma proposta de análise científica da mencionada crise diante sua capacidade explicativa das contradições verificadas entre a esfera do ideal e a realidade material.

Com efeito, o conceito de ideologia se desenvolve no campo do estudo das contradições e problemas específicos das relações sociais capitalistas ocultadas atrás do mundo ideológico da liberdade e da igualdade. Karl Marx e Friedrich Engels propuseram uma forma de entender a determinação da consciência por meio da prática material humana. A real preocupação dos autores não é propriamente com a falsidade ou manipulação no campo das ideias, senão compreender se há uma relação entre as ideias, valores e representações que correspondem a uma determinada consciência social e a sociedade na qual ela se insere.

A base do conceito de ideologia de Marx e Engels se afigura justamente nessa conexão entre as relações que constituem a sociedade e o universo ideal para compreender e criticar as ideias que predominam em uma certa época, tendo como elemento de fundo o materialismo histórico. Trata-se, portanto, de conceito filosófico adequado para o estudo da crise dos fundamentos do direito penal diante das especificidades dos problemas por ela engendrada.

4.2 – Os fundamentos do direito penal como expressão ideológica

A aplicação do conceito de ideologia demanda compreender em que medida os fundamentos do direito penal constituem uma forma ideológica de expressão do pensamento jurídico. É certo que toda ideologia naturaliza um determinado fenômeno que é histórico e cultural. O pensamento ideológico representa construções sócio-históricas como uma força da natureza ou da essência humana e por isso devem consequentemente ser mantidas, como uma defesa da ordem posta.

Além de apresentar o histórico como se fosse natural, a ideologia se caracteriza igualmente por assinalar aquilo que é particular como se fosse universal. A ideologia é expressão do idealismo, forma de manifestação do pensamento que concebe a verdade como o resultado da racionalidade no pensamento, tal qual demonstrado por Marx e Engels n' *A Ideologia Alemã*.

Cumprir responder, assim, por que os fundamentos do direito penal se amoldam e refletem o conceito de ideologia e em qual medida se apresentam como um pensamento idealista, sem historicidade e que manifesta o particular como se fosse universal. Em uma palavra, impende analisar as características que fazem dos fundamentos do direito penal uma manifestação de ideologia.

4.2.1 – Direito penal e historicidade

A falta de conexão histórica real, como exposto acima, é o primeiro dos elementos que podem caracterizar um conjunto teórico como ideológico. Na produção jurídica tradicional, de viés positivista, a historicização do fenômeno é normalmente exposta como uma sucessão de leis no tempo, já que para o jurista positivista o direito se limita à norma.

No campo das ciências criminais, estudos levados a efeito a partir do materialismo histórico possibilitaram uma real conexão do fenômeno criminal, especialmente da pena de prisão, com as transformações históricas concretas. A formação do que se convencionou chamar de economia política da pena abriu novos horizontes para o estudo das ciências criminais e revelou uma importância central na análise dos fundamentos do direito penal como expressão ideológica.

Assim, a exposição materialista do direito como fenômeno histórico e o apoio da economia política da pena representam os suportes teóricos de demonstração da falta de amparo histórico da reprodução dos fundamentos do direito penal pela doutrina tradicional.

4.2.1.1 – O direito como fenômeno histórico

Talvez não exista um jurista que negue o direito como fenômeno histórico. Com efeito, é mesmo comum que os livros voltados ao ensino do direito penal contendam um capítulo próprio dedicado à história deste campo do direito. Todavia a ligação que os juristas costumam fazer do direito penal com a história não é necessariamente uma inserção da esfera penal na história propriamente dita com suas conexões fundamentais na materialidade da vida social.

Com efeito, os juristas costumam se referir à história do direito penal ora como apresentação da história da legislação criminal desde o período medieval até o presente, passando pela legislação nacional⁴¹³, ora combinando tal perspectiva com a história do pensamento penal, ou seja, como uma sucessão de escolas filosóficas que influenciaram a formação desse campo do conhecimento⁴¹⁴. A exposição histórica em tais moldes não significa, em verdade, uma historicização do direito penal⁴¹⁵, pois embora traga dados objetivos que se sucederam no tempo, não os inserem no contexto dos fatos históricos concretos.

Não há na apresentação doutrinária em geral e nos fundamentos do direito penal em particular um cotejo com os fatos sociais reais, com as transformações históricas, políticas e sociais. Os fundamentos do direito penal são expostos como universais, neutros e eternos, reproduzidos sem maiores modificações desde o século XVIII com sua formulação iluminista. O ensino do direito penal nos países de sistema jurídico romano-germânico, notadamente Alemanha e Brasil, conforme exposto no capítulo anterior, não realiza conexões efetivas com as transformações históricas levadas a cabo ao longo do tempo.

⁴¹³ Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, cit., p. 23 et seq; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, cit. p. 227 et seq..

⁴¹⁴ Cf. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 75 et seq; BRUNO, Anibal. **Direito Penal, Parte Geral, Tomo 1º**, cit., p. 67 et seq.; MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**, cit., p. 31 et seq.

⁴¹⁵ Exceção feita à exposição não só da história do direito penal em geral quanto do direito penal brasileiro realizado em ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 359 et seq.

A ignorância dos elementos da história na análise do fenômeno jurídico faz com que o jurista parta de suas próprias definições e de ideias abstratas e vagas para encontrar uma realidade que se adapte às suas teorias, em vez de investigar os fenômenos históricos concretos para, a partir deles, encontrar uma concepção teórica posterior. Com esse procedimento de inversão, as definições jurídicas acabam por conferir significados vagos e sem lastro concreto⁴¹⁶.

A história como campo de estudo da evolução e organização da sociedade, que engloba as relações de poder e as lutas pela conservação e transformação da ordem, é um dos elementos fundamentais que permitem compreender o direito, que é fruto desse processo histórico. O pensamento jurídico hegemônico trata a história do direito e de seus institutos como uma mera sucessão de leis no tempo, como uma espécie de história interna, comportamento típico do positivismo jurídico para o qual o direito se constitui tão somente de um conjunto de normas, sem conexão com os fatores propriamente históricos.

O direito não é o mesmo no feudalismo e no capitalismo, nem nas diversas transformações pelas quais passou esse modo de produção da vida social. Na sociedade pré-capitalista, por exemplo, havia uma relação direta de domínio do senhor em relação ao servo ou escravo, cujo fator determinante era a posse da terra ou a capacidade de guerrear, com exercício da força bruta de maneira frontal, de forma que o direito é determinado pela força. A relação de determinação entre a força e o direito é de tal magnitude que o fim do domínio termina igualmente com a relação de exploração, com o fim da força extingue-se juntamente o direito de ser senhor. Nesse contexto de imposição da vontade senhorial sobre a vassalagem, explicações míticas e religiosas serviam em grande medida como forma de legitimação desse poder e da ordem constituída⁴¹⁷.

Com o fim do feudalismo e a ascensão de uma estrutura econômica capitalista, as transformações na sociedade são de toda ordem, inclusive no direito. A atividade mercantil se consolida e com ela a compra e venda, o trabalho passa a ser assalariado e surge uma série de necessidades para regulação dessa nova formação social. Emerge,

⁴¹⁶ MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1.

⁴¹⁷ *Ibid*, p. 18.

então, a figura do Estado moderno, que unifica territórios, cria um conjunto de leis e se constitui como um terceiro com poder de decidir os conflitos surgidos na sociedade.

As novas relações mercantis capitalistas com base no trabalho assalariado demandava uma forma de garantia de suas relações fundamentais, sejam as transações comerciais, seja a exploração do trabalho na produção. A garantia da dominação capitalista passa a ser feita por um terceiro distinto das reais forças de dominação exercida por uma classe, uma dominação indireta, que se exerce pelo Estado e seu ordenamento jurídico.

O Estado passa a regulamentar os interesses da classe dominante por meio das leis, de modo que a exploração capitalista passa a ser por ele garantida. Se o Estado absolutista se dirigia pela defesa dos privilégios da nobreza, com as revoluções burguesas, o Estado moderno institui as ideias de igualdade e liberdade e passa a por elas se pautar na forma de um Estado de Direito. A exploração do trabalho necessita da liberdade de contratar, da autonomia da vontade, da igualdade formal e de todos os ideais necessários para a reprodução da nova ordem social⁴¹⁸.

Evguiéni Pachukanis aponta para a necessidade de não apenas examinar o conteúdo material da regulamentação do direito nas diferentes épocas, mas sobretudo “oferecer uma interpretação materialista da própria regulamentação jurídica como uma forma histórica determinada.”⁴¹⁹ Destaca o autor soviético que o direito não existe como institutos abstratos na cabeça dos juristas e nas teorias jurídicas especializadas, a partir de um desenvolvimento como um sistema de ideias, mas possui uma história real e se desenvolve como um sistema específico de relações, de modo que “o desenvolvimento dos conceitos corresponde ao processo histórico dialético real.”⁴²⁰

Para além de uma mudança de conteúdo com sucessão de normas, Pashukanis observa uma nova significação para o direito, que muda principalmente em sua forma. Para ele, o que confere a qualificação específica do direito moderno é a forma jurídica, que corresponde à forma mercantil⁴²¹. Os institutos jurídicos como sujeito de direito,

⁴¹⁸ MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**, cit., p. 21.

⁴¹⁹ PASHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 72.

⁴²⁰ *Ibid*, p. 83.

⁴²¹ *Ibid*, p. 83.

autonomia da vontade, direito subjetivo, por exemplo, resultam diretamente da forma mercantil para possibilitar e garantir seu movimento.

Ao se estabelecer uma economia de circulação mercantil com produção fundada na exploração do trabalho, na qual bens e pessoas são cambiáveis, surgem um conjunto de formas sociais⁴²² e uma série de ferramentas jurídicas como reflexos destas novas configurações econômicas. Nesse sentido, Pashukanis apontou que “uma vez dada a forma da troca de equivalentes, está dada a forma do direito e, assim, a forma do poder público, ou seja, estatal.”⁴²³ A história do fenômeno jurídico não pode se restringir, portanto, a uma sucessão de normas ou ideias, mas deve-se pautar pelas transformações históricas, calcadas na base material da sociedade.

Observa-se, portanto, que o fenômeno jurídico é haurido de relações sociais que o determinam e por isso tem seu formato distinto a depender das características de cada formação social. No capitalismo, o direito ganha um papel central em razão de constituir o elemento intermediador da dominação de classe e adquire verdadeiramente uma nova forma.

Como meio de legitimação da nova ordem jurídica, surge o positivismo jurídico, que não mais especula sobre o justo, mas reduz o direito às normas postas e o seu estudo às técnicas para resolver os conflitos com o manejo destas normas. As referências sobre o justo passam a se balizar por aspectos formais e restam dissociadas de sua fonte real social, de maneira que o jurista deixa de indagar acerca das causas sociais e históricas do fenômeno jurídico⁴²⁴. Como a dimensão histórico-social do direito está fora da alçada do jurista, o purismo formalista apregoado pelo positivismo jurídico conduz a uma identificação da justiça com a ordem jurídica posta⁴²⁵.

O formalismo normativista de Hans Kelsen, ao romper a relação do direito com a realidade da vida e seu processo histórico, é comparado por Pashukanis com a escola matemática na teoria econômica⁴²⁶. As analogias com a Economia Política, com efeito,

⁴²² Sobre a forma estatal, cf. MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo, Boitempo, 2013.

⁴²³ PASHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**, cit., p. 79.

⁴²⁴ MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**, cit., p. 199.

⁴²⁵ JOSÉ, Caio Jesus Granduque. **A construção existencial dos direitos humanos**. Curitiba: CRV, 2012, p. 120.

⁴²⁶ PASHUKANIS, Evguiéni B, op. cit., p. 85.

são frequentes em sua obra e demonstram extrema utilidade para a compreensão do movimento engendrado por Marx em sua crítica da Economia Política, que se afiguram igualmente úteis na crítica do direito penal. A ausência da historicidade, as modificações trazidas pelo surgimento e consolidação do modo de produção capitalista e a necessidade de uma compreensão totalizante do fenômeno criminal demonstram a validade da analogia com a crítica da Economia Política para o desvelamento do caráter ideológico dos fundamentos do direito penal.

4.2.1.2 - Da crítica da Economia Política à economia política da pena

Desenvolvida ao longo dos séculos XVII e XVIII e sistematizada como campo teórico no início do século XIX, a Economia Política constitui-se como a mais significativa ciência da sociedade burguesa em ascensão. Expressão do ideário iluminista e da burguesia revolucionária, teve em Adam Smith e David Ricardo seus maiores representantes, naquilo que se denominou como Economia Política clássica⁴²⁷.

A Economia Política se desenvolve com o objetivo de compreender o conjunto das relações sociais que estava surgindo a partir da crise do Antigo Regime. Ergue-se como fundante de uma teoria social, um conjunto articulado de ideias que buscava oferecer uma compreensão do conjunto da vida social. Não se trata, portanto, de uma disciplina particular e especializada nos moldes das atuais denominadas ciências humanas, mas um campo com propósito totalizante do conjunto das relações sociais em desenvolvimento. Seu sentido original conectava-se com “o estudo dos problemas da sociedade humana relacionados com a produção, a acumulação, a circulação e a distribuição de riquezas, bem como para as proposições de natureza prática a eles associadas.”⁴²⁸

⁴²⁷ NETTO, José Paulo; BRAZ, Marcelo. **Economia Política**: uma introdução crítica. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2012, p. 28-29.

⁴²⁸ TEIXEIRA, Aloisio. Marx e a economia política: a crítica como conceito. In.: **Econômica**, v. II, n. 4, 2000, p. 85.

Uma de suas características centrais é justamente a abertura de caminho a ponderações diversas de elementos que hoje configuram campos de conhecimento autônomos, como a história, sociologia, filosofia, ciência política e economia⁴²⁹, surgidas justamente da crise da Economia Política. É a partir da consideração conjunta dos múltiplos aspectos da vida social que a Economia Política se afigura como uma ciência cujos parâmetros são desconhecidos no mundo científico contemporâneo.

Por outro lado, contudo, a Economia Política clássica compreendia suas categorias e instituições como fatores naturais que, uma vez descobertos pela razão humana e consolidados na vida social, permaneceriam invariáveis e eternos em sua estrutura fundamental⁴³⁰. A reação ao Antigo Regime, regulamentador, autoritário e arbitrário, gestou a ideia de ordem natural, que se manifestou tanto no jusnaturalismo quanto no método científico racionalista. Para a Economia Política clássica, o sistema capitalista de produção era guiado pela mesma racionalidade inerente à ordem natural, de modo que seu objeto passa a ser a descoberta das leis naturais que regulam o capitalismo, o qual é compreendido como uma construção definitiva na história da humanidade⁴³¹.

A realização intelectual de seus principais teóricos, Smith e Ricardo, insere-se no caldo cultural da Ilustração e traduz os interesses da burguesia ascendente diante da nobreza fundiária e da Igreja, representantes dos interesses feudais. A Economia Política clássica significou, portanto, um progresso histórico ao expressar o ideário da burguesia no período em que esta classe estava na vanguarda das lutas sociais em um processo revolucionário contra as forças do Antigo Regime. Ao defender uma ordem social mais livre e avançada em relação à feudalidade, Smith e Ricardo não foram defensores acríticos da ordem social emergente, mas expressavam os anseios emancipatórios da humanidade naquela quadra histórica⁴³².

Todavia, com a consolidação da nova ordem, a Economia Política clássica entra em crise, na medida em que as relações da burguesia com a cultura da Ilustração e seu programa de modernidade se alteram profundamente. O projeto emancipatório da humanidade nos ideários de igualdade, liberdade e fraternidade possibilitou a

⁴²⁹ NUNES, António José Avelãs. **Uma Introdução à Economia Política**. São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 12.

⁴³⁰ NETTO, José Paulo; BRAZ, Marcelo. **Economia Política**, cit., p. 30.

⁴³¹ NUNES, António José Avelãs. **Uma Introdução à Economia Política**, cit., p. 15.

⁴³² NETTO, José Paulo; BRAZ, Marcelo, op. cit., p. 31.

emancipação política, contudo esbarrou nos limites do regime burguês instituído. A liberdade política e a igualdade jurídica não se traduziram em igualdade econômica e social, de modo que a emancipação política não resultou em verdadeira emancipação humana. Embora mais livre que o regime anterior, a nova ordem social impossibilitava a emancipação humana e configurou uma nova dominação de classe, agora a dominação burguesa em face dos trabalhadores⁴³³.

Nessa esteira, a burguesia renuncia aos seus ideais emancipatórios e converte-se em classe social conservadora da nova ordem. O abandono dos ideais mais avançados da cultura do iluminismo inicia o ciclo de decadência ideológica⁴³⁴ e de abdicação de alternativas emancipatórias da humanidade⁴³⁵. Ao se converter em classe conservadora, a Economia Política clássica entra em crise e muitas de suas conquistas teóricas passam a ser incompatíveis com a conservação da ordem estabelecida. Um exemplo central é o abandono da teoria do valor-trabalho, segundo a qual o valor é produto do trabalho, que foi útil para confrontar a nobreza feudal em sua estagnação, mas que agora poderia ser utilizada para demonstrar o caráter explorador do capital em face do trabalho.

Da mesma forma, a investigação social e econômica a partir da produção dos bens materiais na vida em sociedade foi abandonada e ficou relegada aos autores ligados aos interesses da classe trabalhadora. A Economia Política a partir daí se dispersa em outras ciências sociais em uma nova configuração da divisão intelectual do trabalho científico⁴³⁶, e a Economia (ou “economics”, desacompanhada do adjetivo *Política*) se desenvolve como disciplina científica especializada e vazia de preocupações históricas, sociais e políticas, mas adequada aos interesses conservadores em um aparato teórico técnico intensivamente matemático e alijado da pretensão de compreender o conjunto da vida social⁴³⁷.

Karl Marx, contudo, não abandona os estudos da Economia Política, senão elabora uma crítica da Economia Política clássica. Igualmente herdeiro da cultura iluminista,

⁴³³ NETTO, José Paulo; BRAZ, Marcelo. **Economia Política**, cit., p. 32.

⁴³⁴ Cf. LUKÁCS, György. **El asalto a la razón: la trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler**. Tradução Wenceslau Roces. México, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1959.

⁴³⁵ NETTO, José Paulo; BRAZ, Marcelo, op. cit., p. 32.

⁴³⁶ *Ibid*, p. 34.

⁴³⁷ Cf. TEIXEIRA, Aloisio. Marx e a economia política, cit., p. 90 et seq.; NETTO, José Paulo; BRAZ, Marcelo. **Economia Política**, cit., p. 34-35.

elabora uma teoria social para explicar o surgimento, desenvolvimento, consolidação e as condições de crise da sociedade de seu tempo, a sociedade regida sob o modo de produção capitalista. Sua perspectiva é totalizante, almeja compreender o conjunto das relações sociais sem a compartimentação do conhecimento, mas essa compreensão é historicizada por Marx, que não admite a naturalização das categorias da Economia Política. A sociedade que estuda é uma organização social histórica e transitória, que contém em seu próprio interior as condições que possibilitam sua superação.

A crítica da Economia Política engendrada por Marx incorpora os elementos dos clássicos e por meio da historicização de suas categorias e adoção do materialismo histórico permite a compreensão profunda dos movimentos da sociedade regida pela força do capital⁴³⁸. Há, nesse sentido, uma superação da Economia Política clássica, que incorpora suas conquistas, aponta seus limites e supera seus equívocos⁴³⁹.

Tal qual a Economia Política para Marx, o direito penal também se afigura como um campo do conhecimento limitado, que não fornece esclarecimentos sobre todos os seus pressupostos nem concebe sua conexão com a realidade concreta. A necessidade de historicização do fenômeno criminal e o aporte dos demais campos do conhecimento em uma perspectiva totalizante são as chaves da crítica da Economia Política que devem ser utilizadas igualmente na crítica penal. E foi justamente nessa perspectiva que se originou aquilo que se convencionou chamar de economia política da pena.

O estudo da pena ficou por muito tempo distante de sua manifestação histórica e concreta. Se no campo do direito penal as teorias preventivas se reproduziam constantemente sem maiores transformações de conteúdo, na esfera da criminologia imperava a perspectiva correcional do positivismo. Como o direito penal tem como uma de suas razões de existir a prevenção do delito, os criminólogos trataram de estudar as formas de punição para alcançar suas finalidades declaradas.

Inspirados pelo espírito científico da época, o estudo criminológico empreendido pelos positivistas buscou por meio da pesquisa empírica descobrir as causas do comportamento criminoso com o propósito de solucionar o problema da criminalidade por meio da sua prevenção. Para o mais destacado representante dessa escola criminológica no que se refere aos estudos prisionais, Cesare Lombroso, o crime era um

⁴³⁸ A consolidação da crítica da Economia Política está disposta justamente nos três volumes d'O Capital, cujo subtítulo é "crítica da economia política".

⁴³⁹ NETTO, José Paulo; BRAZ, Marcelo. **Economia Política**, cit., p. 37.

fenômeno biológico e não apenas jurídico⁴⁴⁰, o que o levou a estudar as características biológicas dos presos para elaborar sua ideia central do “homem criminoso”⁴⁴¹.

Desde suas origens⁴⁴², notadamente em sua matriz positivista, o pensamento criminológico se concentrou no estudo de estratégias para o governo do desvio e da criminalidade. Nesse sentido, a pena e a política criminal eram mais propriamente ferramentas para governar a questão criminal do que objetos de análise criminológica propriamente dita⁴⁴³.

Entre fins da década de 1960 e início da década seguinte, os limites epistemológicos da criminologia tradicional forjadas pelas teorias criminológicas do consenso foram desafiadas pela emergência de perspectivas radicais sobre o fenômeno criminal. A virada paradigmática no âmbito da criminologia deu-se com o desenvolvimento da teoria da reação social⁴⁴⁴ na sociologia do desvio estadunidense, cuja base sociológica era representada pelo interacionismo simbólico e pela etnometodologia. O *labelling approach* recusou o modelo de consenso e empreendeu um estudo da questão criminal a partir da reação social ao delito e das dinâmicas do processo de criminalização⁴⁴⁵.

O salto qualitativo⁴⁴⁶ representado pela passagem do viés etiológico para o paradigma da reação social permitiu alcançar estudos criminológicos por meio da interpretação materialista dos processos de criminalização⁴⁴⁷. Em particular, a prisão se converteu em objeto de investigação crítica. Importantes estudiosos começaram a

⁴⁴⁰ Cf. SHECAIRA, Sergio Salomão. **Criminologia**, cit., p. 102.

⁴⁴¹ Cf. LOMBROSO, Cesare. **O homem criminoso**. 4 ed. Tradução Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.

⁴⁴² Sobre o debate acerca da origem da criminologia, cf. SHECAIRA, Sergio Salomão, op. cit., p. 81 et seq.

⁴⁴³ GIORGI, Alessandro de. Castigo y Economía Política. In.: **Delito y Sociedad**, v. 41, ano 25, 2016, p. 10.

⁴⁴⁴ Cf. CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Tradução Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

⁴⁴⁵ CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**, cit., p. 190.

⁴⁴⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 46. Sobre o caldo cultural que possibilitou essa ruptura, cf. SHECAIRA, Sergio Salomão, op. cit., p. 270 et seq.

⁴⁴⁷ Cf. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. **La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada**. 3. ed. Tradução Adolfo Crosa. Buenos Aires: Amorrortu, 2007; TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos e Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980; SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**, cit., 2008.

investigar a trajetória por meio da qual o encarceramento substituiu as formas anteriores de punição e as razões de sua persistência nas sociedades contemporâneas. A formulação de Beccaria segundo a qual a prisão constituiu uma evolução humanitária em relação às formas de punição precedentes foi tomada com especial desconfiança, já que por todo o globo era a prisão um dos maiores símbolos da desumanização.

O pensamento penal hegemônico reproduzia - e ainda o faz - a tendência de representar a história da pena como um processo contínuo de reforma e como uma melhora linear no sentido de sanções mais humanizadas. Diante da contradição de conferir caráter humanitário a uma das maiores calamidades civilizatórias do mundo moderno, são empreendidas novas miradas para além dos tradicionais discursos de legitimação da pena, especialmente por meio da historicização desse fenômeno.

Ao mesmo tempo, foi desenvolvida uma série de estudos sobre a prisão contemporânea que cotejava as taxas de encarceramento com as transformações das relações de classe nos países de capitalismo avançado. Se de um lado estudos relacionavam historicamente o despontar da prisão como forma principal de punição e o surgimento e consolidação do modo capitalista de produção baseado na exploração do trabalho assalariado, de outro lado as pesquisas iniciadas com a criminologia crítica sobre as prisões de seu tempo apontavam para a persistência dessa conexão entre as formas de punição contemporâneas e o mercado de trabalho no capitalismo.

Fundado nas bases da crítica da Economia Política construída por Karl Marx, a economia política da pena utilizava uma perspectiva totalizante para compreender historicamente o fenômeno punitivo em moldes materialistas. Tal qual a Economia Política clássica descrevia seus institutos, o discurso hegemônico sobre a pena a compreendia como decorrência de uma evolução natural que, uma vez descoberta pela razão humana e consolidada na vida social, permaneceria invariável em sua estrutura fundamental e se apresentaria como uma construção definitiva na história da humanidade em progresso civilizatório.

Com apoio nas bases da crítica da Economia Política, a economia política da pena desponta como o terreno para uma crítica materialista da pena em seu papel de ferramenta de controle de classe. O resgate da obra de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, editada em 1939 nos Estados Unidos da América, mas sem a devida repercussão em razão das

circunstâncias históricas do período⁴⁴⁸, se tornou possível com a segunda edição estadunidense de 1967, da qual se seguiram diversas traduções⁴⁴⁹.

Em *Punição e estrutura social*, Rusche e Kirchheimer defendiam que a compreensão das variações históricas e contemporâneas do sistema penal devia estar orientada por uma análise estrutural das relações entre tecnologias penais e transformações econômicas. De início, os autores identificam os principais problemas no tratamento da questão pelos estudos tradicionais sobre a pena:

Embora a sociologia criminal venha recebendo cada vez mais atenção, métodos de punição e seu desenvolvimento histórico foram pouco estudados a partir de uma abordagem propriamente histórica. (...) A negligência da sociologia dos sistemas penais pode provavelmente ser atribuída, primeiramente, ao fato de que o problema é geralmente abordado sob a ótica da teoria penal. Nenhuma das teorias da punição, nem a absolutista nem a teleológica, está apta a explicar a introdução de certos métodos de punição no interior da totalidade do processo social. (...) Ademais, como estas teorias consideram a punição como algo eterno e imutável, elas se opõem a qualquer tipo de investigação histórica.⁴⁵⁰

O diagnóstico que motivou a pesquisa dos autores foi preciso: falta de historicidade, idealismo, naturalização e ausência de conexão com a totalidade das relações sociais. Tais fraquezas levavam sempre ao “perigo de escrever a história da ideia de punição em vez da dos métodos de punição”⁴⁵¹, motivo pelo qual julgaram necessário despir a instituição social da pena de seu viés ideológico para trabalhá-la a partir de suas verdadeiras relações⁴⁵², o que demandava superar as dificuldades diagnosticadas.

⁴⁴⁸ As poucas análises realizadas sobre a obra em sua primeira edição publicadas em revistas científicas podem ser encontradas em GIORGI, Alessandro de. *Castigo y Economía Política*, cit., p. 20.

⁴⁴⁹ Para um histórico das publicações, traduções e seus percalços, cf. NEDER, Gislene. Nota introdutória à edição brasileira. In.: RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Tradução Gislene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 11 et seq.

⁴⁵⁰ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**, cit., p. 17-18.

⁴⁵¹ *Ibid*, p. 18.

⁴⁵² *Ibid*, p. 19.

Para os pesquisadores da Escola de Frankfurt, “todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção”, e com o surgimento e consolidação do modo de produção capitalista não poderia ser diferente. Como já trabalhado acima, com o surgimento do capitalismo a sociedade passou por tamanhas transformações que o Estado moderno foi edificado, o direito foi ressignificado e um novo formato social se instituiu.

Nesse sentido, com a formação de uma nova estrutura de classes moldada pela relação entre capital e trabalho assalariado, a economia política dessa nova sociedade começou a conceber o corpo humano como um recurso a ser explorado no processo de produção, ao invés de ser desperdiçado em rituais simbólicos de castigo corporal⁴⁵³. Assim, a pena de prisão vai substituindo as penas corporais não em razão de considerações humanitárias, “mas de um certo desenvolvimento econômico que revelava o valor potencial de uma massa de material humano completamente à disposição das autoridades.”⁴⁵⁴

O controle da pobreza está nas raízes das formas de reclusão do ser humano. A primeira instituição criada com o objetivo de limpar as cidades de “vagabundos e mendigos” foi a Bridewell, em Londres, em 1555. Trata-se do modelo das casas de correção, que floresceu em outros países europeus, mas com funções e alcance distintos⁴⁵⁵. Durante toda a Idade Média e até o início da Idade Moderna, a prisão era destinada à detenção de acusados antes do seu julgamento, como uma espécie de prisão cautelar⁴⁵⁶.

A consolidação do capitalismo, notadamente após a Revolução Industrial, tornou a prisão a forma principal de punição da sociedade moderna. Ela cumpria um papel fundamental no controle da população que formava grande volume de excedente de mão de obra nas cidades industrializadas, com níveis de pobreza elevados e problemas sociais

⁴⁵³ Nesse sentido também é o trabalho de Michel Foucault, em fase do pensamento cuja influência do materialismo histórico e especialmente o trabalho de Rusche e Kirchheimer é expressamente admitido. Cf. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, cit., p. 28.

⁴⁵⁴ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**, cit., p. 43.

⁴⁵⁵ Cf. *Ibid*, p. 67 et seq.

⁴⁵⁶ O seguinte texto é extraído de Ulpiano (D. 48,19,8,9), tomado do livro IX de seu *De officio proconsulis: carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet* (as prisões existem apenas para prender os homens e não para puni-los). Cf. RODRÍGUEZ MARTÍN, José-Domingo. La pena de prisión bajo Justiniano: Ulpiano vs Calístrato. In.: TORALLAS TOVAR, Sofia; PÉREZ MARTÍN, Inmaculada. **Castigo y reclusión en el mundo antiguo**. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2003, p. 175.

de toda ordem. Diante desse cenário e da necessidade econômica, a prisão cumpre um papel fundamental de controle do trabalho do proletariado em formação, seja por meio de sua exploração direta no cárcere, seja pela adaptação dessa mão de obra para a indústria.

Além disso, a prisão tinha um papel central no controle social da pobreza, tanto para ordenar os miseráveis, quanto para governar o proletariado por meio do princípio da menor elegibilidade, segundo o qual as condições de vida no cárcere devem ser acentuadamente piores que as condições de vida dos mais precários trabalhadores livres. Com isso se assegura que as frações mais fragilizadas da classe trabalhadora aceitem os piores níveis de exploração no mercado de trabalho capitalista.

O Estado, diante disso, reduz os investimentos públicos no aprisionamento, mesmo diante do aumento do contingente prisional, tendo sido comum o aproveitamento das antigas prisões destinadas à custódia cautelar para a efetiva punição, em condições cada vez mais precárias⁴⁵⁷.

Ao invés de reformas humanistas, para os autores, em uma economia capitalista, é a situação da classe trabalhadora marginalizada que moldará as políticas criminais, e, por conseguinte, as condições daqueles que são punidos. Para os pesquisadores, o princípio da *less eligibility* estabelece um limite estrutural a qualquer esforço ou “processo civilizatório”⁴⁵⁸. Nesse sentido, Alessandro de Giorgi, ao analisar a obra dos autores aponta:

O nascimento ou morte de diferentes práticas criminosas não pode ser atribuído às ideias dos reformadores: a mudança criminal é, em última instância, determinada pelas condições de trabalho e, mais especificamente, pelo mercado de trabalho. Isso implica que nenhuma reforma penal é irreversível e que as punições humanitárias serão rapidamente substituídas por sanções mais severas quando surgirem condições socioeconômicas que impulsionem essa mudança.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**, cit., p. 147.

⁴⁵⁸ GIORGI, Alessandro de. *Castigo y Economía Política*, cit., p. 14.

⁴⁵⁹ *Ibid*, p. 16, tradução nossa.

Nessa toada, os autores analisaram e explicaram as transformações verificadas nos diversos modelos de prisão, como o da Filadélfia e o de Auburn, em comparação com o Europeu, levando em conta a questão do isolamento celular e a base material econômica da sociedade, especialmente as condições da classe trabalhadora e sua disponibilidade tanto nos Estados Unidos da América quanto na Europa, em uma espécie de análise concreta da teoria exposta⁴⁶⁰.

Em 1980, Dario Melossi e Massimo Pavarini publicam a obra que melhor sistematiza a economia política da pena com um estudo da história das prisões a partir da crítica político-econômica. Em *Cárcere e Fábrica*⁴⁶¹, o nascimento da prisão é situado na fase do desenvolvimento capitalista que Marx descreveu como acumulação primitiva⁴⁶², dada a necessidade de o capitalismo criar as condições para seu próprio desenvolvimento, que exigia a criação da força de trabalho capitalista⁴⁶³.

Como o novo modo de produção é fundado no trabalho assalariado, havia uma necessidade inicial de separar os produtores de seus meios de produção, desmontando a estrutura econômica da sociedade feudal. Era necessário transformar o contingente desapropriado em classe trabalhadora disciplinada e unificada. A nova forma de exploração da força de trabalho foi moldada por uma série de transformações sociais, e as instituições penais exerceram um papel importante nesse processo.

Esclarecem os criminólogos italianos que a prisão nasceu e se consolidou como uma instituição subordinada à fábrica, cujas relações de poder coincidem com as exigências de um sistema emergente de produção industrial. A implantação de um sistema penal disciplinar permite vincular a dinâmica interna da prisão às transformações que ocorrem na esfera da produção. Nesse sentido, apontam que:

A história das instituições segregadoras e da ideologia que as preside é reconstruída a partir dessa necessidade fundamental de valorização do capital. Por isso, seu caráter subalterno em relação à fábrica, que não é mais do que a extensão da organização do trabalho capitalista fora da fábrica, é a hegemonia que o capital exerce sobre o conjunto

⁴⁶⁰ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**, cit., p 179 et seq.

⁴⁶¹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário** (séculos XVI-XIX). Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

⁴⁶² MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política: Livro 1**, cit., p. 785 et seq.

⁴⁶³ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo, op. cit., p. 33 et seq.

das relações sociais. Uma hegemonia que não deve ser entendida como extensão analógica da fábrica sobre o exterior, embora pareça assim num primeiro nível de análise, mas que forma um continuum que invade cada momento da vida individual, apoderando-se e remodelando (ou criando) as instituições sociais no interior das quais tem lugar o processo de formação.⁴⁶⁴

Para além do papel instrumental das instituições penais na reprodução material da força de trabalho capitalista, destaque maior da obra de Rusche e Kirchheimer, os autores italianos enfatizaram também a contribuição decisiva do aparato penal disciplinar na reprodução ideológica e da hegemonia nas relações de produção capitalistas. Nesse sentido, a prisão é mais do que uma instituição de repressão, mas também constitui uma ferramenta de aceitação da subordinação capitalista como alternativa única, de modo que o sofrimento produzido pela prisão é representado no plano da consciência como consequência da recusa do preso em se submeter à disciplina do trabalho⁴⁶⁵.

Na esteira do que já expusera Evguiéni Pachukanis⁴⁶⁶, destacam Melossi e Pavarini que a normalização ideológica da prisão também é reforçada pela lógica contratual do encarceramento como uma punição cuja severidade é medida no tempo. O princípio capitalista da troca de equivalentes fornece legitimação para o aprisionamento por meio da mesma mistificação que torna o trabalho um contrato justo, pois em ambos os casos a exploração e a violência desaparecem da lógica da razão contratual. Conforme expõe Alessandro de Giorgi, “a ficção legal da punição como retribuição cobre a dimensão disciplinar da prisão, da mesma forma que a ficção econômica do contrato de trabalho como troca de equivalentes esconde a dimensão da exploração do trabalho assalariado”⁴⁶⁷.

Embora tenha recebido a contribuição de outras obras fundamentais, como a já mencionada de Michel Foucault⁴⁶⁸, além de Tony Platt⁴⁶⁹, para a justiça penal juvenil, e

⁴⁶⁴ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**, cit., p. 77-78.

⁴⁶⁵ GIORGI, Alessandro de. *Castigo y Economía Política*, cit., p. 19.

⁴⁶⁶ PASHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**, cit., p. 168.

⁴⁶⁷ Nesse sentido, também cf. GIORGI, Alessandro de, op. cit., p. 19.

⁴⁶⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, cit., passim.

⁴⁶⁹ PLATT, Anthony M.. **Los “salvadores del niño”**: o la invención de la delincuencia. Tradução Félix Blanco. 3. ed. Madrid: Siglo XXI Editores, 1997. Seus trabalhos iniciais foram publicados com seu nome

Michael Ignatieff⁴⁷⁰, no específico período da Revolução Industrial, a economia política da pena teve nas obras trabalhadas acima o seu núcleo mais importante. Com efeito, as obras dos alemães Georg Rusche e Otto Kirchheimer e dos italianos Dario Melossi e Massimo Pavarini, ao historicizarem efetivamente o fenômeno da pena, conseguiram apresentar de maneira segura as relações entre as formas de punição e a totalidade da estrutura social.

No Brasil, a economia política da pena tem no trabalho de Nilo Batista uma referência fundamental. Ao estudar as raízes de nosso sistema punitivo, o autor nos remete ao escravismo colonial e associa as formas punitivas ao modo de produção da vida social no Brasil. O trabalho de Nilo Batista nos possibilita compreender a abordagem histórica do fenômeno punitivo e as permanências, que classifica como escandalosas, em nossos dias atuais⁴⁷¹. A abordagem histórica com apoio nas transformações socioeconômicas em nossa sociedade inaugura uma abordagem incomum no penalismo brasileiro. Nesse sentido, alerta o autor:

O penalista brasileiro não pode perder de vista seu pecado original, a fundação da pena pública por uma, como disse Comparato, “estrutura social fundamentalmente privatista, na qual os instrumentos públicos de coação, normalmente monopolizados pelo Estado, pertenciam de fato às classes dominantes”. Não pode perder de vista seu pecado original quando discute penitenciárias privadas, quando vê a fantástica capacidade de influência e mesmo de mobilização de agências do sistema penal concentrada nas empresas de comunicação, quando observa as “parcerias” que corporações oligárquicas estabelecem com agências policiais, quando se depara com novas leis que flexibilizam garantias e endurecem penas, quando se espanta com essas prisões espetaculares, em que as câmeras invadem a sala e o quarto do criminalizado (e o privilégio do reality-show punitivo é recompensado por matérias que enaltecem a ação policial e condenam sumariamente o detido), quando percebe tolerância com castigos físicos ou indiferença perante execuções policiais, etc.⁴⁷²

completo, mas depois passou a publicá-los como Tony Platt, como ficou conhecido no campo da criminologia.

⁴⁷⁰ IGNATIEFF, Michael. **A just measure of pain: the penitentiary in the Industrial Revolution 1750-1850** London: MacMillan, 1978.

⁴⁷¹ BATISTA, Nilo. Pena pública e escravismo. **Capítulo Criminológico**, vol. 34, n. 3, 2006, p. 307.

⁴⁷² *Ibid*, p. 309.

A partir da década de 1970, com o avanço da criminologia crítica, novos estudos de viés materialista foram desenvolvidos sobre o fenômeno punitivo nas sociedades capitalistas avançadas. Ao lado dos importantes estudos históricos, os movimentos do sistema punitivo no capitalismo contemporâneo passaram também a fazer parte dos estudos da economia política da pena. A severidade das penas, as taxas de encarceramento, dentre outras questões relacionadas à pena em sua concretude passaram a ser cotejadas com as transformações das relações de classe na contemporaneidade. Com diferenças entre si, os estudos apontaram a persistência da conexão entre as formas penais contemporâneas e os mercados de trabalho capitalistas⁴⁷³.

Com efeito, a economia política da pena permitiu uma nova mirada do fenômeno punitivo ao largo da história, conectando-a com as transformações nas bases materiais da sociedade. Seu estudo permite realizar um contraste com a reprodução da secular doutrina penal exposta no capítulo anterior sobre a temática e verificar o grau de historicização da referida exposição.

4.2.1.3 – A falta de amparo histórico na reprodução dos fundamentos do direito penal

Conforme retratado no capítulo anterior, o direito penal moderno foi fundado a partir dos paradigmas da garantia do indivíduo em face do arbítrio estatal e da sua

⁴⁷³ Exemplificativamente, cf. QUINNEY, Richard. **Classe, Estado e crime**. Tradução Gustavo de Souza Preussler, Jaume Aran, Larissa de Araújo Montes. Curitiba: Íthala, 2016; SPITZER, Steven. Toward a marxian theory of defiance. **Social Problems**, vol. 22, n. 5, 1975; JANCOVIC, Ivan. Labor Market and imprisonment. **Crime and Social Justice**, n. 8, 1977. Em período mais recente, exemplificativamente, cf. GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, obra materialista com apoio também em Michel Foucault; LACEY, Nicola. **The Prisoner's Dilemma: political economy and punishment in contemporary democracies**. New York: Cambridge University Press, 2008; JIMÉNEZ FRANCO, Daniel. **Mercado-estado-cárcel em la democracia neoliberal española**. Barcelona: Anthropos Editorial: Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona (OSPDH), 2016.

capacidade de prevenir a criminalidade. Igualmente foi demonstrado no capítulo antecedente que tais fundamentos remontam em suas linhas fundamentais ao pensamento de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, que no seio do movimento burguês revolucionário estabeleceu as bases iluministas de oposição ao Antigo Regime.

Nesse sentido, Beccaria não pode ser considerado propriamente um ideólogo, já que estava inserido em uma luta contra a antiga ordem e seus propósitos constituíam efetivamente um avanço civilizatório. O conceito de ideologia adotado no presente trabalho não se aplica, portanto, ao marquês milanês. O mesmo não pode ser afirmado em relação àqueles que reproduziram e conservaram os fundamentos do direito penal a partir da consolidação da nova ordem burguesa.

De fato, a reprodução dos fundamentos do direito penal moderno ao longo dos séculos não sofreu alterações significativas na exposição doutrinária. Salvo apontamentos excepcionais, como o desenvolvimento da teoria da pena por Franz von Liszt em correspondência com a modificação da estrutura do Estado e em observância aos estudos do positivismo criminológico da época, a doutrina propaga os fundamentos do direito penal sem maiores considerações históricas.

Desde a consolidação do direito penal moderno, a exposição doutrinária não foi conectada com as transformações históricas na sociedade. Os fundamentos do direito penal moderno não passaram por um cotejo histórico, como se constituísse uma parte do conhecimento humano imune às alterações na estrutura material da sociedade. Desde o século XVIII, sem profundas alterações estruturais, os fundamentos do direito penal são reproduzidos de maneira contínua e substancialmente semelhante, em uma redoma imune à história. É como se a sociedade não tivesse se alterado. Ou, em caso de alteração, como se o direito penal não se transformasse com ela.

A doutrina alemã constitui o principal arcabouço teórico do sistema jurídico romano-germânico, detendo a hegemonia teórica no direito penal moderno. Em seu percurso histórico, os principais tratadistas recolheram influências no campo filosófico que conferiram a particularidade de cada uma das obras. Com efeito, o causalismo, o neokantismo, o ontologismo e o funcionalismo, por exemplo, formaram verdadeiras escolas no direito penal alemão, com diferenças substanciais entre elas no que concerne à estrutura do delito.

Conquanto tenham recebido o influxo de diversas escolas filosóficas, a incorporação desse conhecimento restringiu-se aos fundamentos do delito em particular, e não aos fundamentos do direito penal propriamente dito. Se ao longo de mais de dois séculos são nítidas as transformações da concepção de delito, o mesmo não pode ser dito sobre os fundamentos de existência do direito penal moderno. Autores com influências filosóficas radicalmente distintas constroem teorias do delito igualmente diversas, mas reproduzem os mesmos fundamentos do direito penal⁴⁷⁴.

Ressalvada uma vez mais a exceção de Franz von Liszt em parte de sua teoria da pena, até mesmo eventual alteração na exposição dos fundamentos do direito penal é fruto de considerações filosóficas, e não históricas. É o caso da teoria da prevenção geral positiva, construção abstrata fundada a partir de apoio filosófico e sociológico que fecha ainda mais o direito dos influxos históricos e materiais concretos⁴⁷⁵.

No direito penal brasileiro o cenário é ainda mais acentuado. Caracterizado pela reprodução acrítica da doutrina europeia, sequer as alterações filosóficas caracterizam a originalidade de seus autores. A naturalização dos fundamentos do direito penal é ainda mais proeminente, a ponto de Aníbal Bruno afirmar que “a pena é um desses fatos sociais de validade universal, no tempo e no espaço, do qual nenhum povo prescinde”⁴⁷⁶, e Miguel Reale Júnior defender que “o poder de punir do Estado é uma decorrência da “natureza das coisas” da vida associativa.”⁴⁷⁷

A falta de suporte histórico na análise da pena é nítida, como se extrai da exposição doutrinária contida no capítulo anterior. Além de apresentarem os fundamentos do direito penal sem a historicização devida, os autores prescindem até mesmo da menção a trabalhos de cunho histórico, notadamente entre os autores brasileiros⁴⁷⁸. A história da

⁴⁷⁴ Dentre os alemães que expuseram os mesmos fundamentos para o direito penal, por exemplo, Edmund Mezger colaborou com o regime nazista e Karl Binding publicou ao lado Alfred Hoche o livro de caráter eugenista intitulado “Permitindo a Destruição das Vidas que não Valem Ser Vividas”. Cf. BINDING, Karl; HOCHÉ, Alfred. **Permitting the Destruction of Life Unworthy of Life**. Tradução Cristina Modak. Greenwood: Suzeteo Enterprises, 2012. Sobre o direito penal no nazismo, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Doutrina Penal Nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945**. Tradução Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, *passim*.

⁴⁷⁵ Cf. CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**, cit., p. 199.

⁴⁷⁶ BRUNO, Aníbal. **Penal, Parte Geral, Tomo 3º**, cit., p. 27-28.

⁴⁷⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 20.

⁴⁷⁸ A falta de referências históricas à história da pena no Brasil não se dá por falta de obras nesse sentido. Exemplificativamente, Cf. BATISTA, Nilo. Pena pública e escravismo, cit., *passim*. MAIA, Clarissa Nunes; SÁ NETO, Flávio de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz (org.). **História das prisões no Brasil**. 2v. Rio de Janeiro: Rocco, 2009; ANGOTTI, Bruna. **Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus:**

pena é, no máximo, uma exposição das teorias sobre a pena em ordem cronológica, da retribuição em Kant e Hegel até as teorias preventivas.

Nesse sentido, Nilo Batista alerta com acerto que “tem sido negligenciada, senão desconsiderada, pela reflexão penalística brasileira a circunstância de ter a pena pública sido instituída entre nós no marco de um modo de produção escravista.”⁴⁷⁹ A falta de referência histórica na doutrina penal brasileira é patente e dificulta a compreensão de seu significado até os dias atuais, diante das marcas deixadas pela pena no Brasil desde suas origens.

Para além da conexão com as transformações da sociedade como um todo, fatores específicos como alterações nos índices de encarceramento, transformação no formato das prisões, surgimento de novas formas de punição, políticas criminais sobre o conteúdo das penas, por exemplo, passam ao largo da exposição acerca de seu sentido real. As diversas transformações sociais, políticas e econômicas em geral, e as transformações específicas das formas de punição não são fruto de análise na exposição do pensamento penal, uma vez que, para a doutrina hegemônica, a pena previne *a priori*.

O mesmo pode ser afirmado quanto à função de garantia do direito penal. O direito penal parece ter cumprido sempre o mesmo papel desde a sua consolidação na sociedade moderna até os dias atuais. Não há um cotejo de sua função em diversas formas de sociedade, em regimes mais liberais ou mais autoritários. Pela forma de exposição, o escopo não se altera. O conteúdo do direito penal é transmitido como garantia do cidadão igualmente *a priori*, sem uma verificação histórica concreta de que realmente cumpre tal papel. O direito penal é tido como uma garantia em face do Estado independentemente do regime jurídico e político desse Estado, seja qual for o conteúdo de suas normas, que não é objeto de indagação dos penalistas na exposição dos fundamentos do direito penal moderno.

o surgimento dos presídios femininos no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2012; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005; SHECAIRA, Sérgio Salomão. Exclusão moderna e prisão antiga. In.: SÁ, Alvino Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011; TRINDADE, Cláudia Moraes. **Ser preso na Bahia no século XIX**. Tese de Doutorado. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012; SALLA, Fernando. **As prisões em São Paulo: 1822-1940**. 2 ed. São Paulo: Annablume, 2006; MANTOVANI, Rafael. A prisão em São Paulo na primeira metade do século XIX: demandas sociais, atores e contradições. In.: **Revista de História da USP**, n. 177, 2018.

⁴⁷⁹ BATISTA, Nilo. Pena pública e escravismo, cit., p. 286.

Os fundamentos do direito penal são, portanto, apriorísticos e naturalizados. Descobertas as “leis naturais” de garantia do cidadão em face do arbítrio estatal e da capacidade de prevenção de delitos, o direito penal passa a ser compreendido como uma construção definitiva na história da humanidade.

4.2.2 – Direito penal e idealismo

Conforme exposto acima, o móvel de Karl Marx na construção do conceito de ideologia tem origem em seu confronto com o idealismo alemão. Já na *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*⁴⁸⁰, a crítica fundamental se funda na rejeição ao logicismo abstrato e idealista de Hegel, para quem a Ideia, o pensamento, é o efetivo criador da realidade. Essa fuga do real, que acaba por mistificar a realidade, encerra um logicismo abstrato que encobre as relações concretas da vida social.

Importa ao seu oposto, o materialismo, aferir se há uma relação entre o âmbito ideal e a realidade concreta, entre as ideias, valores e representações que correspondem a uma consciência social e a sociedade na qual estão inseridos. O idealismo, ao contrário, concebe a verdade como algo imanente, como o resultado da racionalidade no plano interno do pensamento. Para um idealista, aponta Michel Mialle, “o princípio fundamental da explicação do mundo encontra-se nas ideias, na Ideia ou no Espírito, concebido como superior ao mundo da matéria”⁴⁸¹, que é produto ou efeito da ideia que a governa.

No campo do direito, o idealismo se manifesta por meio de seu estudo desvinculado da ambiência social em que ele efetivamente se produz, de modo a ignorar o caráter histórico-social do fenômeno jurídico e se alienar das condições concretas em que ele surge nas diferentes sociedades. A análise idealista do direito busca apreendê-lo dentro de um sistema de verdades reveladas, “ou como a expressão de uma ordem

⁴⁸⁰ MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*, cit..

⁴⁸¹ MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Tradução Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005, p. 47.

intrínseca à natureza das coisas, ou ainda, como a consagração de princípios válidos em si mesmos, em qualquer tempo e lugar, que o homem encontraria no interior de sua própria consciência.”⁴⁸²

O saber jurídico materialista busca justamente revelar as distorções entre as prescrições normativas e as relações sociais concretas, ou seja, distinguir, “na esfera jurídica, o ‘nível das aparências’ (realidade normativa) da ‘realidade subjacente’ (o sublinear, o que não está prescrito mas existe)”⁴⁸³. E tal aspiração só se torna possível com o rompimento do paradigma idealista, dada a sua referência tão somente ao “dever ser” lógico formal de formulações que prescindem do vínculo com a realidade sócio-histórica⁴⁸⁴.

A reprodução dos fundamentos do direito penal pelos autores trabalhados no capítulo anterior revela uma apreciação do direito sem suas raízes no mundo. Os seus fundamentos são expostos sem qualquer confrontação com a realidade concreta, com a manifestação do direito penal no mundo real.

Os autores partem de pressupostos que possuem lógica no plano da racionalidade: se o direito penal representa a forma de punição mais severa por parte do Estado, sua aplicação ou ameaça de aplicação proporciona, logicamente, a prevenção das condutas criminosas; se não houvesse a previsão de normas que regulassem a forma de o Estado aplicar a sanção mais grave do ordenamento jurídico, o cidadão estaria à mercê do arbítrio estatal, motivo pelo qual o direito penal é essencialmente uma forma de proteção individual em face do Estado.

Como as assertivas possuem sentido lógico e são racionalmente corretas, a doutrina penal a reproduz sem que se comprove no plano concreto, para além de uma racionalidade abstrata, se os fundamentos do direito penal cumprem efetivamente as funções a ele atribuídas. As ideias centrais que fundamentam o direito penal são tidas como verdades imanentes, resultado da racionalidade no pensamento, sem que se necessite verificar a correspondência no plano de sua incidência na realidade da vida social.

⁴⁸² MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 133.

⁴⁸³ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 19.

⁴⁸⁴ MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 78.

O idealismo penal se evidencia na ausência de apoio em estudos científicos que comprovem suas afirmações. Para o pensamento penal hegemônico, o direito penal cumpre papel preventivo *a priori*, ainda que não se apresentem estudos que comprovem o efeito dissuasório ou ressocializador da pena. Por outro lado, o direito penal é igualmente referenciado como um bem para o cidadão por essência, pela sua função de garantia diante do arbítrio estatal, mesmo que não se realizem estudos para comprovar tal capacidade do direito penal.

Com efeito, a doutrina penal hegemônica retratada no capítulo anterior reproduz os fundamentos do direito penal sem o cotejo com qualquer tipo de trabalho que embase suas assertivas no plano de sua manifestação concreta, da aplicação do direito penal na vida prática. Por séculos se reproduz o mesmo discurso sobre as funções da pena, sem que por todo esse período se analise efetivamente o papel da prisão, pena por excelência no direito penal moderno, ou quaisquer outras modalidades de sanção. Por sua vez, a função de garantia da norma não é confrontada com o papel desempenhado pelo direito na sociedade dividida em classes sociais.

É possível verificar, portanto, que não há um isolamento do direito penal apenas da história, conforme apontado no tópico anterior, mas também da sociologia, da economia, da antropologia, da criminologia e demais campos de conhecimento das ciências humanas. O direito penal resta, dessa forma, isolado, formal e alienado, pois “o direito sem a realidade social na qual está imerso não é senão um conjunto de expressões formais abstratas sem efetivo sentido jurídico”⁴⁸⁵.

É absolutamente ausente de consideração na obra dos autores retratados no capítulo anterior a confrontação da noção de prevenção criminal com as variações nos índices de encarceramento no Brasil e no mundo. Uma das principais questões de estudo das ciências criminais nos últimos anos é justamente o chamado giro punitivo, que proporcionou em diversos países o fenômeno do encarceramento em massa ou do grande encarceramento. Tal questão, de central importância para compreender as funções reais da pena e os critérios de validade da ideia de prevenção criminal, foram desenvolvidas em diversos países e sob paradigmas teórico-metodológicos distintos⁴⁸⁶. Igualmente a

⁴⁸⁵ ALVES, Alaôr Caffê. **Dialética e direito**: linguagem, sentido e realidade. Barueri: Manole, 2010. p. 15.

⁴⁸⁶ Dentre os trabalhos mais importantes sobre a temática, de maneira exemplificativa, cf. WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003; GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008; SIMON, Jonathan. Governar

delicada relação entre recrudescimento das leis penais e seu efeito dissuasório não passa pela análise de estudos⁴⁸⁷ sobre a temática, transmitida de maneira naturalizada e apriorística.

Por outro lado, a prisão, embora seja a forma de punição por excelência do direito penal moderno, não é trabalhada pelos penalistas em suas dinâmicas, papéis e transformações⁴⁸⁸. A ela são atribuídas funções que se supõe serem possíveis de serem cumpridas, mas sem qualquer apoio empírico ou fundado em análise de políticas penitenciárias⁴⁸⁹. Trabalha-se com a ideia de que basta a prisão estar de acordo com as prescrições legais que a prevenção especial restaria cumprida. Seu estado de constante ineficácia e de deploráveis condições ao redor do mundo⁴⁹⁰ passa inadvertido na exposição da maioria dos autores⁴⁹¹.

Tais temáticas e tantas outras, absolutamente fundamentais para a compreensão do papel da pena na sociedade moderna passam ao largo de questionamentos pela

através del delito. Tradução Victoria de los Ángeles Boschiroli. Barcelona: Gedisa, 2011; GIORGI, Alessandro. **Cinco teses sobre o encarceramento em massa**. Tradução Leandro Ayres França. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017; LACEY, Nicola. **The Prisoner's Dilemma**, cit., *passim*; JIMÉNEZ FRANCO, Daniel. **Mercado-estado-cárcel em la democracia neoliberal española**, cit., *passim*. No Brasil, cf. BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 99 et seq; PIMENTA, Victor Martins. **Por trás das grades: o encarceramento em massa no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2018; JESUS FILHO, José; FONSECA, Francisco César Pinto da. **Taxa de encarceramento: análise comparativa entre os Estados brasileiros**. **Revista Brasileira de Administração Pública**, vol. 10, n. 1, 2017; MINHOTO, Laurindo Dias. Foucault e o ponto cego na análise da guinada punitiva contemporânea. **Lua Nova**, v. 95, 2015; DAL SANTO, Luiz Phelipe. Cumprindo pena no Brasil: encarceramento em massa, prisão-depósito e os limites das teorias sobre o giro punitivo na realidade periférica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 151, ano 27, 2019.

⁴⁸⁷ Sobre o tema, com indicação dos principais trabalhos sobre a questão, cf. CORCIOLI FILHO, Roberto Luís. **Recrudescimento penal e dissuasão: um ensaio com vistas à superação do modelo no Brasil contemporâneo**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

⁴⁸⁸ Sobre as dinâmicas prisionais no Brasil, cf. WOLFF, Maria Palma. **Antologia de vidas e histórias na prisão: emergência e injunção de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; GODOI, Rafael. **Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na virada dos tempos**. São Paulo: Boitempo, 2017. Para a realidade latino-americana, cf. RIVERA BEIRAS, Iñaki; FORERO CUÉLLAR, Alejandro. **Diagnóstico de la violencia institucional em las prisiones de América Latina: sistemas y buenas prácticas para su respuesta y atención**. Madrid: Herramienta Social, 2018. Na Europa, cf. RIVERA BEIRAS, Iñaki. **La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciária**. 2 v. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

⁴⁸⁹ Sobre a ascensão e declínio das políticas prisionais, especialmente o chamado previdenciário penal nos Estados Unidos da América, cf. GARLAND, David. **A cultura do controle**, cit., p. 93 et seq. Sobre a política penitenciária brasileira, cf. ALMEIDA, Bruno Rotta. **Contradição e violência em torno da política criminal e penitenciária brasileira: uma análise a partir da fundação jurídico-normativa e da execução da pena**. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2016.

⁴⁹⁰ Cf. GONELLA, Patrizio. **Carceri: i confini della dignità**. Milão: Jaca Books, 2014.

⁴⁹¹ Exceção feita entre os autores brasileiros citados a Cezar Roberto Bitencourt e Heleno Cláudio Fragoço, conforme expressamente mencionado no capítulo anterior.

doutrina penal ao longo dos séculos. O confronto das teorias da pena com sua manifestação concreta na vida social mostra-se ausente⁴⁹².

Com relação ao fundamento de garantia exercido pelo direito penal, o movimento é semelhante. A exposição desse fundamento da pena é igualmente apriorística e sem confronto com a manifestação do direito penal na realidade concreta. Não há questionamentos se ele de fato cumpre esse papel e em qual medida, assim como não há análises sobre outros papéis que igualmente possa exercer além desse.

A extensão das garantias penais não é relacionada com regimes políticos nem com as especificidades geográficas. O direito penal é representado como um todo, sem apoio em diagnósticos sobre a eficácia de cada uma das garantias que representa especificamente. Sem apoio histórico e na materialidade de sua aplicação concreta, a garantia em face do arbítrio estatal se apresenta como um fundamento idealista.

Ressalte-se, conforme exposto no capítulo inicial, que o conceito de ideologia de Karl Marx não é uma oposição à falsidade. Com efeito, seu norte não era o desvelamento da falsidade ou manipulação no campo das ideias, mas aferir se há uma relação entre o âmbito ideal e a realidade concreta, entre as ideias, valores e representações que correspondem a uma consciência social e a sociedade na qual ela se insere.

Foi justamente o diagnóstico do descompasso entre a função de garantia e sua manifestação concreta que motivou a elaboração da obra seminal de Luigi Ferrajoli, cujas primeiras palavras identificam a crise de legitimidade do fundamento do direito penal moderno de proteção do cidadão em face do arbítrio estatal:

Este livro deseja contribuir com a reflexão sobre a crise de legitimidade que toma conta dos sistemas penais vigentes e, em particular, do italiano, no que diz respeito aos seus fundamentos filosóficos, políticos e jurídicos. Tais fundamentos foram em grande parte construídos - com o nascimento do Estado moderno como "Estado de Direito" - pelo

⁴⁹² Nesse sentido é a advertência de Alamiro Velludo Salvador Netto acerca da falta de compromisso com a realidade de determinadas elaborações dogmáticas: “Essas formulações dogmáticas, da maneira como são reproduzidas, passam a proporcionar um raciocínio normativo que distancia as razões jurídicas da pena das razões sociais do ato estatal de punir. Mais do que isso, talvez este discurso jurídico absorva o segundo, ocultando do operador do Direito a sempre necessária indagação dos consectários práticos de sua produção intelectual. O discurso funcionalista extremado, nesses moldes, faz com que o jurista debruce sua atenção apenas na coerência lógica de seus institutos, retirando de sua tarefa o compromisso com o real.”. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014, p. 166.

pensamento jurídico iluminista, que os identificou com uma série complexa de vínculos e garantias estabelecidas para a proteção do cidadão frente ao arbítrio punitivo. Apesar de terem sido incorporados em todas as constituições avançadas, esses vínculos são amplamente violados pelas leis ordinárias e ainda mais pelas práticas antiliberais que eles alimentam. A crise, por outro lado, afetou por muito tempo as bases clássicas do direito penal, seja porque são imprecisas ou, o que é pior, porque não podem ser satisfeitas, porque foram esquecidas e esmagadas por orientações eficientistas e pragmáticas.⁴⁹³

Além disso, por não investigar concretamente a real capacidade de garantia do cidadão em face do Estado, resta incompatível com a realidade, especialmente nos países da periferia do capitalismo, a ideia de que o direito penal é uma garantia do cidadão para que o Estado não se utilize de punições e procedimentos não previstos em lei. É o caso do chamado sistema penal subterrâneo⁴⁹⁴, o exercício do poder punitivo à margem dos marcos legais⁴⁹⁵. Nesse sentido, é o alerta irônico de Nilo Batista: “o penalista brasileiro, tal qual aquele personagem desiludido do samba de Chico Buarque, deve ‘mudar de calçada’ e ‘dar risada’ sempre que aparecer a categoria weberiana do monopólio estatal da violência legítima. ‘Mentira!’”⁴⁹⁶

O diagnóstico acima retratado, no entanto, não é verificado na exposição dos fundamentos do direito penal pelos autores abordados no capítulo anterior, justamente porque a reprodução teórica por eles realizada é de cunho idealista. Trata-se de um pensamento que se propõe efetivo criador da realidade e que concebe os fundamentos do direito penal moderno como verdades imanentes, resultado da racionalidade no pensamento e expressão de uma ordem intrínseca à natureza das coisas.

⁴⁹³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Tradução Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Racio Cantarero Bandres. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 21, tradução nossa.

⁴⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 69 et seq.

⁴⁹⁵ É o caso, por exemplo, da violência policial e das mortes sem pena tão comuns na realidade brasileira. Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. As mortes sem pena no Brasil: a difícil convergência entre direitos humanos, política criminal e segurança pública. In.: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 110, 2015.

⁴⁹⁶ BATISTA, Nilo. Pena pública e escravidão, cit., p. 309.

4.2.3 – Direito penal e a generalização do particular

O estudo da ideologia, como retratado acima, não está interessado propriamente na origem da produção das ideias para edificar uma relação de dominação, mas sim que seja dada ao conjunto de ideias de interesse das classes dominantes a forma de universalidade, apresentando-as de maneira racional e de validade universal. O determinante do pensamento ideológico, portanto, é transformar interesses e ideias particulares em interesses comuns, universais, em uma espécie de verdade imparcial e desinteressada.

Tal é o exemplo do Estado, elaborado na concepção hegeliana como ente superior e representante dos interesses gerais da sociedade. A crítica marxista, contudo, revelou ser o Estado produto da divisão da sociedade em classes, cuja função é justamente conservar e reproduzir tal divisão, de modo a garantir que os interesses comuns de uma classe particular e dominante sejam impostos como o interesse geral da sociedade.

Semelhante raciocínio pode ser levado à crítica da reprodução dos fundamentos do direito penal moderno. Tanto o caráter preventivo da pena em suas diversas modalidades, como o papel de garantia do direito penal em face do arbítrio estatal, da maneira como são expostos, revelam, quando muito, parte do fenômeno. Todavia são reproduzidas como um bem comum, de validade universal e desinteressada.

4.2.3.1 – As teorias da pena

Um dos fundamentos de existência do direito penal é o caráter benéfico de sua principal consequência, aquela que o diferencia dos demais ramos do direito, a pena. A ela são atribuídas muitas funções, as teorias de justificação da pena, elaboradas para

explicar o significado da punição, o motivo pelo qual o Estado se vale da pena, ou seja, a razão de ser do sistema jurídico punitivo.

No direito moderno, os discursos sobre a pena formaram as grandes narrativas de legitimação do poder punitivo⁴⁹⁷, que lhe conferem racionalidade e justificativa de existência. As teorias retributivistas e, sobretudo, as preventivas formaram o principal arcabouço teórico de sustentação das práticas punitivas estatais na modernidade. Conforme exposto no capítulo anterior, desde o século XVIII, com a incorporação de conteúdo posterior, reside na capacidade de prevenção da criminalidade um dos fundamentos do direito penal.

Conquanto ainda permaneçam hegemônicas no pensamento da doutrina penal, além de não se apresentarem acompanhadas de suporte histórico e material, as teorias da pena não apresentam no plano concreto as finalidades a elas declaradas. Há, com efeito, um descompasso entre as finalidades declaradas e as funções reais por ela exercidas. Nesse sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar diferenciam as funções da pena em manifestas (ou declaradas) e reais (ou latentes), pois as penas carregam consigo não só os papéis que as teorias da pena afirmam que elas exercem, senão que são inseparáveis de sua compreensão igualmente as funções que realizam na sua manifestação concreta para além daquilo que é declarado no plano discursivo ou mesmo legal⁴⁹⁸.

As teorias da pena reproduzidas pelos autores retratados no capítulo anterior são consideradas teorias positivas da pena, pois defendem a pena como um bem para a sociedade. É o seu caráter benéfico um dos pilares de sustentação do direito penal moderno, já que, se a pena constitui um bem, o Estado está legitimado a utilizá-la para o bem da sociedade⁴⁹⁹. Todavia, as finalidades declaradas da pena não possuem suporte teórico comprobatório para além de um logicismo racional, próprio do pensamento idealista.

Para a teoria retributivista, a pena representa uma justa retribuição pelo crime praticado. À violação do direito representada pelo delito deve corresponder uma pena

⁴⁹⁷ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 46.

⁴⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 87 et seq.

⁴⁹⁹ *Ibid*, p. 97.

para retribuir o mal causado e realizar a justiça⁵⁰⁰. Todavia, da mera retribuição, própria de qualquer espécie de pena, não se extrai, senão no plano da lógica idealista, a realização da justiça. Claus Roxin, por exemplo, atribui ao retribucionismo um mero ato de fé⁵⁰¹, já que a relação estabelecida entre o crime e a pena como forma de retribuição não constitui um nexo de causalidade necessário no qual o segundo mal (pena) compensará o primeiro (delito). Além disso, o potencial autoritário da ideia de vingança (lei de talião) e a ignorância da estrutura seletiva do sistema penal, não permitem que se atribua à pena a afirmação da justiça ou reafirmação do direito, senão apenas a retribuição de alguns poucos casos selecionados no processo de criminalização⁵⁰².

É, contudo, o discurso preventivo o real legitimador da punição na modernidade. As teorias preventivas da pena constituem o conjunto de discursos de maior amplitude e influência no âmbito da penologia desde o século XVIII, já que atribuem uma finalidade social à pena. Assim, a despeito da importância histórica das teorias retributivas, são as teorias preventivas que, de fato, fundamentam o direito penal moderno.

Na esteira do exposto no capítulo anterior, prevenção geral negativa é o principal discurso penal do liberalismo contratualista construído no seio do movimento iluminista. Seu ponto central reside na influência da pena na população em geral, naqueles que ainda não foram submetidos à punição criminal. Embora sofra críticas de âmbito normativo, por utilizar o homem como objeto de punição para atingir fins estatais, coisificando o sujeito, a crítica que se mostra fundamental é a sua incapacidade real de atingir suas finalidades declaradas.

Com efeito, a relação de causa e efeito entre a ameaça da pena e o não cometimento de crimes ignora a complexidade do fenômeno criminal e historicamente não restou comprovada no plano concreto⁵⁰³. Pesquisa com amplo apoio em pesquisas empíricas realizada por Roberto Luiz Corcioli Filho apontou que “a teoria da dissuasão está longe de se apresentar como válida e segura para a ampla gama de situações sociais conflitivas”.⁵⁰⁴ No direito penal brasileiro, o recrudescimento penal levado a efeito pela

⁵⁰⁰ Para uma análise mais profunda dos fundamentos e críticas dessa e das demais teorias da pena, Cf. CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**, cit., p. 37 et seq.

⁵⁰¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal**, cit., p. 84.

⁵⁰² CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**, cit., p. 45.

⁵⁰³ Cf. CARVALHO, Salo. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, cit., p. 68.

⁵⁰⁴ CORCIOLI FILHO, Roberto Luís. **Recrudescimento penal e dissuasão**, cit., p. 66.

Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) e pela Lei de Drogas (Lei 11.343/06), por exemplo, não resultou em prevenção dos delitos nelas previstos⁵⁰⁵.

Conforme apontamos em outra oportunidade, “ao ignorar a complexidade das relações sociais, a teoria da prevenção geral negativa identifica o poder punitivo com a totalidade da cultura, pois atribui à pena os efeitos produzidos por toda a ética social em uma espécie de panpenalismo jurídico”⁵⁰⁶. Embora o efeito proclamado não tenha se mostrado efetivo, a reprodução da teoria da prevenção geral negativa pela doutrina hegemônica é realizada com efeitos gerais e absolutos, em uma lógica idealista naturalizada do fenômeno.

Por sua vez, o segundo discurso de grande influência na justificação da pena, ou discurso da segunda fase da modernidade penal⁵⁰⁷, qual seja a teoria da prevenção especial, tem como característica fundamental a defesa da produção dos efeitos da pena sobre o indivíduo punido concretamente considerado. A principal vertente da prevenção especial é aquela qualificada como positiva, por observar na pena a função benéfica de melhoramento do sujeito para, com isso, prevenir que ele volte a delinquir.

Materializada naquilo que Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar chamam de *ideologias re*, essa teoria planeja a melhora do sujeito mediante ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização e/ou reincorporação⁵⁰⁸. Este discurso legitimador da pena sofre igualmente uma série de críticas, seja no plano normativo, por violar o pluralismo político e a secularização que, no contexto democrático, impedem que o Estado possa intervir no âmbito da autonomia da consciência individual, seja no plano metodológico, ao partir da equivocada ideia do crime como uma manifestação natural do sujeito criminoso, defendida a partir do erro metodológico⁵⁰⁹ de pesquisa empírica realizada pelo positivismo criminológico.

⁵⁰⁵ Para dados estatísticos, cf. CORCIOLI FILHO, Roberto Luís. **Recrudescimento penal e dissuasão**, cit., p. 69 et seq.

⁵⁰⁶ CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**, cit., p. 49 et seq.. No mesmo sentido, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**, cit., p. 118.

⁵⁰⁷ CARVALHO, Salo. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, cit., p. 75.

⁵⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, op. cit., p. 126.

⁵⁰⁹ Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**, cit., p. 136; BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**, cit., p. 40.

Para além dessas críticas, sua contestação mais contundente reside na estrutural incapacidade da pena privativa de liberdade de alcançar os fins propostos de ressocialização. A ideia de ressocializar um indivíduo retirando-o do convívio social revela uma contradição insuperável, de modo que se torna “insustentável a pretensão de melhorar mediante um poder que impõe a assunção de papéis conflitivos e que os fixa através de uma instituição deteriorante”.⁵¹⁰ Conforme apontamos em outra oportunidade, “os deletérios efeitos do encarceramento sobre a vida das pessoas são duradouros e conflitantes com a ideia de um bem para o sujeito”, já que a prisão, forma punitiva por excelência da modernidade, constitui-se em uma instituição total⁵¹¹ e “carrega consigo uma série de características que contribui para a deterioração da pessoa presa e configura uma forma de infligir dor e sofrimento, que a torna incompatível com os declarados efeitos de melhora e reinserção social”.⁵¹²

Teorias posteriormente incorporadas ao discurso legitimador da pena, como a prevenção especial negativa e a prevenção geral positiva, igualmente foram desconstruídas em suas finalidades declaradas. A primeira, fundada na ideia de inocuização do sujeito, embora encontre nas ideias de prisão-depósito⁵¹³ da atualidade uma correspondência concreta em certo sentido, não é capaz de atingir seus objetivos declarados, senão limitar alguns tipos de crime e o espaço geográfico deles, além de fomentar o caráter criminógeno da prisão.

Por sua vez, a prevenção geral positiva, que atribui à pena a função de assegurar a vigência da norma e estimular a fidelidade ao direito, é por si mesma um todo idealista sem qualquer referência material. Não há nela sequer uma pretensão empírica, residindo no plano da abstração e logicidade de sua formulação⁵¹⁴.

A fragilidade reconhecida pelos próprios defensores das teorias de legitimação da pena fundou o que se convencionou chamar de teorias unificadas da pena, hegemônicas

⁵¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**, cit., p. 126.

⁵¹¹ GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 8. ed. Tradução Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 11.

⁵¹² CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**, cit., p. 56.

⁵¹³ Sobre a ideia de prisão-depósito, cf. BIRKBECK, Christopher Howard. Prisiones e internados: una comparación de los establecimientos penales en América del Norte y América Latina. **Caderno CRH**, Salvador, v. 23, n. 25, 2010; DAL SANTO, Luiz Phelipe. Cumprindo pena no Brasil, cit., p. 300 et seq.. Em sentido crítico à ideia de prisão-depósito, cf. GODOI, Rafael. **Fluxos em cadeia**, cit., *passim*.

⁵¹⁴ Para uma crítica integral, cf. CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**, cit., *passim*.

no pensamento penal contemporâneo. Trata-se de um discurso que reúne em si as teorias legitimadoras da pena e tenta, pelas supostas qualidades de cada uma, superar os defeitos que lhes são inerentes.

A junção das teorias em um conjunto unificado em nada supre seus problemas inerentes. Em verdade, a partir de uma abstração teórica, pensam ser possível eliminar elementos negativos estruturais das teorias que a compõem a partir da unificação de suas pretensas qualidades em um plano teórico ideal. Como apontam, Eugênio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, a teoria unificadora da pena, “na prática, traduz-se em uma pluralidade de discursos legitimantes que permitem ‘racionalizar’ qualquer decisão, através tão-somente da escolha do discurso mais apropriado entre os que estão apresentados.”⁵¹⁵ A solução permanece, portanto, no plano do idealismo. Melhor seria, como faz Nilo Batista, classificá-las como teorias combinatórias, ao referir-se criticamente a esse conjunto teórico:

Sabemos hoje dos riscos das chamadas teorias combinatórias das penas, que agregam as funções retributivas e preventivas, gerais ou especiais. São elas que mais facilmente habilitam poder punitivo, porquanto eventual deficiência da necessidade preventiva é logo suprida pela exigência retributivista, e vice-versa, como na fábula do lobo e do cordeiro: se o réu não precisa de emenda, os demais precisam de exemplo, ou o contrário, e se não há necessidade nem de emenda nem de exemplo, o princípio retributivo se encarrega de fundamentar a pena. Tanto mais totalizante e reticular seja o controle punitivo pretendido por certo sistema penal historicamente determinado, mais precisará ele de uma teoria combinatória da pena.⁵¹⁶

A reprodução doutrinária das teorias fundamentadoras da pena não apenas naturaliza as consequências negativas de sua manifestação concreta⁵¹⁷, como recorre a

⁵¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**, cit., p. 126.

⁵¹⁶ BATISTA, Nilo. Pena pública e escravismo, cit., p. 301.

⁵¹⁷ CARVALHO, Salo. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**, cit., p. 41.

uma apresentação teórica com escassa solidez fundamentadora⁵¹⁸. Sem historicidade e materialidade, resta a utilização do mecanismo ideológico da generalização do particular, que as mantém em permanente estado de crise.

De fato, quando elaboram a teoria negativa e agnóstica da pena, Eugênio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar partem justamente da invalidação das teorias positivas, ou seja, as teorias legitimadoras que conferem efeitos benéficos e positivos à pena. Para os autores, o fracasso das teorias legitimadoras da pena decorre precisamente de serem falsas ou, ao menos, não generalizáveis, ou seja, seus efeitos positivos, na hipótese de existirem, limitam-se a pouquíssimos casos e não são capazes de validar a pena como prática punitiva dotada de racionalidade positiva para a promoção de valores progressistas:

As funções positivas concedidas ao poder punitivo são falsas desde o ponto de vista das ciências sociais, não se comprovam empiricamente, provêm de generalizações arbitrárias de casos particulares de eficácia, jamais tendo sido confirmadas em todos os casos ou mesmo e um número significativo deles.⁵¹⁹

Com efeito, não é possível afirmar categoricamente que a pena não tenha qualquer efeito preventivo. Em circunstâncias específicas, bem como para pessoas específicas, é possível que determinada incriminação tenha algum efeito dissuasório, muito embora seja impossível proferir juízos categóricos acerca de um inerente e geral papel dissuasório da ameaça penal, especialmente no que toca à sua associação com o fenômeno do recrudescimento punitivo⁵²⁰.

Da mesma forma, é possível encontrar pessoas para quem algum serviço prestado na prisão tenha possibilitado uma melhora posterior em suas condições de vida, contudo é de se reconhecer a profunda excepcionalidade dessa medida, em razão justamente da consideração dos efeitos estruturais proporcionados pela prisão. Em um caso como em

⁵¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 114.

⁵¹⁹ *Ibid*, p. 96.

⁵²⁰ Cf. CORCIOLI FILHO, Roberto Luís. **Recrudescimento penal e dissuasão**, cit., p. 113.

outro, é possível, ainda, que tais efeitos pudessem ter sido realizados sem a necessidade da pena. O que ocorre, na verdade, é uma simplificação do complexo fenômeno da prevenção criminal, conferindo efeitos gerais a partir de juízos abstratos não comprovados e, portanto, não generalizáveis.

Um discurso que é, em sua maior parte, comprovadamente falso, e que muito excepcionalmente pode ter parte de sua finalidade alcançada, é reproduzido de maneira generalizada como um conjunto teórico harmônico e naturalizado. A exceção, que por definição não é a essência do fenômeno, é reproduzida como se o fosse, tratando o particular como o geral, ou seja, a exceção de um fenômeno negativo como um fenômeno essencialmente positivo.

A prevenção criminal é elevada a fundamento de existência do direito penal moderno a partir da reprodução de um discurso que confere efeitos gerais a fenômenos notadamente particulares, procedimento que, aliado à falta de referencial histórico do fenômeno e ao idealismo teórico, confere um caráter ideológico ao discurso legitimador da pena.

4.2.3.1 – As garantias em face do Estado

A partir da elaboração de Beccaria, a doutrina penal hegemônica apresenta como um dos fundamentos do direito penal moderno o papel de proteção do cidadão em face das possíveis arbitrariedades estatais. Fundado no jusnaturalismo contratualista, o direito penal moderno se ergue com a ideia de Estado de Direito para limitar o próprio Estado em suas ações.

Em sua reprodução pelo pensamento penal hegemônico, o direito penal é apresentado como essencialmente garantista, característica inerente a esse ramo do direito, sua razão de existir. Sem transformações ao longo da história e sem cotejo com a materialidade das relações sociais, o direito penal é representado em seu fundamento de garantia sem contradições e sem especificar o conteúdo de suas normas. Apenas seu

aspecto pretensamente benéfico é explorado, que acaba conferindo um caráter de justiça ao direito penal como um todo.

Todavia, é igualmente a institucionalização jurídica que permite ao Estado exercer o poder punitivo no bojo do Estado de Direito. O simples fato de ser previsto juridicamente e permitir a incidência do poder punitivo apenas nas hipóteses previamente determinadas não confere, por si só, uma qualidade intrínseca ao direito penal. Há uma confusão entre o legal e o justo, um elogio da legalidade em si mesma.

Com efeito, o princípio da legalidade penal não tem o mesmo significado de uma norma que incrimina uma conduta ou aumenta a pena de uma ação previamente incriminada, da mesma forma que a norma penal que prevê a regra da anterioridade da lei penal não possui o mesmo significado da norma que incrimina a pesca em período proibido ou que aumenta o lapso temporal da progressão de regime de cumprimento de pena.

Conforme apontado acima, a transição do feudalismo para o capitalismo ensejou a mudança de uma forma de dominação direta de classe para um domínio indireto, intermediado pelo Estado, terceiro com poder de decidir os conflitos surgidos na sociedade. A garantia da dominação capitalista passa a ser feita por um terceiro distinto das reais forças de dominação exercida por uma classe, uma dominação indireta, que se exerce pelo Estado e se perfaz pela ordenação jurídica.

Enquanto o Estado absolutista se conduzia pela defesa dos privilégios da nobreza, a partir das revoluções burguesas, o Estado moderno institui as ideias de igualdade e liberdade e passa a por elas se pautar na forma de um Estado de Direito. O Estado, então, regulamenta os interesses da classe dominante por meio das leis, garantia por essência das relações de exploração capitalista.

O Estado de Direito e a constituição do direito moderno são uma necessidade do novo modo de produção da sociedade. No capitalismo, o direito ganha um papel central e necessário em razão de constituir o elemento intermediador da dominação de classe e adquire uma nova forma. Conforme apontamento de Pashukanis, diante da necessidade econômica de uma sociedade baseada na troca de mercadorias, a forma do poder público, estatal, e do direito, ganham novo formato⁵²¹. Ao se estabelecer uma economia de

⁵²¹ PASHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**, cit., p. 79.

circulação mercantil fundada na exploração do trabalho, na qual bens e pessoas são cambiáveis, institui-se um conjunto de formas sociais e uma série de ferramentas jurídicas como reflexo destas novas configurações econômicas.

O Estado de Direito é uma necessidade da nova ordem constituída e é por meio das leis e da força imperativa desse terceiro imparcial que a vida social passa a ser pautada. Assim, a regulação do direito em geral e do direito penal em particular se revela como uma necessidade da nova ordem, não como uma benesse em sua essência. A atuação do Estado é intermediada pelo ordenamento jurídico e a legalidade passa a ser uma decorrência estrutural de sua forma.

Não é por acaso, portanto, que para a legitimação da nova ordem jurídica surge o positivismo jurídico. Essa corrente jusfilosófica não mais especula sobre o justo, senão reduz o direito às normas postas e seu estudo às técnicas para resolver os conflitos com o manejo delas. As referências sobre o justo passam a se balizar por aspectos formais e restam dissociadas de sua fonte real social, de maneira que o jurista deixa de indagar acerca das causas sociais e históricas do fenômeno jurídico⁵²².

No campo do direito penal, a influência do positivismo jurídico, embora raramente debatida nesses termos, foi marcante. Como a legalidade foi elevada ao fundamento de legitimidade do direito penal, de modo que a função de garantia que limita a atuação estatal justifica sua própria existência, o estudo desse campo do direito foi concentrado nas técnicas de sua aplicação. Não é fruto do acaso nem de mera preferência pessoal que desde sua constituição nos moldes modernos o estudo do direito penal tenha sido predominantemente dogmático.

A razão fundamental que levou os penalistas a concentrarem seus estudos na teoria do delito, ou seja, nos pressupostos diante dos quais uma conduta pode ser tida como criminosa, não é outra senão a confusão positivista da legalidade com a legitimidade. Se o direito penal está posto e sua razão de existir está fundada no fato de se apresentar legalizado e, portanto, como limite do Estado, resta compreender as técnicas e pressupostos de sua aplicação.

Não é sem motivo, com efeito, que, conforme retratado no capítulo anterior, o penalismo moderno reproduz os fundamentos do direito penal de maneira apriorística e sem aprofundamentos, enquanto a teoria do delito passou por profundas transformações

⁵²² MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**, cit., p. 199.

ao longo dos últimos dois séculos. Em boa medida a preocupação dos penalistas ao elaborarem a teoria do delito foi efetivamente construir técnicas e fundamentos de limite à atuação do Estado em face da liberdade humana, pautados no fundamento de garantia do direito penal. Por outro lado, os fundamentos do direito penal propriamente dito e o estudo da penologia, por exemplo, tiveram ao longo da história do direito penal moderno um caráter verdadeiramente periférico no campo científico.

Contudo a função de garantia em face do Estado, por ser fundada na legalidade, se manifesta, inexoravelmente, de modo contraditório. O mesmo movimento que limita a atuação do poder punitivo estatal é aquele que o legitima. O direito penal é legítimo porque posto, o simples fato de existir como forma jurídica já lhe traz, segundo o pensamento penal hegemônico, a sua própria legitimidade. Como se o Estado fosse legítimo por ser “de Direito”, e o direito penal fosse legítimo por ser legalizado, já que somente dentre dos parâmetros de legalidade poderia o Estado agir.

Atento para essa contradição, Juarez Tavares observa que o princípio da legalidade, ao mesmo tempo em que se apresenta como garantidor da liberdade, passa também a servir de legitimação dos atos destinados a suprimir tal liberdade e que sua legitimidade não pode advir da simples legalidade ou de uma racionalidade idealista:

A incriminação não pode ser enunciada como evidente apenas pela circunstância de que seja legalizada. Se a legalização é importante para conter, em um primeiro momento, as ânsias punitivas do poder, deverá, também, submeter-se a um procedimento de verificação de sua legitimidade, que desde logo não pode, portanto, confundir-se nem com a legalidade nem com a racionalidade.⁵²³

O pensamento penal hegemônico não busca compreender o direito penal em suas determinações estruturais na sociedade, senão inscreve na norma jurídica e na legalidade o seu próprio fundamento. A garantia em face do Estado é uma decorrência de estar o direito penal no plano da legalidade, forma estrutural do direito no capitalismo e forma

⁵²³ TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Direito e Psicanálise**: interseções a partir de “O Processo” de Kafka. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

essencial de o direito penal existir enquanto tal. Fundar o direito penal como uma garantia por essência é uma forma acrítica a parcial de analisar o fenômeno. Semelhante raciocínio foi apontado por Alysson Leandro Mascaro sobre a temática dos direitos humanos:

Os direitos humanos não podem ser tomados acriticamente, como escudo de resistência total à barbárie ou como atributo imediato, imparcial e neutro da dignidade humana. (...) É por gostar da dignidade humana e por ela lutar que não se pode deitar confortavelmente na ilusão normativista causada pelos direitos humanos como mera ferramenta jurídica de garantias.⁵²⁴

De fato, apenas um dos aspectos do fenômeno é analisado. Na exposição do pensamento penal retratado no capítulo anterior, restam ausentes o cotejo desse fundamento do direito penal com a realidade, a diferença do caráter das normas penais e a análise da justiça do direito penal para além de sua legitimação pela legalidade.

A garantia do cidadão em face do Estado é apenas um dos aspectos do direito penal em sua normatividade. As normas que incriminam uma conduta, por exemplo, legitimam a intervenção estatal em esfera antes não permitida e não representam, portanto, dispositivos que em sua essência sejam garantias do cidadão. O mesmo em relação a uma norma que aumente a pena de uma conduta já incriminada ou de qualquer outra forma incremente o poder punitivo estatal.

Por outro lado, sob o regime da legalidade e da garantia o direito penal em sua manifestação concreta produz efeitos que não são expostos pela doutrina penalista hegemônica. Um sistema seletivo, que produz vigilância sobre determinada parcela da sociedade e cuja principal forma de punição proporciona um regime de sofrimento, possui consequências e funções outras para além da ideia de garantia. O direito penal possui características estruturais que o conformam como um mecanismo essencialmente injusto em uma análise materialista de sua incidência, conforme será mais adiante exposto. A

⁵²⁴ MASCARO, Alysson Leandro. Direitos Humanos: uma crítica marxista. In.: **Lua Nova**, vol. 101, 2017, p. 111-112.

contradição de representar um discurso garantista dentro de uma ordem autoritária foi apontada por Juarez Tavares de maneira lapidar:

Inicialmente, alguns poderiam compreender – e acreditavam nisso – que a associação de ilícito criminal e pena serviria a um propósito positivo: prevenir o delito e ressocializar o criminoso. Este é o discurso que a ciência penal sempre manejou e até hoje exprime, tanto por manifestações doutrinárias de seus especialistas, quanto pelas reiteradas decisões judiciais. Para tanto, busca-se ainda proceder à diferenciação entre política criminal, de um lado, e direito penal, de outro, para emprestar a este último a chancela magna de um conjunto de conhecimentos destinados à proteção da pessoa em seus direitos fundamentais; uma cultura do bem em oposição ao mal. Aqui, mais uma falácia provocada pelo mito: a edificação de um discurso garantista frente a uma legislação autoritária. Mais uma forma emblemática de legitimação do poder punitivo, sem se comprometer com a política criminal populista. O mito mais uma vez se impõe: gera discursos, incrementa discussões, promove encontros, sugere controle, se autodelimita e santifica a proteção. É interessante notar, também, que o discurso legitimador pode não ser maldoso; ao contrário, pode resultar de bons propósitos, por exemplo, da concepção sincera de que, mediante algumas correções, se obterá uma limitação do poder.⁵²⁵

Além disso, resta fora da elaboração doutrinária tradicional a incapacidade de o direito penal evitar por completo a incidência de mecanismos de punição fora da ordem legal instituída, características do direito penal subterrâneo, acima mencionado. Notadamente no campo prisional, a legalidade não consegue concretizar-se em integral garantia em face das arbitrariedades estatais, o que torna o sistema prisional um dos ambientes de maior violação da dignidade humana ao redor do globo.

A legalidade, portanto, tem diversos aspectos, contradições e, sobretudo, insuficiências, mas a doutrina penal revela apenas sua face garantista e a reproduz como sua essência. Uma vez mais o procedimento de apresentar um dos aspectos particulares do fenômeno como o todo é utilizado, típico de abordagens ideológicas.

⁵²⁵ TAVARES, Juarez. Mito e ideologia: objetos não manifestos no sistema penal, cit., p. 164.

A ideologia, repita-se, não revela necessariamente a falsidade do fenômeno. E aqui, mais do que nas teorias da pena, a parte do fenômeno que é atribuída como sua totalidade não é, de fato, falsa. Dentro da ordem constituída, a garantia do cidadão em face do Estado existe e tem importância real, especialmente num campo do direito caracterizado justamente pela restrição da liberdade praticada, invariavelmente, com violação de aspectos da legalidade, como no exemplo das prisões, que permanecem e se reproduzem em grande parte alheia a uma série de garantias do cidadão em face do Estado⁵²⁶.

Nas dinâmicas da ordem instituída as garantias penais têm importância fundamental e devem ser ampliadas. No Brasil, por exemplo, a execução penal é um ambiente cujas arbitrariedades estatais permeiam quase a totalidade de suas relações, em verdadeiro regime de exceção. A criação de garantias em face do Estado nesse ambiente é um reclamo justo e necessário, mas que não tornariam a prisão legítima por tal razão, já que essa instituição social tem características estruturais que lhe conferem um caráter essencialmente negativo.

As tensões e lutas sociais conseguem impor garantias políticas e jurídicas dentro da ordem instituída, ainda que contra os interesses das camadas dominantes. A dinâmica das disputas na sociedade faz avançar e em outros momentos retroceder as garantias do cidadão em face do Estado. Ainda nos momentos de efetivo avanço, tais garantias, no campo do direito penal, não devem ser entendidas como fonte de sua legitimação, senão uma resistência às formas de exploração e injustiça representadas pela ordem jurídico-penal.

O direito penal não é essencialmente garantista e instituído em benefício do cidadão em face do Estado. Ele é uma forma de controle social punitivo necessária na ordem capitalista e se institui por meio de mecanismos repressivos, violentos e tortuosos. A partir de sua existência enquanto tal, sua única forma válida no plano de um Estado de Direito pressupõe as garantias inseridas em sua estrutura, o que não pode ser visto como uma forma de fundamentá-lo e legitimá-lo, embora em alguma medida isso ocorra em virtude da contradição da própria ideia de legalidade. As garantias penais devem ser encaradas como uma limitação concreta do poder dentro de uma ordem injusta, e não a

⁵²⁶ Nesse sentido, cf. o conceito de prisão ilegal em RIVERA BEIRAS, Iñaki. **La cuestión carcelaria**, vol. 2, cit., p 299 et seq.

essência dessa mesma ordem. A própria ideia de garantia tem limites evidentes dentro da ordem instituída, como alerta uma vez mais Alysson Leandro Mascaro:

Afirmção e negação dos direitos humanos se dão numa mesma sociabilidade. É defendendo os direitos do indivíduo que os proprietários do capital do mundo dormem tranquilos, sem medo do saque ou da divisão compulsória do que é seu com os pobres. Os Estados, ao operarem a partir de constrações como as da legalidade, ensejam apenas um movimento de distribuição dentro dos termos do *suum cuique tribuere* capitalista. As tensões e lutas sociais fazem avançar garantias políticas e jurídicas, mas, quando Estados e direito ameaçam arranhar determinadas distribuições da riqueza ou do poder, direitos humanos são varridos do cenário da própria sociabilidade burguesa.⁵²⁷

A forma de exposição da doutrina penal tradicional representa na ideia de garantia a própria razão de existir do direito penal, mostrando apenas parte do fenômeno. A reprodução acrítica do fenômeno o interpreta como um avanço civilizatório em si mesmo, como um mecanismo de garantia essencialmente justo e legítimo. Com isso incide em mais um procedimento típico da manifestação ideológica ao generalizar um aspecto particular e tomá-lo como o todo do fenômeno.

Assim, tanto as teorias da pena quanto as garantias em face do Estado são expostas por meio de um procedimento ideológico, desistoricizadas, sem apoio na materialidade das relações sociais concretas e por meio da generalização de aspectos particulares do fenômeno. O reconhecimento do caráter ideológico do direito penal é um passo fundamental para a compreensão do fenômeno sob estudo, mas ele demanda mais. É preciso revelar o que se encobre sob seu manto e as ações que demanda a partir da perspectiva materialista adotada no presente trabalho.

⁵²⁷ MASCARO, Alysson Leandro. Direitos Humanos, cit., p. 110-111.

CAPÍTULO 5 – IDEOLOGIA PENAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

SUMÁRIO – 5 – Ideologia penal e suas consequências - 5.1. Ocultamento, inversão e naturalização no direito penal: a reprodução das relações sociais vigentes – 5.1.1 – As teorias da pena – 5.1.2 - As garantias em face do Estado – 5.2 – Consequências do reconhecimento da ideologia penal.

Revelados os contornos que tornam a reprodução dos fundamentos do direito penal moderno como ideológico, compete expor as consequências da ideologia penal. Se a ideologia oculta, inverte e naturaliza, devem ser apresentados os elementos ocultados, invertidos e naturalizados pelo pensamento penal dominante. Conforme exposto acima, a ideologia é uma forma de consciência que oculta e com isso impede que as determinações que existem na realidade sejam percebidas e compreendidas. Assim, deve ser exposto o que é encoberto com o véu da ideologia no direito penal.

Por fim, resta apresentar as consequências práticas e as propostas resultantes do reconhecimento dos fundamentos do direito penal como expressões da ideologia. A ideologia na concepção marxiana aqui adotada se expressa como um fenômeno prático, que dessa forma deve ser superado por meio da prática transformadora da realidade na qual é produzida. Se o mero combate às ideias falsas e o desvelamento da ideologia são necessários, mas insuficientes, devem ser apresentadas as consequências práticas e as proposições para o enfrentamento da ideologia penal, ou seja, o que fazer diante do quadro apresentado.

5.1 – Ocultamento, inversão e naturalização no direito penal: a reprodução das relações vigentes

Como elogio à ordem posta, a ideologia é uma forma de consciência que se apresenta por meio da reprodução do pensamento sem referencial histórico e material sobre o fenômeno analisado. Seu principal mecanismo de funcionamento é a apresentação daquilo que é particular como se fosse universal e daquilo que é histórico como se fosse natural. No campo do direito penal não é diferente, conforme apontamos no capítulo anterior.

O procedimento ideológico tem como resultado a ocultação do verdadeiro fenômeno, o que impede que as suas determinações fundamentais sejam percebidas e devidamente compreendidas. Em razão de sua forma de construção, o pensamento ideológico naturaliza os fenômenos e proporciona inversões da realidade. Como resultado ou função capital está o suporte da ordem vigente, a promoção da reprodução das relações sociais dominantes.

5.1.1 – Teorias da pena

Na exposição das finalidades da pena o procedimento ideológico transparece. As tradicionais teorias da pena, ao reproduzirem e defenderem apenas os seus aspectos positivos por meio de uma exposição idealista, ocultam os reais efeitos por ela produzidos. Se a discussão se mantém no nível das funções declaradas, o controle possível é apenas da racionalidade desse discurso, e não da racionalidade do poder exercido propriamente, que requer o confronto do discurso declarado com as suas funções reais⁵²⁸. É justamente a disparidade entre o que se declara e o que efetivamente ocorre

⁵²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 88.

que deve pautar a análise crítica do fenômeno, o descompasso entre o dever ser e o ser do objeto.

Ao representar a pena exclusivamente de maneira positiva, como um bem, a doutrina penal tradicional acaba por ocultar – e com isso legitimar - o modo real de exercício do poder punitivo, que só ocasional e isoladamente cumpre qualquer uma das funções manifestas a ele atribuídas⁵²⁹.

Além de não comprovar seus efeitos positivos, a prevenção geral exerce no plano prático efeitos que não lhe são atribuídos pela doutrina penal hegemônica. O principal deles, com efeito, é o poder de vigilância que se exerce pelas agências policiais, notadamente sobre a parcela da população mais vulnerável⁵³⁰. Por outro lado, em razão de seu próprio fracasso, é o principal discurso utilizado para elevar as punições. Como não se verifica na prática a prevenção dos crimes que tenta dissuadir, seu discurso é reutilizado para aumentar o declarado poder dissuasório, conforme o círculo descrito por Ricardo Genelhú e Sebastian Scheerer:

1 – publica-se uma lei penal prometendo prender os desobedientes; 2 – a desobediência acontece; 3 – alguns desobedientes não são presos; 4 – o poder prisional discursa afirmando que a criminalidade se aperfeiçoou e está ainda mais perigosa e menos intimidada; 5 – o pânico moral é instalado; 6 – para evitar atropelos, transfere-se a responsabilidade da ineficiência daquela lei para o público, alegando-se que ele lhe outorgou pouco poder; 7 – diante disso exige-se mais capacidade de reação; 8 – autorizada essa capacidade, o poder punitivo aproveita para criar novos crimes, aumentar as penas existentes, exigir mais energia repressiva, etc.; 9 – novas desobediências acontecem, fechando-se o círculo.⁵³¹

Além da ocultação dos efeitos acima, a teoria da prevenção geral proporciona inversões de sentido na medida em que, na esteira da passagem acima, tem como

⁵²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 96.

⁵³⁰ Cf. *Ibid*, p. 98; GENELHÚ, Ricardo; SCHEERER, Sebastian. **Manifesto para abolir as prisões**. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 154 et seq.

⁵³¹ GENELHÚ, Ricardo; SCHEERER, Sebastian. **Manifesto para abolir as prisões**, cit., p. 153-154.

consequência o aperfeiçoamento criminal “ao estabelecer o maior nível de elaboração delituosa”, agindo como elemento “propulsor de maior elaboração criminosa”⁵³².

É, contudo, nas teorias de prevenção especial que as ocultações e inversões da ideologia penal se apresentam de maneira mais destacada. Ao compartilhar as características das instituições totais, a prisão, forma punitiva central do direito penal moderno, carrega consigo não só a incapacidade de melhoria do aprisionado, senão um efeito deteriorante da pessoa humana. De fato, os deletérios efeitos do encarceramento sobre a vida das pessoas são duradouros e conflitantes com a ideia de um bem para o sujeito. A prisão configura, em verdade, uma forma de infligir dor e sofrimento, efeito incompatível e encoberto pelas declaradas funções de melhora e reinserção social.

A privação da liberdade em uma instituição como a prisão proporciona a desestruturação do indivíduo em um processo descrito por Erving Goffman como “mortificação do eu”⁵³³. As características próprias do ambiente prisional em nada repetem o ambiente social de convivência livre. A limitação espacial, o isolamento afetivo pelo afastamento familiar e social, a falta de contato com experiências normais de vida⁵³⁴, a convivência forçada com pessoas não escolhidas, a arquitetura claustrofóbica, a monotonia excessiva e as relações de poder e disciplina que se estabelecem no cárcere são inegáveis fontes de sofrimento⁵³⁵.

As condições de sobrevivência nas prisões são invariavelmente desumanas. O maior ou menor apoio de serviços assistenciais pode variar o grau de sofrimento, mas não retira o caráter estrutural da prisão de produzi-lo. A deterioração psíquica, irreversível a longo prazo, a ausência de condições ideais para uma vida saudável e os riscos de degradação da saúde, de morte por diversas causas e de abusos de toda ordem, amplamente reconhecidos pela literatura especializada⁵³⁶, tornam o aprisionamento uma

⁵³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 117.

⁵³³ GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**, cit., p. 24 et seq.

⁵³⁴ KARAM, Maria Lúcia. **A privação de liberdade: o violento, danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 16.

⁵³⁵ CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**, cit., p. 215.

⁵³⁶ Por todos, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, op. cit., p. 126.

forma de deterioração do ser humano. É nesse sentido que, para Massimo Pavarini, a pena é e segue sendo um sofrimento causado intencionalmente com fins de degradação⁵³⁷.

Ademais, a prisão é o principal meio de imposição do estigma⁵³⁸ de criminoso, que não só implica em maiores dificuldades na retomada da vida em liberdade, como torna o sujeito ainda mais vulnerável a novas seleções criminalizantes pelas agências policiais, uma vez que essa seleção tem como um dos pontos centrais de determinação justamente o estereótipo do criminoso.

Os efeitos deletérios e estruturalmente negativos da pena concretamente considerada são ocultados pelo discurso teórico que enxerga na mesma instituição o meio de melhora do sujeito. Efeitos esses que se agravam em períodos de transformações históricas que culminam no processo de encarceramento em massa em parte considerável do mundo⁵³⁹ e com a transformação das prisões em verdadeiros depósitos de pessoas descartáveis⁵⁴⁰.

As contradições das teorias de prevenção especiais revelam a fragilidade dos pressupostos teóricos que a sustentam, de modo a proporcionar verdadeiras inversões da realidade. A ideia de ressocializar um indivíduo retirando-o do convívio social e de melhorar o sujeito por meio de uma instituição deteriorante, resulta, como não seria difícil de supor, na dessocialização e piora da pessoa submetida a tais condições. O processo de “desculturação”, que se efetua pela desadaptação às condições e circunstâncias de vida em liberdade, e de “prisionalização”, que se configura na adaptação à subcultura carcerária⁵⁴¹, são opostos à ideia de melhora ou “ressocialização” da pessoa humana.

⁵³⁷ PAVARINI, Massimo. **Castigar al enemigo**: criminalidad, exclusión e inseguridad. Quito: FLASCO, 2009, p. 128.

⁵³⁸ Sobre o estigma, cf. GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Tradução Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

⁵³⁹ Os dados brasileiros podem ser encontrados em CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões** – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 2018, disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0>>, acesso em 10 jan. 2019; DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – **Levantamento nacional de informações penitenciárias** - Infopen. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Federal, 2017, disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>, acesso em 10 jan. 2019. Para dados mundiais, cf. o “World Prison Brief” em <<http://www.prisonstudies.org/>>, acesso em 10 jan. 2019.

⁵⁴⁰ Cf. FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 35.

⁵⁴¹ Cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**, cit., p. 184.

O processo de dessocialização, a degradação física e psíquica geradas pelo aprisionamento e o estigma por ele proporcionado, ao invés de prevenir o delito, torna mais vulnerável a pessoa aos processos de criminalização e tem, além disso, um caráter criminógeno. Como exemplo contemporâneo do caráter criminógeno da pena no Brasil, observa-se o surgimento de facções prisionais no seio de uma realidade prisional degradante e seu fortalecimento no curso do processo de encarceramento em massa⁵⁴². A teoria da prevenção especial negativa e sua materialização nas “prisões-depósito”, revela seu caráter contraditoriamente criminógeno em um discurso que se mostra limitado e invertido.

Nas teorias de prevenção especial, portanto, a ideologia penal se mostra ainda mais nitidamente como uma inversão da realidade. A pena que declara melhorar, piora; o efeito que manifesta prevenir, cria condições de criminalização e criminalidade.

O papel ideológico de reprodução do sistema penal exercido pelas teorias da pena foi devidamente observado por Vera Regina Pereira de Andrade, com destaque para o procedimento de inversão, acima descrito:

O sistema penal se caracteriza por uma eficácia instrumental invertida, à qual uma eficácia simbólica (legitimadora) confere sustentação. Quer dizer: enquanto suas funções declaradas ou promessas apresentam uma eficácia meramente simbólica (reprodução ideológica do sistema), porque não são e não podem ser cumpridas, o sistema penal cumpre, de modo latente, outras funções reais, não apenas diversas, mas inversas às socialmente úteis declaradas por seu discurso oficial, que incidem negativamente na existência dos sujeitos e da sociedade.⁵⁴³

Entre ocultamentos e inversões, a reprodução do fundamento preventivo na doutrina penal tradicional, na forma como abordada no terceiro capítulo, naturaliza não só a pena como mecanismo de imposição de dor e sofrimento, como também os

⁵⁴² Cf. SHIMIZU, Bruno. **Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas**: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas. São Paulo: IBCCRIM, 2011, p. 83 et seq.

⁵⁴³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p.135.

instrumentos de intensificação desse processo ao fundamentar novas leis e práticas que o potencializam. A legitimação da pena por meio da reprodução das teorias preventivas sem lastro histórico e material, que generaliza particularidades do fenômeno analisado, conforma um pensamento ideológico que oculta os movimentos fundamentais do fenômeno, inverte determinações e naturaliza sua injustiça concreta.

5.1.2 – As garantias em face do Estado

Ao lado da prevenção do delito, o direito penal tem como outro fundamento legitimador a garantia do cidadão em face do Estado, conforme exposto acima. Contudo a função de proteção contra o Estado, por ser fundada na legalidade, se manifesta, inexoravelmente, de modo contraditório, já que o mesmo movimento que limita a atuação do poder punitivo estatal é aquele que o legitima.

Ao fundamentar o direito penal pela exposição de apenas um lado da moeda e confundir a legalidade com a justiça, a doutrina penal hegemônica oculta uma série de características estruturais da manifestação concreta do direito penal. Forjado nos ideais do liberalismo iluminista, o direito penal não só é referido com um bem para o cidadão, como é justo na medida em que considera a atuação do direito penal de maneira isonômica.

Segundo o senso comum teórico reproduzido pelo pensamento liberal, o direito penal é a forma de intervenção mais drástica sobre a liberdade individual, motivo pelo qual o poder punitivo estatal deve ser limitado, sob pena de vivermos em um regime de barbárie. Assim, o direito penal da modernidade é submetido à legalidade e intervém de forma punitiva, dentro da legalidade, sobre aqueles que praticam crimes. O fato de as pessoas que efetivamente são penalizadas pertencerem a um grupo social específico não causa maiores questionamentos, tratando-se de uma discussão verdadeiramente ausente entre os penalistas tradicionais. Parte-se do pressuposto de que o direito penal atua em razão apenas dos crimes praticados e a constatação de apenas uma parcela específica da

população ser aprisionada decorre do fato de que praticam mais crimes, cujo fator criminógeno principal reside na pobreza.

Foi no campo do estudo criminológico, especialmente após a virada paradigmática proporcionada pela criminologia da reação social⁵⁴⁴, que a seletividade do sistema penal foi revelada como elemento estrutural do seu funcionamento⁵⁴⁵. Com a concentração dos estudos criminológicos nos processos de criminalização, a crítica ao funcionamento do sistema penal se acentuou a partir de algumas constatações. A primeira delas foi a cifra oculta: as estatísticas criminais oficiais representam apenas uma ínfima parcela do que significa a criminalidade real. Segundo Alessandro Baratta, a diferença entre a criminalidade real e aquela oficialmente registrada é “seguramente inferior a 10%”⁵⁴⁶.

Além disso, constatou-se igualmente que os crimes são praticados por pessoas de todos os estratos sociais, faixas etárias, etnias e gêneros, e não somente por uma minoria perigosa da sociedade. Dessa forma, “se a conduta criminal é majoritária e ubíqua e a clientela do sistema penal é composta, *regularmente* e em todos os lugares do mundo, por homens adultos jovens, pertencentes aos mais baixos estratos sociais e em grande medida não brancos”⁵⁴⁷, é porque a criminalização – e a impunidade – é orientada por meio de uma seletividade.

Embora haja uma efetiva seleção entre todo o conjunto de pessoas que pratica crimes, tal seletividade não é ordenada por um grupo de pessoas que escolhe a seleção como política, não há uma conspiração⁵⁴⁸. Há uma incapacidade estrutural das agências do sistema penal operacionalizarem toda a legislação penal, o que é natural em certo sentido, uma vez que é inimaginável que se cumpra todo o programa primário de criminalização, pois converteria a sociedade em um caos em busca da concretização de um programa inexecutável⁵⁴⁹. O sistema penal, portanto, não pode proceder de outro modo que não o seletivo, que é um atributo estrutural do direito penal, muito embora o grau de

⁵⁴⁴ cf. SHECAIRA, Sergio Salomão. **Criminologia**, cit., p. 270 et seq.

⁵⁴⁵ Para uma caracterização mais detalhada do processo de criminalização e da seletividade penal cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 43 et seq; CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**, cit., p. 201 et seq.

⁵⁴⁶ BARATTA, Alessandro. Direitos Humanos: entre a violência e a violência penal. **Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, n. 2, 1993, p. 49.

⁵⁴⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**, cit., p. 138. Grifo no original.

⁵⁴⁸ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, op. cit., p. 48.

⁵⁴⁹ Cf. *Ibid*, p. 43-44.

seletividade possa variar de acordo com as características de cada sociedade e por circunstâncias conjunturais específicas.

Os mecanismos que determinam a seleção baseiam-se primordialmente pela ideia de vulnerabilidade. As agências penais, notadamente as corporações policiais, possuem limitações operativas que fazem com que a regra da criminalização concreta - criminalização secundária – recaia sobre pessoas que pratiquem fatos grosseiros de fácil detecção - a obra tosca da criminalidade - e que por sua incapacidade de acesso ao poder político, econômico ou midiático causem menos problemas às referidas agências⁵⁵⁰.

Por meio dessa seleção, forma-se o estereótipo do criminoso e a consequente “imagem pública do delinquente com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos”⁵⁵¹. Como consequência, a obra tosca da criminalidade e estereótipo do criminoso passam a conformar os principais fatores da vulnerabilidade perante o poder punitivo, principalmente em sociedades com profundas diferenças sociais, étnicas e estéticas como a brasileira.

De acordo com a classificação produzida por Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, a principal forma de criminalização é aquela pautada pelo estereótipo, sendo excepcionais tanto a criminalização por comportamento grotesco ou trágico e criminalização devida à falta de cobertura⁵⁵². Com efeito, a atuação seletiva baseada na vulnerabilidade pelo estereótipo e prática de crimes de fácil detecção torna inoperante o seu funcionamento para outros grupos sociais que não aqueles que são preferencial e estruturalmente alvos das agências penais.

Em países da periferia do capitalismo como o Brasil, as dinâmicas reais do sistema penal conformam uma seleção de pessoas que carregam consigo características sociais, etárias, raciais, estéticas e de gênero⁵⁵³ específicas que transformam o processo de criminalização brasileiro em um processo de criminalização da pobreza. As camadas mais vulneráveis da classe trabalhadora constituem, portanto, o perfil de pessoas selecionadas no processo de criminalização.

⁵⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 46.

⁵⁵¹ *Ibid*, p. 45.

⁵⁵² Para um detalhamento sobre as formas de criminalização, cf. *Ibid*, p. 49 et seq.

⁵⁵³ Sobre o papel do patriarcado na seleção, cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**, cit., p. 140 et seq.

É, além disso, nos mesmos estratos sociais e com perfil semelhante⁵⁵⁴ que se encontram preferencialmente as vítimas e os policiais, atores de fundamental importância no processo de criminalização. Juntos, engendram um perverso efeito assim descrito por Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar:

*Se considerarmos que os criminalizados, os vitimizados e os policizados (ou seja, todos aqueles que sofrem as consequências desta suposta guerra) são selecionados nos estratos sociais inferiores, cabe reconhecer que o exercício do poder estimula e reproduz antagonismos entre as pessoas desses estratos mais frágeis, induzidas, a rigor, a uma auto-destruição.*⁵⁵⁵

A manifestação concreta do direito penal, a execução do seu programa na realidade material, revela um verdadeiro controle social de classe, com sofisticados mecanismos punitivos ocultados sob o véu das garantias. A distribuição díspar do aparelho punitivo estatal revela a faceta autoritária desse mecanismo de controle social que conduz à reprodução das condições de desigualdade sobre a qual ele mesmo opera.

Além disso, no caso brasileiro⁵⁵⁶, a questão racial tem papel igualmente central no processo de criminalização. Embora seja de conhecimento até mesmo do senso comum que as prisões brasileiras são majoritariamente ocupadas por pessoas negras⁵⁵⁷, a questão racial é invariavelmente ignorada nos manuais de direito penal da doutrina brasileira

⁵⁵⁴ Sobre a relação de semelhança e não de identidade, cf., ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**, cit., p. 137 et seq; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 53 et seq.

⁵⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 58. Grifos no original.

⁵⁵⁶ A centralidade da questão racial no processo de criminalização é igualmente característica do sistema penal de diversos países, mas teoricamente desenvolvida com profundidade nos Estados Unidos da América. Cf. ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação**. Racismo e encarceramento em massa. Tradução Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2017; TONRY, Michael. **Punishing race**: A continuing American dilemma. Oxford: Oxford University Press, 2011; PAGER, Devah. **Marked**: Race, crime, and finding work in an era of mass incarceration. Chicago: The University of Chicago Press, 2003; SOSS, Joe; FORDING, Richard C.; SCHRAM, Sanford F. **Disciplining the poor**: Neoliberal paternalism and the persistent power of race. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.

⁵⁵⁷ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – **Levantamento nacional de informações penitenciárias** - Infopen. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Federal, 2017, disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>, acesso em 10 jan. 2019.

hegemônica. Com efeito, já advertiu Nilo Batista que os discursos e opiniões que revelem o racismo do sistema penal brasileiro “devem ser ocultados e desconsiderados”⁵⁵⁸, enquanto Ana Luiza Pinheiro Flauzina aponta que o controle das populações em desafio do poder hegemônico no Brasil sempre foi empregado em silêncio⁵⁵⁹. Nas ciências criminais, Flauzina aponta que “foi mesmo impossível sufocar a voz e abalar os sentidos quando as massas encarceradas e os corpos caídos estampavam monotonamente o mesmo tom”, de modo que o sistema penal pôde se valer do negro como personagem, mas não do racismo como fundamento. Apenas como dado do senso comum, à questão racial restou caminhar “pelo acostamento”⁵⁶⁰. Nas obras de caráter geral, como os manuais, no entanto, ela é verdadeiramente ausente.

De fato, um pensamento construído sem aporte histórico e ignorando as relações sociais materiais não poderia engendrar senão um conjunto teórico que oculta a questão racial, ainda que se consiga na esfera do senso comum perceber a centralidade que essa questão tem nas entranhas do sistema penal, afinal é de conhecimento geral o real destinatário das prisões brasileiras. Conforme aponta Ana Luiza Pinheiro Flauzina, o racismo deita raízes no nascedouro do sistema penal brasileiro:

Fruto de uma colonização portuguesa de números exponenciais, responsável pelo extermínio maciço da população indígena e da mais impressionante empresa de tráfico e escravização dos povos africanos, o sistema penal brasileiro está vinculado ao racismo desde o seu nascedouro.⁵⁶¹

Com efeito, desde suas origens no sistema penal colonial-mercantilista⁵⁶², de 1500 a 1822, o Brasil tinha por característica servir de destino nas penas de degredo de Portugal⁵⁶³, mas sobretudo o sistema penal edificou-se com o objetivo central de garantir

⁵⁵⁸ BATISTA, Nilo. Apresentação. In: FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**, cit., p. 12.

⁵⁵⁹ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**, cit., p. 42.

⁵⁶⁰ *Ibid*, p. 51-52.

⁵⁶¹ *Ibid*, p. 43.

⁵⁶² BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: **Novas tendências do direito penal: artigos, conferências e pareceres**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 105-106.

⁵⁶³ Cf. ROMÃO, Miguel Lopes. **Prisão e ciência penitenciária em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 103 et seq.

o domínio de senhores sobre os escravizados. As práticas punitivas se davam nessa relação de domínio privado, no interior das relações entre senhores e cativos, no universo de contraposição entre casa-grande e senzala. Como as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas não tiveram aplicabilidade de fato nessas relações, foi no espaço privado que se regularam a extensão das práticas punitivas do período, especialmente com as funções de disciplinamento de mão-de-obra, controle de fugas e patrulhamento de episódios de insurreição⁵⁶⁴.

Desde seu nascedouro, o discurso da inferioridade do negro foi utilizado para manejo do sistema penal, seja para uso na internalização dessa ideia na própria população negra, seja pela difusão do medo no restante da população como forma de naturalizar a subalternidade⁵⁶⁵. A passagem para o sistema imperial não significou mudanças radicais nas formas punitivas, senão uma sofisticação do projeto colonial. Como a Constituição de 1824 manteve o regime escravista e o *status* de mercadoria das pessoas escravizadas, o Brasil vivia o paradoxo de abrigar sob o mesmo regime o liberalismo e a escravidão, de modo que sistema seguiu em boa parte ancorado no âmbito privado.

Com o Código Penal do Império, de 1830, o escravo, que para os demais ramos do direito seguia como mercadoria - sob a qual incidiam tributos -, para o direito penal era tomado como pessoa, ainda que de segunda categoria, pois a ele não se estendia a abolição de penais cruéis, como açoites, torturas e marcas de ferro (art. 179, XIX, do Código Criminal de 1830). A transição para o espaço público foi precedida de mecanismos jurídicos de controle, como a criminalização da vadiagem, e pela adoção das práticas punitivas privadas pela ordem pública, como os açoites nas prisões⁵⁶⁶.

As prisões nascem no Brasil sobretudo para o controle da população negra. Da senzala à prisão⁵⁶⁷, dos grilhões para as algemas, o destinatário seguia o mesmo, com

⁵⁶⁴ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**, cit., p. 58-60.

⁵⁶⁵ *Ibid*, p. 62.

⁵⁶⁶ Sobre o período imperial, cf. DIETER, Maurício Stegemann. Sistema Econômico e Tutela Penal do Escravo no Brasil Imperial. **Discursos Sediciosos** (Rio de Janeiro), v. 19/20, 2013, p. 613 et seq.

⁵⁶⁷ As relações entre controle social de escravos, livres pobres e libertos com a exploração da mão de obra era de tal magnitude que a construção da Casa de Correção do Rio de Janeiro, a primeira prisão com trabalho do império brasileiro, foi realizada com o trabalho daqueles que seriam seus destinatários. Durante a construção, os africanos livres não só ficavam depositados na nova prisão, como eram obrigados a seguir a rotina dos presos sentenciados: “Ainda na década de 1830, as pressões britânicas pelo fim do tráfico de escravos pelo Atlântico fizeram surgir uma nova categoria de trabalhadores no país: os africanos livres. Eles foram usados para dar maior agilidade às obras, tornando-se essenciais para a construção da penitenciária. Ao perceberem isso, conseguiram arrancar das autoridades alguns benefícios que supostamente a condição de “livre” lhes trariam sem grandes esforços. Ficavam depositados na nova prisão,

reforço do estigma de criminoso. A passagem para o regime republicano manteve o cerne do empreendimento de controle social baseado no racismo, não mais em uma enunciação explícita, mas sob os moldes da ideologia da democracia racial. Ao mesmo tempo, na academia, a preocupação era com a construção científica da inferioridade do negro e sua insita propensão à criminalidade, notadamente sob a pena de Raimundo Nina Rodrigues, que, em 1894, publica *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*⁵⁶⁸.

As bases de atuação do sistema penal brasileiro não conseguiram se divorciar por completo do passado colonial, de maneira que o racismo constitui um referencial central e determinante na atuação dos sistemas penais contemporâneos. O estereótipo do criminoso, base do processo de criminalização secundária, é herança escravista que impõe uma seletividade racial pelos agentes do sistema de justiça criminal⁵⁶⁹. Por outro lado, a passagem pela prisão retroalimenta o racismo na medida em que sustenta o imaginário popular do negro como criminoso a partir da divulgação acrítica da imagem prisional tomada por pessoas majoritariamente negras. Trata-se de um círculo vicioso que alimenta e é alimentado pelo sistema penal, na medida em que as pessoas são selecionadas em grande parte pelo estereótipo do criminoso vinculados à raça, que é reforçado posteriormente com a efetiva passagem pelas prisões.

O racismo é parte da estrutura do funcionamento do sistema penal brasileiro, é um de seus componentes orgânicos, ou seja, o padrão de funcionamento das instituições que gerem o sistema penal redundante em manifestações que privilegiam grupos raciais. O racismo, portanto, é um elemento determinante na forma “normal” de funcionamento do

obrigados a seguir a rotina dos sentenciados. Mas não sem resistência.” ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira de. **Cárceres Imperiais**: a Casa de Correção do Rio de Janeiro. Seus detentos e o sistema prisional no Império, 1830 – 1861. Tese de Doutorado. Departamento de História. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Estadual de Campinas, São Paulo, 2009, p. 318.

⁵⁶⁸ NINA RODRIGUES, Raimundo. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Nacional, 1938.

⁵⁶⁹ Costumeiramente relacionados apenas aos agentes policiais no momento da abordagem policial, pesquisas recentes apontam para o tratamento diferenciado na atividade judicial. Pesquisa patrocinada pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, coordenada pela pesquisadora Carolina Dzimidas Haber, revelou que as chances de uma pessoa branca ser liberada em audiência de custódia na cidade do Rio de Janeiro é 32% maior do que uma pessoa negra nas mesmas condições. A pesquisa está documentada como “Terceiro relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas Audiências de Custódia, disponível em <<http://www.defensoria.rj.def.br/Documento/Institucional-pesquisas?page=2>>, acesso em 15 fev. 2019. Outra pesquisa realizada pela Agência Pública com quatro mil sentenças proferidas em São Paulo constatou que negros são mais condenados do que brancos pelo crime de tráfico de drogas. Além disso, as características da imputação variam conforme critérios raciais, pois negros são denunciados com quantidade de droga menor, e a desclassificação da imputação para posse de drogas é 50% maior para brancos. Disponível em <<https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-comenos-drogas-em-sao-paulo/>>, acesso em 15 fev. 2019.

sistema penal, que acaba sendo também reproduzido e fomentado por esse funcionamento ordinário das instâncias do sistema de justiça criminal. Não se trata de uma patologia social ou de desarranjo institucional, mas do racismo em sua concepção estrutural⁵⁷⁰, constituído historicamente a partir das relações materiais da vida em sociedade.

Trata-se de uma relação construída historicamente, reproduzida nas relações políticas, econômicas, jurídicas e sociais desde o nascedouro do nosso sistema penal. Há uma relação de conservação e permanência de tal magnitude que não é exagerado dizer que, sob formato renovado, os paradoxos do império seguem presentes: sob a égide de uma Constituição Cidadã, a população negra segue sobrevivendo sob os mais baixos índices sociais; sem acesso aos direitos sociais fundamentais, tem, no entanto, no direito penal o protagonismo de uma história nada dignificante.

A reprodução das relações sociais vigentes, manifestada pelo domínio de classe fundada no racismo, é ocultada pelo pensamento penal hegemônico ao longo dos séculos. Sob o discurso do garantismo, que revela apenas uma parte do fenômeno e acaba por confundir legalidade com legitimidade e justiça, resta ocultada a face fundamental do direito penal na sociedade moderna, que se revela na reprodução das relações sociais vigentes.

Em sociedades extremamente desiguais nas quais vigora o racismo estrutural, como o Brasil, o direito penal é um elemento central na reprodução das relações sociais de desigualdade, na medida em que serve como mecanismo de dominação de classe e racial e reproduz essas relações a partir de seus instrumentos normais de funcionamento. Ao expor as garantias em face do arbítrio estatal como fundamento, como freio ao arbítrio, o pensamento penal moderno tradicional oculta seu papel de mola propulsora de relações sociais desiguais.

Além de ocultar, o pensamento penal tradicional incorre em inevitáveis inversões. Se o direito penal é benéfico e justo, o perfil da população prisional é apresentado como o conjunto social que mais comete delitos. Dessa forma, acabam por confundir fatores determinantes da criminalização, como a pobreza e a raça, com causas da

⁵⁷⁰ ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 36 et seq.

criminalidade⁵⁷¹, invertendo uma relação já descortinada pelos estudos criminológicos críticos.

O discurso que fundamenta o direito penal moderno na ideia de garantia em face do Estado é parcial e naturaliza o seu papel de conservação das estruturas de dominação na sociedade moderna. Com efeito, o direito penal em sua manifestação concreta não só atua de forma arbitrária, na medida em que incide sobre parcela específica da sociedade, como reproduz relações de classe e raciais.

Assim como atua majoritariamente sobre um conjunto social específico, fundado nas ideias de classe, pobreza e raça, o direito penal igualmente reproduz a desigualdade e o racismo a partir dos efeitos concretos que a pena proporciona. Nesse sentido, o pensamento penal ideológico naturaliza as consequências e o papel do direito penal como aparelho de reprodução das condições reais existentes.

Fincada na ideia de garantia, a doutrina penal se pauta em um paradigma idealista que ignora o fato de que no Estado de Direito é por meio da lei que as ações estatais são pautadas. A legalidade é a garantia do Estado para o exercício do poder punitivo, e não uma garantia do cidadão por essência. A garantia do cidadão existe no seio de uma estrutura posta, com o uso técnico do aparato legal que permite o exercício da punição moderna.

Dentro dessa estrutura forjada pela legalidade, as garantias devem ser utilizadas para limitar o exercício que é autorizado pela mesma legalidade, mesmo que nem sempre isso seja possível no plano da manifestação concreta do direito penal. Nesse sentido, Vera Malaguti Batista observa que o sistema penal não foi concebido para suprimir as ilegalidades, mas para geri-las de modo diferenciado⁵⁷². Dessa forma, ao se tomar como fundamento do direito penal a essência de garantia, ignora-se a particularidade do fenômeno jurídico no capitalismo e legitima-se uma ordem estruturalmente injusta.

Mais do que uma barreira, por excelência a legalidade é o mecanismo que permite a atuação estatal punitiva, pois não existe outra forma de atuação na estrutura de um Estado de Direito que não seja justamente pela legalidade. Sua essência é a engrenagem, não o freio, ainda que, dentro de uma máquina que está em funcionamento, a legalidade

⁵⁷¹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 46.

⁵⁷² BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**, cit., p. 94.

possa impedir que ela perca a direção e avance o sinal vermelho. No plano concreto não é possível ignorar sua importância, mas também não se pode tomar a parte pelo todo, nem fazer do uso possível a própria essência.

Os limites do garantismo penal ficam evidenciados com a demonstração do caráter estrutural do funcionamento do sistema penal, que lhe emprega, a partir de uma análise crítica, o caráter essencialmente injusto e ilegítimo. Mesmo que em um plano ideal se observem todas as garantias do direito penal em um Estado Democrático de Direito, sua manifestação se dará de maneira arbitrária, não porque as regras são violadas, mas porque dentro das regras do jogo o direito penal se manifesta de forma seletiva, não cumpre suas funções declaradas e tem como resultado a reprodução das condições sociais vigentes. Mesmo com a aplicação regular das normas jurídicas de garantia em face do arbítrio estatal, o direito penal será arbitrário e reproduzirá a desigualdade social e o racismo.

Nesse sentido, ao confrontar as noções de Estado Penal, de Loïc Wacquant⁵⁷³, Estado Policial, de Eugenio Raúl Zaffaroni⁵⁷⁴, e Estado de Exceção, de Giorgio Agamben⁵⁷⁵, Adriana Eiko Matsumoto aponta insuficiências das análises na medida em que “guardam, entre si, características que apontam para uma contraposição ao Estado Democrático de Direito, ou mesmo, para um Estado que propicie garantias mínimas para a vida de seus cidadãos”⁵⁷⁶. Para a autora, não se trata de uma contraposição entre diferentes modelos de Estado, mas sim, de uma complementaridade entre as políticas sociais e penais sob a égide desse mesmo Estado Democrático de Direito.

Para Matsumoto, a ação repressiva do Estado caminha de mãos dadas com as políticas sociais que visam a responder à questão social, motivo pelo qual o conceito-chave para compreender o giro punitivo na contemporaneidade é o de Estado Democrático de Direito Penal⁵⁷⁷:

⁵⁷³ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**, cit., *passim*.

⁵⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

⁵⁷⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁵⁷⁶ MATSUMOTO, Adriana Eiko. **Práxis social e emancipação**: perspectivas e contradições no Estado Democrático de Direito Penal. Tese de Doutorado. Psicologia Social. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 64.

⁵⁷⁷ MATSUMOTO, Adriana Eiko. **Práxis social e emancipação**, cit., p. 70.

A constituição de um Estado Democrático de Direito Penal apresenta-se, pois, como uma categoria-síntese que propõe explicar as contradições da realidade, principalmente no campo das políticas públicas neoliberais, no que diz respeito à total complementaridade entre as políticas sociais e penais como uma suposta resposta à “questão social”.⁵⁷⁸

Com efeito, é no bojo de um Estado Democrático de Direito que o direito penal tem se tornado cada vez mais presente no controle social punitivo. A observância das garantias, portanto, confere legalidade, mas não legitimidade ao direito penal na sociedade capitalista. Todo o giro punitivo verificado na maior parte do mundo nas últimas décadas se realizou sob a vigência do Estado Democrático de Direito, ainda que no contexto de um Estado Democrático de Direito Penal, na acertada síntese de Matsumoto.

Por isso são corretas as críticas ao garantismo contemporâneo - cuja principal figura é Luigi Ferrajoli -, na medida em que se mostram insuficientes, e não propriamente erradas, as críticas ao excesso no direito penal, e não a ele em si. Com efeito, aponta Vera Malaguti Batista que “seu garantismo critica a expansão, mas justifica o sistema penal”, mesmo estando provado que “o excesso, ou a exceção, faz parte do que foi historicamente o papel do poder punitivo no capitalismo”⁵⁷⁹.

Em linhas gerais, portanto, é necessário afirmar que a crítica aos fundamentos do direito penal deve sair dos estreitos – e conservadores – limites do positivismo jurídico e abarcar uma concepção materialista forjada na totalidade do fenômeno analisado. Assim, é possível caracterizar os fundamentos do direito penal como ideológicos.

Tanto a ideia de prevenção da criminalidade quanto a de garantia do cidadão em face do Estado foram reproduzidas pela doutrina penal tradicional de maneira acrítica ao longo dos séculos. Sem lastro no materialismo histórico, seu procedimento de exposição ocultou aspectos essenciais do fenômeno, possibilitou uma análise invertida de tantos

⁵⁷⁸ MATSUMOTO, Adriana Eiko. **Práxis social e emancipação**, cit., p. 181.

⁵⁷⁹ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**, cit., p. 106. Em sentido semelhante, cf. ANITUA, Gabriel Ignacio. **Historias de los pensamientos criminológicos**. Buenos Aires: Del Puerto, 2010, p. 454 et seq.; BARBÉRIO, Naiara Vilardi Soares. **Teoria do garantismo penal: um sistema justificador da pulsão punitiva**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 82 et seq.

outros e naturalizou sua função real mais determinante: a reprodução das relações sociais vigentes.

5.2 – Consequências do reconhecimento da ideologia penal

Revelar o caráter ideológico dos fundamentos do direito penal moderno tem uma importância fundamental dada a complexidade do próprio conceito. O caráter ideológico do fenômeno analisado expõe seus problemas metodológicos, na medida em que demonstra a falta de apoio histórico e de referenciais materiais na reprodução dos fundamentos do direito penal. O caráter ideológico das ideias fundantes analisadas desvela a ausência de conexão do pensamento penal tradicional com as relações sociais concretas, fruto de um idealismo cuja racionalidade se preocupa tão somente com as conexões lógico-abstratas.

Por outro lado, a crítica da ideologia penal, baseada no materialismo histórico conduz à análise do fenômeno a partir da totalidade e possibilita compreendê-lo em suas múltiplas determinações. Com isso, a face ocultada pelo pensamento penal ideológico, as inversões proporcionadas pelos seus equívocos analíticos, bem como a naturalização da reprodução das relações sociais vigentes revelam sua função de manutenção dos interesses de classe, seu caráter injusto e sua ilegitimidade.

A demonstração do caráter ideológico dos fundamentos do direito penal é vital para sair no nível das aparências e buscar a essência do direito penal a partir do cotejo com o conjunto das relações sociais. Quanto mais escondidas estão as determinações que fundamentam o direito penal, mais naturalizado fica o seu resultado⁵⁸⁰.

Outra consequência do reconhecimento do caráter ideológico dos fundamentos do direito penal é a necessidade de superação do paradigma positivista na reprodução e ensino do direito penal. Com efeito, na modernidade, o direito liberal burguês produziu um discurso tendente à ocultação de seus aspectos valorativos, e no direito penal em

⁵⁸⁰ MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política: livro III**, cit., p. 880.

específico não foi diferente. O normativismo positivista foi o arcabouço filosófico mais destacado do direito sob o capitalismo, justamente em razão de sua capacidade de ocultar as dimensões sociais, políticas e históricas do fenômeno jurídico e transmiti-lo como técnica asséptica⁵⁸¹.

Oposto às possibilidades do materialismo histórico, o normativismo positivista é o exemplo mais bem-sucedido do idealismo jurídico. Fruto do pensamento abstrato, o trabalho da ciência jurídica positivista é a busca do juízo de “dever ser” hipotético da norma com utilização do método lógico-formal. O positivismo jurídico não só é insuficiente para o conhecimento do direito penal em sua completude, como, ao negar o valor reflexivo do discurso jurídico e a sua realização no plano concreto e histórico, constitui-se como o principal instrumento filosófico de manutenção da ordem, a vertente jusfilosófica por excelência da ideologia no direito penal.

No campo teórico, a negação das teorias positivas da pena e a exposição dos limites do garantismo penal mostraram a insuficiência da teoria penal tradicional, que, aliada ao caráter estrutural do sistema penal de instrumento de reprodução das condições de dominação de classe, resta caracterizada como um instrumento ideológico de sustentação de um mecanismo ilegítimo de controle social punitivo.

Além do papel acima representado da ideologia em si, ainda no plano teórico ela aponta para a necessidade de superação do paradigma idealista do positivismo com vistas ao avanço científico no campo do direito penal. Com efeito, o ensino jurídico por seus variados instrumentos, notadamente os manuais de direito penal, constitui o mais relevante instrumento de difusão ideológica ou Aparelho Ideológico de Estado, na expressão de Louis Althusser. Assim, a potência do conceito de ideologia autoriza a abertura de outra leitura possível do direito penal, a partir da teoria crítica do direito, especialmente pelo viés do marxismo, que possui notável avanço na criminologia, mas escassa produção teórica no campo jurídico-penal propriamente dito, até hoje quase exclusivamente analisado pelo paradigma liberal.

No entanto, o descortinar da crítica ideológica é insuficiente por si só para a mudança do quadro apresentado, muito embora seja o primeiro e necessário passo para tanto. A teoria materialista da ideologia, construída por Marx e Engels, reconhece de maneira radical a incapacidade do seu conjunto teórico enquanto tal, como simples teoria,

⁵⁸¹ MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**, cit., p. 16.

de modificar a realidade existente. Nesse sentido, a crítica da ideologia leva necessariamente à prática humana que possibilite a superação das contradições do fenômeno analisado.

A fundamentação do conceito de ideologia na prática social real afasta o entendimento de que ela seria um equívoco a ser corrigido pela revelação científica da verdade, pois, conforme a construção marxiana, a superação que se baseia nas contradições sociais só se torna possível com a atividade prática que transforme as próprias relações que ensejaram a ideologia. Nesse sentido, advertiu Pashukanis que “toda ideologia morre junto com as relações sociais que a engendraram”, reforçando, ainda, que para tanto é preciso desnudar as suas raízes⁵⁸².

Nesse sentido, a crítica dos fundamentos do direito penal moderno a partir do conceito de ideologia não pretende sustentar o domínio das circunstâncias sobre os indivíduos, senão trilhar o caminho para a transformação dessa realidade, que tem como meio necessário o desvelamento das contradições verificadas no pensamento penal hegemônico. A ciência é, portanto, absolutamente necessária no processo de desvelamento das aparências, mas não é o mero desenvolvimento da ciência o meio necessário para superar a ideologia, uma vez que o conhecimento científico por si só não altera a realidade que aparece em relações sociais distorcidas.

O conceito materialista de ideologia aponta para fora dele mesmo, uma vez que indica que é a prática social transformadora o meio fundamental para a mudança do quadro ideológico apresentado. Se a fonte material da ideologia reside nas relações sociais distorcidas, é por meio da ação prática de transformação dessa realidade que se torna possível superar a ideologia. A transformação do quadro ideológico, portanto, depende das mudanças práticas reais das relações contraditórias que as originam.

É preciso, pois, partir do processo de desvelamento das relações fundamentais que compõem o instrumental do direito penal moderno e empreender uma práxis social de enfrentamento desse quadro. Como decorrência da demonstração da ilegitimidade do direito penal a partir de suas manifestações concretas na materialidade da vida social, a práxis social que decorre desse quadro não pode deixar de compreender a necessidade de superar o direito penal.

⁵⁸² PASHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**, cit., p. 80.

Ao reconhecer o violento e arbitrário processo de criminalização calcado na seletividade de classe fundada igualmente em questões raciais, que tem por função a manutenção das relações sociais de exploração e desigualdade, a luta social contra os instrumentos do controle social punitivo moderno passa a ser um pilar importante no horizonte daqueles que buscam uma práxis social transformadora da sociedade capitalista.

De maneira mais ou menos profunda, as misérias do direito penal são perceptíveis a partir de diversas perspectivas teóricas, que fundam, por consequência, debates sobre os caminhos a serem tomados diante do quadro que se apresenta. Garantismos, redução de danos, direito penal mínimo e abolicionismos são termos comuns no profícuo debate sobre as práticas propostas para a transformação do fenômeno criminal, notadamente em tempos de encarceramento em massa. São inúmeras as perspectivas construídas a partir dos mais diversos paradigmas teóricos, em sua maioria de cariz liberal, com propostas de ação um tanto diversificadas. Cumpre-nos expor as orientações extraídas a partir da base teórica marxista adotada, especialmente pela leitura proporcionada pelo conceito de ideologia.

Por suas injustiças no plano concreto, mas sobretudo por seu papel de garantir o domínio de classe ao reproduzir as relações sociais de exploração e desigualdade, a superação do direito penal deve estar no horizonte de uma práxis social transformadora. Se o direito penal é, dentre outros, um dos pilares de sustentação da ordem capitalista, as estratégias de superação do vigente modo de produção da vida social devem passar também pelo enfrentamento do direito penal e sua abolição.

Contudo a abordagem sobre o abolicionismo penal não pode se pautar por raciocínios de tipo idealista – como os que fundamentam o próprio direito penal moderno –, muito menos por utopismos. É justamente a partir do conhecimento científico proporcionado pelo materialismo histórico que a questão deve ser elaborada. A teoria social construída por Marx e Engels é, com efeito, uma negação frontal de toda forma de utopismo⁵⁸³, uma vez que pautada em seu extremo oposto, no mais profundo conhecimento da realidade que se quer transformar. É com base no conhecimento científico que Marx e Engels constroem o arcabouço teórico da práxis revolucionária, que é trabalhada como possibilidade concreta, e não apenas ideal ou utópica.

⁵⁸³ Cf. BARATA-MOURA, José. **Marx, Engels e a crítica do utopismo**. Lisboa: Avante!, 2015.

É a partir justamente do debate com os socialistas utópicos e seu rechaço que Marx e Engels⁵⁸⁴ constroem a teoria social que disseca de maneira mais profunda a sociedade regida sob o modo de produção capitalista. Embora identificassem os problemas sociais do capitalismo de sua época, os socialistas utópicos não conseguiram indicar, para além de um desejo – uma utopia -, as condições reais de superação daquela ordem social, justamente porque não conseguiam alcançar o conhecimento adequado acerca das relações sociais que sustentavam o modo de produção a ser derrotado.

De maneira similar, o debate sobre a superação do direito penal não pode ficar restrito a utopias ou a desejos sinceros de sua abolição diante da observação de suas mazelas. A orientação da práxis social de enfrentamento ao direito penal e suas consequências deve estar fundada na crítica que conecta o controle social punitivo com as circunstâncias histórico-materiais que lhe dão fundamento, ou seja, que relacione o direito penal com a necessidade de acumulação capitalista.

É preciso enfrentar o direito penal como problema a partir das determinações sociais que lhe dão existência e sustentação. A mera vontade de superá-lo em razão de suas injustiças é uma representação utópica e idealista que, sem profundidade científica, é incapaz de constituir uma resposta real a um problema concreto.

O direito penal não é um sistema isolado no conjunto da sociedade, ele possui determinações subjacentes que lhe dão suporte e realiza funções que igualmente sustentam outras relações. O direito penal é um produto necessário do capitalismo, a quem igualmente serve de sustentação como mecanismo de controle social que reproduz as condições de desigualdade e exploração. O direito penal é, portanto, uma necessidade do capitalismo e, enquanto tal, sua superação depende da eliminação de suas condições de existência, ou seja, do próprio capitalismo.

O direito penal é elemento central na repressão capitalista exercida pelo domínio estatal, constituindo-se ao mesmo tempo em seu produto e sustentáculo. O vínculo necessário entre direito penal e Estado capitalista é esclarecido por Adriana Eiko Matsumoto:

⁵⁸⁴ Cf. ENGELS, Friedrich. **Anti-Dühring**, cit, p. 289 et seq.

Não estamos afirmando que exista um Estado Democrático Burguês que prescindia do controle penal, ou que este controle penal só exista num modelo típico de Estado Democrático que deva ser reformado, ao contrário, queremos é pôr em evidência que não há como subsistir um Estado capitalista (dito Democrático) sem o fundamento do Direito Penal e que a hipertrofia do sistema criminal e penal está articulada intrinsecamente com a gestão da miséria levada a cabo pelas políticas sociais que irão responder à “questão social”.⁵⁸⁵

O abolicionismo penal compreendido a partir da ideologia penal resulta como uma questão cujo horizonte aponta para fora do direito penal. Se o direito penal não é um problema em si mesmo, mas produto e necessidade de uma relação de dominação, a sua superação está relacionada justamente com as relações sociais que o determinam enquanto tal. A superação do direito penal como consequência do desvelamento de suas estruturas pelo conceito de ideologia indica que é a prática social transformadora o meio fundamental para a referida superação.

Tal qual o direito é uma forma necessária que surge com o capitalismo e lhe dá sustentação, Evguiéni Pachukanis, ao revelar suas determinações, somente vislumbra sua superação com a superação do próprio capitalismo⁵⁸⁶. Semelhante análise deve ser engendrada sobre o direito penal. Nesse sentido, o abolicionismo penal é uma necessidade, mas que se insere na luta pela superação da forma social que lhe confere existência. No âmbito do capitalismo, sua superação revela uma manifestação de vontade, um anseio que só seria possível se as relações sociais nas quais está inserido indicassem ser desnecessário ou um mero excesso passível de supressão⁵⁸⁷. Contudo, assim como não se vislumbra o fim da exploração do trabalho sob o capitalismo, igualmente não é possível vislumbrar que o Estado deixe de exercer a repressão legalizada, uma das funções que lhe confere a própria razão de existir.

⁵⁸⁵ MATSUMOTO, Adriana Eiko. **Práxis social e emancipação**, cit., p. 59.

⁵⁸⁶ PASHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**, cit., p. 79.

⁵⁸⁷ Para a possibilidade de abolicionismo dentro da ordem capitalista, cf. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Tradução Maria Lucia Karam. Niterói: Luam, 1993.

O abolicionismo penal, portanto, deve ser encarado dentro da luta pela superação do capitalismo, no horizonte da práxis social que vai além do próprio direito penal. Contudo a sua permanência não deve conduzir ao imobilismo, já que o direito penal segue produzindo seus efeitos sobre vidas humanas concretas.

Com efeito, enquanto o capitalismo constituir-se na forma social dominante de produção e reprodução da vida em todas as suas dimensões, o horizonte político é de resistência e limitação do poder punitivo do Estado, ainda mais em uma conjuntura de rebaixamento das condições de vida dos trabalhadores e do acirramento do controle penal sobre os vulneráveis. Em tempos de neoliberalismo e encarceramento em massa, a ação prática deve ter como norte os efeitos da ideologia penal, seja para a tentativa de sua superação nos movimentos de transformação social, seja ao menos para não reproduzir nas dinâmicas do controle social punitivo.

Nesse sentido, é preciso aliar-se às leituras críticas do direito penal, sobretudo a crítica da ideologia penal, sem perder de vista que a história permanece em movimento e que o chão sobre o qual se caminha é de avanço do controle penal. Sem perder de vista o horizonte de superação do direito penal, o enfrentamento da questão penal na contemporaneidade deve ser pautado pela contenção do poder punitivo do Estado sem a reprodução de seus fundamentos ideológicos.

Extraem-se desse norte algumas orientações de cunho prático-político. A primeira delas é a negativa de apoio a movimentos de criminalização, ainda que a pauta advinha de movimentos histórica e socialmente excluídos pelas políticas estatais. Com efeito, nas dinâmicas da dominação de classe, é comum que as classes dominadas reproduzam ideias que expressam os interesses das classes dominantes, motivo pelo qual alertamos acima que a produção das ideias nem sempre está vinculada diretamente à classe dominante, já que comumente é produzida e reproduzida pelas classes subalternas.

Por isso mesmo, a origem da produção das ideias não é elemento central para concretizar uma relação de dominação, senão a atribuição de interesse universal ao conjunto de ideias de interesse das classes dominantes. O poder da ideologia é de tal magnitude que o apelo ao direito penal por parcela da população que é mais diretamente atingida por seus efeitos negativos é comum. Com efeito, “as classes mais desfavorecidas são mais vitimizadas e acabam apoiando as propostas de controle social mais autoritárias

e irracionais”⁵⁸⁸, um efeito derivado do próprio funcionamento estrutural do sistema penal.

Por outro lado, no mesmo período de avanço do controle penal, movimentos sociais passaram a empreender esforços para a inserção de suas pautas na esfera penal, sobretudo com medidas de criminalização. Sob o respeitável fundamento de que o efeito simbólico do direito penal serviria como instrumento de declaração das práticas discriminatórias dos grupos envolvidos, o pleito acaba por relegitimar o direito penal que, ao aplicar o novo programa criminalizador incidirá - visto que assim é seu funcionamento estrutural – sobre a mesma parcela da população que costuma atingir.

Ao abordar essa questão sob o prisma do movimento negro, Ana Luiza Pinheiro Flauzina aduz:

Num plano mais geral, entendemos que o Estado acolhe as pressões do movimento negro a partir do direito penal pelo simples fato de que os efeitos de tais postulações serão necessariamente inócuos. São inócuos porque o direito penal, ao contrário dos demais ramos do direito, é um campo da negatividade e da repressão, não se constituindo como espaço para promover interesses de caráter emancipatório. Além disso, e mais importante, o direito penal se materializa pelo sistema penal. Como engrenagem que toma o racismo como pressuposto de sua atuação, de gerir as demandas a partir de uma perspectiva de igualdade, a exemplo do que ocorre com as demandas femininas. Esse é o campo por excelência de vulnerabilização, e não de resguardo, dos interesses da população negra.⁵⁸⁹

A ideologia penal, por promover os interesses da classe dominante, é incapaz de abrigar em ações de ampliação de seu próprio poder qualquer caráter emancipatório. Ela serve necessariamente aos interesses da classe dominante, de modo que por definição não pode haver ideologia que sirva aos interesses das classes exploradas, mas tão somente aos interesses de preservação das relações de exploração e desigualdade.

⁵⁸⁸ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 55.

⁵⁸⁹ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**, cit., p. 91-92.

Soma-se, ainda, outra orientação de cunho prático-político, na linha da contenção do poder punitivo e na contraposição aos programas de criminalização, consistente na construção e apoio a programas de descriminalização e desencarceramento. Ainda que insuficiente para superar a ideologia, tais medidas devem integrar a plataforma política de resistência ao poder punitivo, “a plataforma própria a este interregno histórico de defensiva”⁵⁹⁰.

Longe de uma especulação contemplativa do mundo ou de uma crítica imobilista, o marxismo se constitui como filosofia da práxis e se põe no mundo como análise concreta de situações concretas. Importa, portanto, o tempo presente e sua realidade a ser enfrentada, uma conjuntura de avanço dos processos de criminalização, que demanda a edificação de medidas de política criminal fundadas na negação da ideologia penal, uma política criminal de redução de danos e dores⁵⁹¹.

Ainda que o direito penal seja uma manifestação e necessidade dos interesses de classe dominante, a dinâmica do direito permite a conquista de normas que contrariem os interesses dominantes, como é o caso de boa parte da luta por direitos humanos. Nesse sentido, deve-se buscar uma política criminal não reprodutora da ideologia penal, cujo conteúdo seja exclusivamente de contenção do poder punitivo numa perspectiva de redução de danos e dores provocados pela intervenção penal⁵⁹².

Uma vez mais cumpre asseverar que com as reformas extraídas dessa política criminal dentro da ordem vigente não se propõe superar a ideologia penal, uma vez que as transformações internas do direito são incapazes de realizar tal desiderato. A análise dos fundamentos do direito penal à luz do conceito de ideologia permite orientar as reformas sem que representem um reformismo da ordem, ou seja, medidas que não partam dos seus fundamentos legitimantes, que não reproduzam a ideologia penal.

⁵⁹⁰ TRINDADE, José Damião de Lima. **Os direitos humanos na perspectiva de Marx e Engels**, cit., p. 301.

⁵⁹¹ Sobre as relações do direito com a produção de dor e sofrimento e a necessidade de se trabalhar com as respostas diante do sofrimento humano por ele causado, cf. MADRID, Antonio. **La política y la justicia del sufrimiento**. Madrid: Trotta, 2010, *passim*.

⁵⁹² No Brasil, a Agenda Nacional pelo Desencarceramento, capitaneada pela Pastoral Carcerária/CNBB, com o apoio de diversas organizações de defesa dos direitos humanos, constitui importante documento nesse sentido. Disponível em < <https://carceraria.org.br/agenda-nacional-pelo-desencarceramento>>, acesso em 22 fev. 2019. No panorama internacional, Iñaki Rivera Beiras elaborou um verdadeiro programa de desencarceramento a partir de uma concepção crítica do garantismo (ou garantismo radical). Cf. RIVERA BEIRAS, Iñaki. **Descarcelación: principios para una política pública de reducción de la cárcel** (desde un garantismo radical). Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

A orientação prático-política se funda na necessidade imposta pela conjuntura de intensificação do controle penal, de um problema real existente que tem consequências humanas graves. A reprodução da desigualdade e do racismo no processo de criminalização concreta e os deletérios efeitos gerados pela aplicação da pena – invariavelmente em condições degradantes – demandam ações para o presente, ainda que no futuro persista o horizonte de superação do direito penal.

É, por fim, nessa diretriz teórica que deve ser interpretado o garantismo penal, não como fundamento legitimador do controle social punitivo, mas unicamente como limite do seu exercício diante da possibilidade concreta de contenção do poder punitivo. Um garantismo que não seja um fim em si mesmo, nem fonte de críticas do direito penal apenas por seus excessos, mas um limite contra o seu exercício. No plano concreto, portanto, não é possível ignorar sua importância, e das garantias contra o poder punitivo do Estado deve-se fazer o uso possível, sem, contudo, perder de vistas os seus próprios limites. No âmbito de uma estratégia de não reprodução ideológica que reconhece os limites do garantismo, a ampliação de garantias em face do Estado deve constituir um dos pilares da política criminal fundada na redução de danos.

Assim, o enfrentamento da ideologia penal deve ocorrer no plano da ação prática. Sua superação indica horizontes que ultrapassam os limites do direito penal por meio de uma práxis transformadora da realidade que enseja sua existência e expansão. É, pois, na ação política por um novo mundo possível que se vislumbra o fim da ideologia penal, que é incapaz de ser superados por medidas internas ao seu próprio funcionamento. Todavia, dentro da ordem instituída, a resistência não só se apresenta possível, como é necessária diante das dores produzidas pelo sistema penal. Sem perder de vista o horizonte de sua superação, a contenção do poder punitivo deve ser pautada por medidas que não reproduzam a ideologia penal em um programa político-criminal de descriminalizações, desencarceramento e expansão de garantias para redução de danos e dores.

CONCLUSÃO

1. O direito penal moderno foi edificado após a vitória da burguesia revolucionária e Cesare Beccaria formulou as suas bases fundamentais com um discurso racionalmente construído de acordo com os propósitos filosóficos do iluminismo. Os dois fundamentos centrais de existência do direito penal moderno são a garantia do cidadão em face do arbítrio estatal e a prevenção criminal.

2. Nessas bases o direito penal moderno surge como um bem para a sociedade e seus fundamentos são hegemônicos tanto no campo acadêmico quanto no senso comum, motivo pelo qual o reclamo por sua incidência é cada vez mais acentuado. Todavia, a reprodução dos fundamentos do direito penal pela doutrina ao longo da história não foi confrontada com as relações sociais concretas. Quando tal confronto passou a ser realizado, especialmente por estudos criminológicos críticos, revelou-se que as ideias outrora sedimentadas no plano lógico-abstrato, na verdade, não se mantêm em sua integralidade quando aplicadas na vida real.

3. No campo da filosofia o conceito de ideologia foi elaborado por Karl Marx e Friedrich Engels justamente para a crítica das ideias que se desenvolvem no plano lógico-abstrato e que não possuem correspondência com a realidade de modo a ocultá-la. Desde os primeiros escritos de Marx, como a crítica à teoria do Estado de Hegel, em 1843, os elementos materiais do futuro conceito já se mostravam presentes de forma embrionária, uma vez que se fundou na crítica ao logicismo que concebe a ideia como efetiva criadora da realidade. As noções de fuga da realidade e sua conseqüente mistificação, ainda que não intencional, já se afiguravam presentes de maneira incipiente desde seus primeiros escritos.

4. N'A *Ideologia Alemã* o conceito de ideologia é desenvolvido no seio do materialismo histórico. Para Marx e Engels, ideias e atividade material são indissociáveis, e o isolamento de certas ideias da realidade concreta cumprem o papel de sustentar a

ordem estabelecida. O conceito de ideologia relaciona-se a uma prática material limitada que gera ideias que distorcem ou ocultam as contradições sociais no interesse da classe dominante. A origem da produção das ideias não é o fundamental para edificar uma relação de dominação, mas sim que seja dada ao conjunto de ideias de interesse das classes dominantes a forma de universalidade, apresentando-as de maneira racional e de validade universal. Os autores destacam, ainda, que o descortinar da crítica ideológica é insuficiente por si só para a mudança do quadro distorcido, de modo que a crítica da ideologia leva necessariamente à prática humana que possibilite a superação das contradições apresentadas no pensamento ideológico.

5. A despeito das controvérsias acerca do sentido atribuído à ideologia por Marx no *Prefácio* de 1859, o sentido do conceito não se altera na essência, revelando apenas uma sofisticação até culminar em um contexto mais complexo de ocultação da essência pela aparência, que agora se revela constitutivo da própria realidade que se apresenta na sociedade capitalista.

6. No pensamento marxista o conceito sofreu alterações e distintas interpretações. No contexto revolucionário russo, Vladimir I. Lênin confere outro sentido ao conceito, que passa a ser definido por sua conexão com os interesses de uma classe situada no campo de luta teórica no qual se expressam os interesses de classe. O conceito não retrata mais a distorção do conhecimento para a manutenção de uma estrutura de dominação, mas um conjunto de ideias representativo dos interesses de determinada classe social. Sua concepção influencia diversos autores que, como ele, não tiveram acesso a obras fundamentais de Marx publicadas postumamente.

7. Antonio Gramsci elaborou o conceito de ideologia como um sistema de ideias ou visões de mundo que estão implicitamente presentes em todas as manifestações da vida coletiva e individual. Para o marxista sardo, a ideologia é um mecanismo capaz de inspirar ações concretas e dar orientações para essas ações, um conceito positivo concebido como uma unidade entre visão de mundo e suas correspondentes normas de conduta. Por sua vez, György Lukács destacou inicialmente que a dinâmica social dominada pela lógica do capital empreende uma apresentação da realidade de forma fragmentada, que acaba por

se constituir em fonte de distorção ideológica. Em seus escritos da maturidade destacou a ideologia a partir de sua função social de incidência nos conflitos de ordem social. Outro autor de destacada influência no conceito de ideologia foi Louis Althusser, para quem a ideologia é uma relação imaginária dos indivíduos com suas relações reais de existência que supõe um mau reconhecimento da relação real e tende a enxergar sua entrega como uma escolha livre. A ideologia para o marxista francês tem uma existência material em aparelhos, rituais e práticas e opera reproduzindo as condições de produção e consegue isso interpelando os indivíduos e construindo-os em sujeitos obedientes ao sistema.

8. A partir da década de 1960 alguns sociólogos passaram a negar expressamente o conceito de ideologia, como Daniel Bell, para quem a ideologia perdeu sua razão de existir com o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social e a elevação da renda dos trabalhadores, de modo que as aspirações de transformação social não faziam mais o mesmo sentido. Michel Foucault também nega o conceito de ideologia, mas por razões epistemológicas. Para o filósofo francês o conhecimento não pode obedecer a qualquer padrão previamente assentado que não seja a dinâmica de poder que se insere na emergência de cada discurso particular. O pensamento de Foucault, notadamente em sua genealogia, ao relativizar a verdade e recusar a noção de totalidade, se torna incompatível com a noção de ideologia.

9. Apesar da tentativa de sua invalidação teórica, sua importância se afigura ainda mais determinante na atual quadra histórica. Por mais interessantes que tenham sido as construções marxistas da ideologia, o retorno às elaborações de Marx revela o reconhecimento da maior riqueza do conceito por ele elaborado. Com efeito, Marx propôs uma forma de entender a determinação da consciência por meio da prática material humana, cuja insuficiência faz projetar formas ideológicas de consciência. A ideologia se apresenta como um conceito restrito, por não incluir todo tipo de erro nem toda ideia da classe dominante, e histórico, na medida em que depende da evolução das contradições sociais. Seu principal mecanismo de funcionamento é a apresentação daquilo que é particular como se fosse universal e daquilo que é histórico como se fosse natural, enquanto sua função é a de garantir a reprodução das relações sociais vigentes. Por fim, Marx caracteriza a ideologia como um fenômeno prático, que enquanto tal só pode ser superado por meio da prática transformadora da realidade na qual é produzida.

10. Os fundamentos do direito penal moderno expostos por Beccaria no século XVIII foram reproduzidos sem grandes transformações pela doutrina penal ao longo de sua formação. Na doutrina alemã, a despeito do grande desenvolvimento das categorias do delito, que se apoiaram em importantes correntes filosóficas, as ideias de garantia do cidadão em face do Estado e a prevenção criminal não sofreram grandes transformações. Movimento semelhante foi realizado pela doutrina penal brasileira desde sua formação até os manuais contemporâneos, em que a transposição do pensamento europeu para nossa realidade espelhou a reprodução dos fundamentos do direito penal sem cotejo com a realidade local, com a história e com as relações materiais de produção da vida social.

11. Ao dissecar o conceito de ideologia em seus elementos fundamentais, é possível dizer que a doutrina penal tradicional incorre em todos eles ao reproduzir os fundamentos do direito penal. Desde o século XVIII, sem profundas alterações estruturais, os fundamentos do direito penal são reproduzidos de maneira contínua e substancialmente semelhante, sem sua verdadeira historicização. Com apoio da economia política da pena foi possível demonstrar que o papel desempenhado pela pena possui relações estreitas com as transformações que sofreu o capitalismo ao longo da história, notadamente a tarefa de controle social das classes vulneráveis. Contudo, a pena é apresentada pela doutrina penal tradicional como um fenômeno a-histórico e perene, sem conexão com as transformações históricas da vida social. Por outro lado, o direito penal também é tido como uma garantia em face do Estado independentemente do regime jurídico e político desse Estado, seja qual for o conteúdo de suas normas e sem qualquer relação com a formação histórica do capitalismo.

12. O idealismo é outra característica presente na reprodução dos fundamentos do direito penal pela doutrina hegemônica. Referida reprodução revela uma apreciação do direito sem suas raízes no mundo e sem qualquer confrontação com a realidade concreta. As ideias centrais que fundamentam o direito penal são consideradas como verdades imanentes, resultado da racionalidade no pensamento, sem que se necessite verificar a correspondência no plano de sua incidência na realidade da vida social. Com efeito, os fundamentos do direito penal são apresentados sem qualquer apoio em estudo científico que comprove suas funções declaradas. Não há na obra da doutrina penal hegemônica a

confrontação da noção de prevenção criminal com as variações nos índices de encarceramento ou com o papel exercido pela prisão. Da mesma forma, não há questionamentos sobre a função de garantia do direito penal, se de fato cumpre esse papel e em qual medida, assim como não há análises sobre outros papéis que igualmente possa exercer. A doutrina penal tradicional reproduz um pensamento que se propõe criador da realidade e que concebe os fundamentos do direito penal como verdades imanes, resultado da racionalidade no pensamento e expressão de uma ordem intrínseca à natureza das coisas.

13. Outra característica do pensamento penal tradicional que o qualifica como ideológico é a transformação de ideias particulares em universais, a representação do particular como o todo dos fenômenos. As funções declaradas da pena que são, em sua maior parte, comprovadamente falsas, e que muito excepcionalmente podem ter parte de suas finalidades alcançadas, são reproduzidas de maneira generalizada como um conjunto teórico harmônico e naturalizado. Por outro lado, o fundamento de garantia do direito penal é reproduzido como sua própria razão de existência, mostrando apenas parte do fenômeno e de forma acrítica como um avanço civilizatório em si mesmo. O direito penal, então, é reproduzido como essencialmente justo e legítimo.

14. O procedimento ideológico tem como resultado a ocultação do verdadeiro fenômeno, o que impede que as suas determinações fundamentais sejam percebidas e devidamente compreendidas. Outras consequências são a naturalização das contradições do objeto e inversões que apresenta na sua exposição. Ao representar a pena exclusivamente de maneira positiva, como um bem, a doutrina penal tradicional acaba por ocultar o modo real de exercício do poder punitivo, com seu poder de vigilância e, sobretudo, com os deletérios efeitos da pena sobre o indivíduo. As funções da pena são apresentadas de maneira inversa aos seus reais efeitos e naturalizam uma situação de estrutural incapacidade de realização com consequências drásticas sobre a vida humana.

15. Os procedimentos de ocultar, inverter e naturalizar são também verificadas na exposição do fundamento de garantia do cidadão em face do Estado. A exposição positivista desse fundamento do direito penal acaba por confundir a legalidade com a

justiça, de maneira a ocultar uma série de características estruturais da manifestação concreta do direito penal, notadamente o caráter de classe da seletividade penal e o seu modo de operar calcado no racismo estrutural em sociedades como a brasileira. A legitimação do sistema penal pela reprodução acrítica da ideia de garantismo naturaliza o sistema penal como mecanismo de reprodução das desigualdades e do racismo, além de sua função de garantia da ordem vigente.

16. A demonstração do caráter ideológico dos fundamentos do direito penal é vital para sair no nível das aparências e buscar a essência do direito penal a partir do cotejo com o conjunto das relações sociais. A ideologia penal tal qual caracterizada revela a necessidade de superação do paradigma positivista na reprodução e ensino dessa disciplina. No âmbito teórico, a negação das teorias positivas da pena e a exposição dos limites do garantismo penal mostraram a insuficiência da teoria penal tradicional e o seu papel na reprodução das condições de dominação de classe. A reprodução dos fundamentos do direito penal moderno pela doutrina tradicional fica caracterizada como um instrumento ideológico de sustentação de um mecanismo ilegítimo de controle social punitivo.

17. O conceito marxiano de ideologia movimenta a crítica da ideologia para a prática humana que possibilite a superação do seu caráter ideológico. Se a fonte material da ideologia reside nas relações sociais distorcidas, é por meio da ação prática de transformação dessa realidade que se torna possível superar a ideologia. Se o direito penal é, dentre outros, um dos pilares de sustentação da ordem capitalista, as estratégias de superação de vigente modo de produção da vida social devem passar também pelo enfrentamento do direito penal e sua abolição. O abolicionismo penal deve ser encarado dentro da luta pela superação do capitalismo, no horizonte da práxis social que vai além do próprio direito penal. Porém, enquanto o capitalismo constituir-se como forma social dominante de produção e reprodução da vida em todas as suas dimensões, o horizonte político é de resistência e limitação do poder punitivo do Estado.

18. Sem perder de vista o horizonte de superação do direito penal, o enfrentamento da questão penal na contemporaneidade deve ser pautado pela contenção do poder

punitivo do Estado sem a reprodução de seus fundamentos ideológicos. Nesse sentido, é preciso apoiar a edificação de medidas fundadas na negação da ideologia penal e forjadas em uma política criminal de redução de danos e dores.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação**. Racismo e encarceramento em massa. Tradução Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2017.

ALLER, Germán. Estudio preliminar acerca de Karl Binding y de su obra. In. BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Tradução Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: B de F, 2009.

ALMEIDA, Bruno Rotta. **Contradição e violência em torno da política criminal e penitenciária brasileira**: uma análise a partir da fundação jurídico-normativa e da execução da pena. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2016.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ALTHUSSER, Louis. Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado (Notas para uma investigação). In. ZIZEK, Slavoj. **Um mapa da ideologia**. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

ALVES, Alaôr Caffé. **Dialética e direito**: linguagem, sentido e realidade. Barueri: Manole, 2010.

ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações theoricas e praticas ao codigo criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto, 1864-1870.

ANDERSON, Perry. **Considerações sobre o marxismo ocidental**. Tradução Isa Tavares. São Paulo: Boitempo, 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

_____. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANGOTTI, Bruna. **Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil**. São Paulo: IBCCRIM, 2012.

ANITUA, Gabriel Ignácio. **Historias de los pensamientos criminológicos**. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira de. **Cárceres Imperiais: a Casa de Correção do Rio de Janeiro. Seus detentos e o sistema prisional no Império, 1830 – 1861**. Tese de Doutorado. Departamento de História. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Estadual de Campinas, São Paulo, 2009.

ASÚA BATARRITA, Adela. Reivindicación o superación del programa de Beccaria. In.: ASÚA BATARRITA, Adela (org.) **El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad**. Bilbao: Universidad de Deusto, 1990.

BARATA-MOURA, José. **Totalidade e contradição**: acerca da dialética. 2. ed. Lisboa: Avante!, 2012

_____. **Marx, Engels e a crítica do utopismo**. Lisboa: Avante!, 2015.

BARATTA, Alessandro. Direitos Humanos: entre a violência e a violência penal. **Fascículos de Ciências Penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, n. 2, 1993.

_____, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARBÉRIO, Naiara Vilardi Soares. **Teoria do garantismo penal**: um sistema justificador da pulsão punitiva. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir. **Revista dos Tribunais**, n. 727, 1996.

BARROS, Ronaldo Crispim Sena. **O ser genérico**: pressuposto da crítica da política do jovem Marx. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, 2006.

BATISTA, Nilo. Pena pública e escravismo. **Capítulo Criminológico**, vol. 34, n. 3, 2006.

BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: **Novas tendências do direito penal**: artigos, conferências e pareceres. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

_____. As mortes sem pena no Brasil: a difícil convergência entre direitos humanos, política criminal e segurança pública. In.: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 110, 2015.

BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo**. Tradução Sebastián Soler. Buenos Aires: Librería “El Foro”, 2002.

BELL, Daniel. **O fim da ideologia**. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

BINDING, Karl. **La culpabilidad en derecho penal**. Tradução Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: B de F, 2009.

_____; HOCHÉ, Alfred. **Permitting the Destruction of Life Unworthy of Life**. Tradução Cristina Modak. Greenwood: Suzeteo Enterprises, 2012.

BIRKBECK, Christopher Howard. Prisiones e internados: una comparación de los establecimientos penales en América del Norte y América Latina. **Caderno CRH**, Salvador, v. 23, n. 25, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento marxista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BOZZA, Fábio da Silva. Prevenção geral negativa e as contribuições da obra de Beccaria. In. BUSATO, Paulo César (org.). **Ler Beccaria Hoje**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRAZ, Marcelo. Apresentação. In. LENIN, Vladimir Ilitch. **Que fazer**: problemas candentes de nosso movimento. Tradução Marcelo Braz. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

BRUNO, Aníbal. **Penal, Parte Geral, Tomo 3º**: pena e medida de segurança 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____. **Direito Penal, Parte Geral, Tomo 1º**: introdução, norma penal, fato punível. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BUDÓ, Marília de Nardin. Ideologia, hegemonia e opinião pública: as contribuições de Antonio Gramsci à criminologia crítica. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 3, n. 1, 2015.

BUSATO, Paulo César. Apresentação. In. BUSATO, Paulo César (org.). **Ler Beccaria Hoje**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Beccaria, o contratualismo e o controle social do intolerável como fundamento da pena e do próprio direito penal. In. BUSATO, Paulo César (org.). **Ler Beccaria Hoje**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**: uma análise crítica da prevenção geral positiva. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

_____. Crítica científica de “Legitimação não tradicional da ação penal”: Defensoria Pública e a tutela de direitos por meio do direito penal – uma recusa. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 23, n. 1, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões** – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça,

Brasília, 2018, disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0>>, acesso em 10 jan. 2019.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. O finalismo no direito penal brasileiro: uma abordagem crítica da ciência jurídico-pena no Brasil. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de. (orgs.). **Direito penal na pós-modernidade**: escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CARCANHOLO, Marcelo Dias; BARUCO, Grasiela Cristina da Cunha. As aventuras de Karl Marx contra a pulverização pós-moderna das resistências ao capital. **Margem Esquerda**: ensaios marxistas n. 13. SP Boitempo, 2009.

CARVALHO, Salo de. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão**: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Tradução Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.

CORCIOLI FILHO, Roberto Luís. **Recrudescimento penal e dissuasão**: um ensaio com vistas à superação do modelo no Brasil contemporâneo. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

COSPITO, Giuseppe. Hegemonia. In.: LIGUORI, Guido; VOZA, Pasquale (orgs.). **Dicionário Gramsci**. São Paulo: Boitempo, 2017.

COUTINHO, Carlos Nelson. **Gramsci**: um estudo sobre seu pensamento político. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

DAL SANTO, Luiz Phelipe. Cumprindo pena no Brasil: encarceramento em massa, prisão-depósito e os limites das teorias sobre o giro punitivo na realidade periférica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 151, ano 27, 2019.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – **Levantamento nacional de informações penitenciárias** - Infopen. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Federal, 2017, disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>, acesso em 10 jan. 2019.

DIETER, Maurício Stegemann. Sistema Econômico e Tutela Penal do Escravo no Brasil Imperial. **Discursos Sediciosos** (Rio de Janeiro), v. 19/20, 2013.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EAGLETON, Terry. **Ideologia**: uma introdução. Tradução Silvana Vieira e Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora UNESP: Boitempo, 1997.

ENGELS, Friedrich. **Anti-Dühring**: a revolução da ciência segundo o senhor Eugen Dühring. Tradução Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2015.

_____. Carta a Franz Mehring. In. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras Escolhidas. Tomo III**. Tradução José Barata-Moura. Lisboa: Avante!, 1982.

_____. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução Leandro Konder. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Tradução Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Ració Cantarero Bandres. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm von Ritter. **Tratado de derecho penal**. Tradução Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Tradução Luiz Felipe Baeta Neves. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramallete. 42 ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

_____. **Microfísica do poder**. Tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FREDERICO, Celso. **O jovem Marx: 1843-1844: as origens da ontologia do ser social**. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GENELHÚ, Ricardo; SCHEERER, Sebastian. **Manifesto para abolir as prisões**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrike. Capítulo I: origen de las penas. In. MATUS ACUÑA, Jean Pierre. **Beccaria 250 años después: vigencia de la obra *Dei delitti e dele pene***. Santiago de Chile: B de F, 2011.

GIORGI, Alessandro de. Castigo y Economía Política. In.: **Delito y Sociedad**, v. 41, ano 25, 2016.

_____. **A miséria governada através do sistema penal.** Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

_____. **Cinco teses sobre o encarceramento em massa.** Tradução Leandro Ayres França. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

GODOI, Rafael. **Fluxos em cadeia:** as prisões em São Paulo na virada dos tempos. São Paulo: Boitempo, 2017.

GOFFMAN, Erving. **Estigma:** notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Tradução Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 2008..

_____. **Manicômios, prisões e conventos.** 8. ed. Tradução Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2008.

GONELLA, Patrizio. **Carceri:** i confini dela dignità. Milão: Jaca Books, 2014.

GOULDNER, Alvin W. **La dialéctica de la ideología y la tecnología:** los orígenes, la gramática y el futuro de la ideología. Tradução Néstor A. Miguéz. Madrid: Alianza Editorial, 1978.

GRAMSCI, Antonio. **Quaderni del cárcere. v. II,** Torino: Einaudi, 2014.

GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach:** una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2015.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia do direito.** Tradução Paulo Meneses et al. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2010.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas:** o sistema penal em questão. Tradução Maria Lucia Karam. Niterói: Luam, 1993.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. I, tomo 1. Arts. 1º a 10. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____. **Novas questões jurídico-penais**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1945.

IASI, Mauro. **O dilema de Hamlet: o ser e o não ser da consciência**. São Paulo: Viramundo, 2014.

_____. Alienação e ideologia: a carne real das abstrações ideais. In. DEL ROIO, Marcos. (org.). **Marx e a dialética da sociedade civil**. Marília: Oficina Universitária; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014.

IGNATIEFF, Michael. **A just measure of pain: the penitentiary in the Industrial Revolution 1750-1850**. London: MacMillan, 1978.

JANCOVIC, Ivan. Labor Market and imprisonment. **Crime and Social Justice**, n. 8, 1977.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JESUS FILHO, José; FONSECA, Francisco César Pinto da. Taxa de encarceramento: análise comparativa entre os Estados brasileiros. **Revista Brasileira de Administração Pública**, vol. 10, n. 1, 2017.

JIMÉNEZ FRANCO, Daniel. **Mercado-estado-cárcel em la democracia neoliberal española**. Barcelona: Anthropos Editorial: Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona (OSPDH), 2016.

JOSÉ, Caio Jesus Granduque. **A construção existencial dos direitos humanos**. Curitiba: CRV, 2012.

KARAM, Maria Lúcia. **A privação de liberdade**: o violento, danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KINDHÄUSER, Urs. Acerca de la concepción de la prevención criminal de Cesare Beccaria. In. KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. **Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho**. Buenos Aires: B de F, 2011.

KONDER, Leandro. **A questão da ideologia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

KRAUSZ, Tamás. **Reconstruindo Lênin**: uma biografia intelectual. Tradução Baltazar Pereira, Pedro Davoglio, Artur Renzo. São Paulo: Boitempo, 2017.

LACEY, Nicola. **The Prisoner's Dilema**: political economy and punishment in contemporary democracies. New York: Cambridge University Press, 2008.

LARRAIN, Jorge. **El concepto de ideología, vol.1**: Carlos Marx. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2007.

_____. **El concepto de ideologia. Vol. 2**. El marxismo posterior a Marx: Gramsci y Althusser. Santiago: LOM Ediciones, 2008.

_____. **El concepto de ideología. Vol. 3**. Irracionalismo, historicismo y positivismo: Nietzsche, Mannheim y Durkheim. Santiago: LOM Ediciones, 2009.

_____. **El concepto de ideología, vol.4**: Postestructuralismo, postmodernismo y postmarxismo. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2010.

LENIN, Vladimir Ilitch. **Que fazer**: problemas candentes de nosso movimento. Tradução Marcelo Braz. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

_____. **O Estado e a revolução**: o que ensina o marxismo sobre o Estado e o papel do proletariado na revolução. 2. Tradução Aristides Lobo. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

LIGUORI, Guido; VOZA, Pasquale (orgs.). **Dicionário Gramsci**. São Paulo: Boitempo, 2017.

LISZT, Franz von. **La idea del fin en el Derecho penal**. Tradução Carlos Pérez del Valle. Granada: Editorial Comares, 1995.

_____. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo Primero. Tradução de Quintiliano Saldaña. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1999.

LOMBROSO, Cesare. **O homem criminoso**. 4 ed. Tradução Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.

LOWY, Michel. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. Tradução Juarez Guimarães e Suzane Felice Léwy. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

LUKÁCS, György. **História e consciência de classe**: estudos sobre a dialética marxista. Tradução Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Para uma ontologia do ser social, II**. Tradução Ivo Tonet, Nélcio Schneider, Ronaldo Vielmi Fortes. São Paulo: Boitempo, 2014.

_____. **El asalto a la razón**: la trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler. Tradução Wenceslau Roces. México, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1959.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Vol. II. Arts. 28 a 74. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MADRID, Antonio. **La política y la justicia del sufrimiento**. Madrid: Trotta, 2010.

MAIA, Clarissa Nunes; SÁ NETO, Flávio de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz (org.). **História das prisões no Brasil**. 2v. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

MANTOVANI, Rafael. A prisão em São Paulo na primeira metade do século XIX: demandas sociais, atores e contradições. In.: **Revista de História da USP**, n. 177, 2018.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução Rubens Enderle e Leonardo de Deus. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. **Liberdade de imprensa**. Tradução Cláudia Schilling e José Fonseca. Porto Alegre: L&PM, Pocket, 2001.

_____. **Os despossuídos: debates sobre a lei referente ao furto de madeira**. Tradução Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2017.

_____. **O capital: crítica da economia política: Livro I: o processo de produção do capital**. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. **O capital: crítica da economia política: Livro II: o processo de circulação do capital**. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2014.

_____. **O capital: crítica da economia política: livro III: o processo global da produção capitalista**. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017

_____. **Cadernos de Paris e Manuscritos Econômico-Filosóficos de 1844.** Tradução José Paulo Netto e Maria Antônia Pacheco. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

_____. **Manuscritos econômico-filosóficos.** Tradução Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. **Sobre a questão judaica.** Tradução Nélío Schneider. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. **Contribuição à Crítica da Economia Política.** Tradução Florestan Fernandes. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

_____. **O 18 de Brumário de Luís Bonaparte.** Tradução Nélío Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011.

_____. **Grundrisse: manuscritos econômicos de 1857-1858: esboços da crítica da economia política.** Tradução Mario Duayer, Nélío Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011.

_____; ENGELS, Friedrich. **Manifesto comunista.** Tradução Álvaro Pina e Ivana Jinkings. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____; _____. **A sagrada família.** Tradução Marcelo Backes. São Paulo: Boitempo, 2011.

_____; _____. **A ideologia alemã: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas (1845-1846).** Tradução Rubens Enderle, Nélío Schneider, Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007

MASCARO, Alysso Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Estado e forma política.** São Paulo, Boitempo, 2013.

_____. Direitos Humanos: uma crítica marxista. In.: **Lua Nova**, vol. 101, 2017.

MATSUMOTO, Adriana Eiko. **Práxis social e emancipação:** perspectivas e contradições no Estado Democrático de Direito Penal. Tese de Doutorado. Psicologia Social. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal:** parte general. Tradução de Sergio Politoff Lifschitz. Buenos Aires: B de F, 2007.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica:** as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MÉSZÁROS, István. **O poder da ideologia.** Tradução Paulo Castenheira São Paulo: Boitempo, 2004.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal:** parte general. Tradução de Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito.** Tradução Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005.

MINHOTO, Laurindo Dias. Foucault e o ponto cego na análise da guinada punitiva contemporânea. **Lua Nova**, v. 95, 2015.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal:** concepto y método. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 1:** parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NETTO, José Paulo. **Introdução ao estudo do método de Marx**. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

_____. A propósito da Crítica de 1843. **Nova Escrita Ensaio**, São Paulo, v. 11/12, São Paulo, 1983.

_____. Apresentação: Marx em Paris. In. MARX, Karl. **Cadernos de Paris e Manuscritos Econômico-Filosóficos de 1844**. Tradução José Paulo Netto e Maria Antónia Pacheco. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

_____. Apresentação. In.: ENGELS, Friedrich. **Anti-Dühring**: a revolução da ciência segundo o senhor Eugen Dühring. Tradução Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2015.

_____. Lenin e a instrumentalidade do Estado. In. LENIN, Vladimir Ilitch. **O Estado e a revolução**: o que ensina o marxismo sobre o Estado e o papel do proletariado na revolução. 2. Tradução Aristides Lobo. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

_____. **O que é marxismo**. 9. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

_____; BRAZ, Marcelo. **Economia política**: uma introdução crítica. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2012

NINA RODRIGUES, Raimundo. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Nacional, 1938.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, António José Avelãs. **Uma Introdução à Economia Política**. São Paulo, Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In.: OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

ORTIZ QUIROGA, Luis. Capítulo XXIX: de la prisión. In. MATUS ACUÑA, Jean Pierre. **Beccaria 250 años después: vigencia de la obra *Dei delitti e dele pene***. Santiago de Chile: B de F, 2011.

PAGER, Devah. **Marked: Race, crime, and finding work in an era of mass incarceration**. Chicago: The University of Chicago Press, 2003.

PASHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.

PAVARINI, Massimo. **Castigar al enemigo: criminalidad, exclusión e inseguridad**. Quito: FLASCO, 2009.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PIMENTA, Victor Martins. **Por trás das grades: o encarceramento em massa no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

PLATT, Anthony M.. **Los “salvadores del niño”**: o la invención de la delincuencia. Tradução Félix Blanco. 3. ed. Madrid: Siglo XXI Editores, 1997.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A primeira fase da dosimetria penal: entre os dados de seletividade do controle penal e a realização do princípio da estrita legalidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 136, 2017.

QUINNEY, Richard. **Classe, Estado e crime**. Tradução Gustavo de Souza Preussler, Jaume Aran, Larissa de Araújo Montes. Curitiba: Íthala, 2016.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. **Descarcelación: principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

_____. **La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria**. 2 v. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

_____; FORERO CUÉLLAR, Alejandro. **Diagnóstico de la violencia institucional en las prisiones de América Latina: sistemas y buenas prácticas para su respuesta y atención**. Madrid: Herramienta Social, 2018.

RODRIGUES, Mavi. **Michel Foucault sem espelhos: um pensador *proto* pós-moderno**. Tese de Doutorado, Escola de Serviço Social, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2006.

RODRÍGUEZ MARTÍN, José-Domingo. La pena de prisión bajo Justiniano: Ulpiano vs Calístrato. In: TORALLAS TOVAR, Sofía; PÉREZ MARTÍN, Inmaculada. **Castigo y reclusión en el mundo antiguo**. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2003.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ROMÃO, Miguel Lopes. **Prisão e ciência penitenciária em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2015.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña et al. 2. ed. Madrid: Civitas, 2003.

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

SALLA, Fernando. **As prisões em São Paulo**: 1822-1940. 2 ed. São Paulo: Annablume, 2006.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada**: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **A criminologia da repressão**: uma crítica ao positivismo em criminologia. Rio de Janeiro: Forense, 1979;

_____. **As raízes do crime**: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Direito penal**: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SHECAIRA, Sergio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Exclusão moderna e prisão antiga. In.: SÁ, Alvino Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Criminologia no Brasil**: história e aplicações clínicas e sociológicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

SHIMIZU, Bruno. **Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas**: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

SILVA, Nara Roberta. Sobre a dinâmica da ideologia à luz da interpretação lukácsiana. **Mediações**. Londrina, v. 20, n. 1, 2015.

_____. A ideologia na visão gramsciana em meio a dois combates. **Cadernos Cemarx**, n. 6, 2009.

SIMON, Jonathan. Governar através del delito. Tradução Victoria de los Ángeles Boschioli. Barcelona: Gedisa, 2011.

SOSS, Joe; FORDING, Richard C.; SCHRAM, Sanford F. **Disciplining the poor**: Neoliberal paternalism and the persistent power of race. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Lições de Direito Criminal**. 2. ed. Recife: Livraria Economica de José Nogueira de Souza, 1872.

SPITZER, Steven. Toward a marxian theory of defiance. **Social Problems**, vol. 22, n. 5, 1975.

SUPPA, Silvio. Oriente-Occidente. In.: LIGUORI, Guido; VOZA, Pasquale (orgs.). **Dicionário Gramsci**. São Paulo: Boitempo, 2017.

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In.: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Direito e Psicanálise**: interseções a partir de “O Processo” de Kafka. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Mito e ideologia: objetos não manifestos no sistema penal. In.: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Direito e Psicanálise**: interseções a partir de O Senhor das Moscas de Willian Golding. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. **La nueva criminologia**: contribución a una teoría social de la conducta desviada. 3. ed. Tradução Adolfo Crosa. Buenos Aires: Amorrortu, 2007.

_____; _____; _____ (org.). **Criminologia crítica**. Tradução Juarez Cirino dos Santos e Sergio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

TEIXEIRA, Aloisio. Marx e a economia política: a crítica como conceito. In.: **Econômica**, v. II, n. 4, 2000.

TERTULIAN, Nicolas. O conceito de ideologia na ontologia de Lukács. **Margem Esquerda**, São Paulo, n. 11, 2008.

TEXIER, Jacques. Sociedade civil. In.: LIGUORI, Guido; VOZA, Pasquale (orgs.). **Dicionário Gramsci**. São Paulo: Boitempo, 2017.

TINÔCO, Antonio Luiz. **Código Criminal do Império do Brasil anotado**. Rio de Janeiro: Imprensa Industrial, 1886.

TONRY, Michael. **Punishing race**: A continuing American dilemma. Oxford: Oxford University Press, 2011.

TRINDADE, Cláudia Moraes. **Ser preso na Bahia no século XIX**. Tese de Doutorado. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

TRINDADE, José Damião de Lima. **Os direitos humanos na perspectiva de Marx e Engels**: emancipação política e emancipação humana. São Paulo: Alfa-Ômega, 2011.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Capítulo II: derecho de castigar. In. MATUS ACUÑA, Jean Pierre. **Beccaria 250 años después**: vigencia de la obra Dei delitti e dele pene. Santiago de Chile: B de F, 2011.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WEISS, Valeria Vegh. Una crítica al pensamiento de Foucault desde el materialismo histórico. **Pensar. Epistemología y Ciencias Sociales**, n. 6, Editorial Acceso Libre: Rosario, 2011.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Parte General. 11. ed. Tradução Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

WOLFF, Maria Palma. **Antologia de vidas e histórias na prisão**: emergência e injunção de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A ciência penal alemã e as exigências político-criminais da América Latina. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, v. 17/18, 2011.

_____. Ensayo preliminar. Anselm v. Feuerbach: perspectiva actual de su antropología jurídica. In. FEUERBACH, Paul Johann Anselm von Ritter. **Tratado de derecho penal**. Tradução Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

_____. **Doutrina Penal Nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945**. Tradução Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro II**, i.. Rio de Janeiro: Revan, 2010.