

DOCTRINA NACIONAL

DIREITO PENAL: VISÃO CRÍTICO-METODOLÓGICA

JOÃO CALDEIRA BASTOS

Professor de Direito Penal da Universidade Federal de Santa Catarina.

1. Introdução. 2. Visão crítica. 3. Uma nova metodologia. 4. Vontade interpretativa. 5. Essência do crime. 6. Para concluir.

1. Introdução

Os compêndios de direito penal, no Brasil, permanecem apegados à premisa metodológica de identificação entre lei e direito e, na sequência, entre direito e justiça. Crime e pena são estudados a partir de esquemas teóricos importados quase continuamente da matriz preferencial, ítalo-germânica, sem que sobre ela se efetui previamente uma autêntica e necessária revisão crítica. Adotam-se sucessivos padrões de estrutura jurídica do crime e da pena, reapresentados através de vestimentas que se revezam na ilusória pretensão de revelar o enigma da esfinge. Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade sofrem, ininterruptamente, retificações conceituais de aparente solidez ôntico-ontológica ou jurídico-legal, embora se percam e se estiolem em sua umbelical dogmaticidade subjetiva, a retirar-lhes qualquer caráter científico.

Entendo superada essa fase histórica. Os livros didáticos, no entanto, os manuais e tratados, as análises jurisprudenciais, os artigos doutrinários e as dissertações acadêmicas continuam, ao que parece, no mesmo ritmo e compasso. Não podem ser sumariamente esquecidos. E porque perduram e se repetem, se reciclando na troca de indumentária,

proponho-me a rever a matéria sob o prisma da metodologia de ensino do direito penal.

Na Universidade Federal de Santa Catarina — pelo menos — já não se põe tanta fé na visão teórico-dogmática do direito, encarado agora em sua própria realidade histórico-sociológica.

Conseqüentemente, muda o *método* de retransmissão acadêmica. Não se pretende nem se admite que a futuros bacharéis seja negada a oportunidade de raciocinar, ver e enxergar.

2. Visão crítica

O direito penal — ou qualquer ramo do direito — pode ser visto em termos críticos ou em termos dogmáticos. Ensinar o direito dogmaticamente é selecionar, *a priori*, uma idéia-chave (p. ex.: lei, costumes, razão, justiça etc) e transformá-la em verdade subsistente por si mesma, identificada em sua objetividade e cultivada em suas intrínsecas virtudes.

Há, neste esquema, vários dogmas em possível conflito ideológico. Francesco Carrara, na Itália, trabalhou com o dogma da razão universal, inerente a todo ser humano, qual centelha da razão divina. Nélson Hungria, entre nós, dogmatizou a lei, fonte exclusiva do

direito penal. A lei do Estado, nada mais do que ela, sintetizaria todo o seu conteúdo e substância, independentemente da natureza da norma, proibitiva ou permissiva.

Mais modernamente, ainda se fala em estruturas lógico-objetivas do direito. O próprio crime não escaparia dessa camisa-de-força, já que atrelado à conduta humana finalista, suficientemente sólida, em sua evidência, para clarear os caminhos de uma nova dogmática jurídico-penal.

Erro de método, de ótica, de percepção, de teoria. A única estrutura jurídica possível, se é que a expressão tem cabimento, é de ordem histórico-social. Razão humana ou divina, lei do Estado, justiça, realismo lógico-objetivo, tudo se dilui na relatividade normativa dos próprios fatos do homem em suas relações de convivência.

A essência do direito se manifesta mediante a inevitável contradição formal de várias fontes, agasalhadas inclusive pelo sistema constitucional. A divisão dos poderes, a retórica de sua origem, a cidadania, as liberdades públicas atestam a relativa legitimidade política de vários órgãos e segmentos da sociedade organizada.

É claro que eventual harmonia ideológica facilita a consolidação histórica do direito. A desarmonia, porém, não o desnatura: envolve engajamento ético de quem, nas circunstâncias, dispõe de poder decisório e impõe, afinal, a sua vontade.

O assunto, aliás, já se torna um tanto banal, diante do crescente número de publicações especializadas que não se limitam a fazer meras pregações filosóficas, destinadas ao mundo das idéias.

Os próprios atores do direito, com destaque para aqueles que exercitam funções no Ministério Público e na Magistratura, abandonam o palco iluminado da encenações dramáticas, do misticismo pagão, do ilusionismo retó-

rico e falam agora abertamente de suas dúvidas e frustrações, de suas mudanças, de suas convicções e, sobretudo, de sua conduta profissional. Operários do direito, mostram o que fizeram, sem marcas e disfarces, no marco de suas competências e possibilidades. A última coisa então que se pode esperar de um professor é que proíba aos alunos de perceber as raízes desse direito esparso, fragmentado, mas ainda complexo, dinâmico, fugidio, tantas vezes confuso e visceralmente contraditório.

Convém, no entanto, distinguir. Para efeitos didáticos a crítica ao sistema jurídico tradicional, centralizado na lei, expressão da vontade de grupos minoritários, é crítica valorativa, de engajamento ético. Pode-se então dizer que se está diante de uma visão crítico-ideológica do direito, um pouco diferente da visão dogmática, mencionada no início, e da *visão crítico-metodológica*, enfatizada ao longo destes comentários. Seus artífices (visão crítico-ideológica) empreendem verdadeira cruzada cívica, quase revolucionária, porque pretendem o comprometimento prévio do jurista com os reais interesses da classe social majoritária e flagrantemente desprotegida. Direito alternativo a lei, quando conveniente; qualquer coisa menos a lei, quando inconveniente. Mudança, portanto, das regras do jogo, diante da gestação de novo dogma, de conteúdo impreciso, indefinido.

Diversa é, de alguma forma, a visão crítico-metodológica do direito. Bem mais modesta, não se volta para o futuro, em projetos arrojados. Quando muito, se coloca numa posição intermediária, de reforço logístico à visão crítica no sentido ideológico.

Reforço logístico porque, sendo crítica da visão dogmática em seus diversos matizes, acaba consolidando a percepção da base contraditória de todo e qualquer direito, no espaço e no tempo. Daí sua utilidade prática, meramente

circunstancial. É que outro tipo de direito alternativo — que sempre existiu historicamente — pode servir-se da conscientização do processo dinâmico do direito e tentar direcioná-lo para outras vias. A própria lei, mais uma vez relativizada, cederia sua retórica para outras formas de alternatividade, de cunho elitista, antidemocrático.

De qualquer modo, insisto na distinção. Como professor, não preciso inscrever-me no clube dos contestadores, cujo comportamento, por sinal meritório, facilita o alargamento da visão crítico-metodológica, foco de atenção do presente artigo. O direito existe objetivamente, como fato histórico — eis a teoria — e o mínimo que se deve exigir de um professor, de direito ou de história, é que se atenha aos fatos reais, sem prejuízo de variáveis interpretativas em torno de suas dimensões e relevância.

3. Uma nova metodologia

Em consequência, novo *método* de ensino do direito. A crítica à visão dogmática, de ordem racional, numa primeira fase; e de ordem objetiva, mais ou menos equidistante, numa segunda fase, permite e ratifica ao mesmo tempo a noção da imanência de um direito positivo de várias fontes, em eterno processo de reciprocidade alternativa. Lei, ideologia e intérprete, de um lado; ação, vontade, liberdade, de outro, explicam melhor a realidade e essência do direito do que utópicas e fantasiosas opções teóricas de vazo dogmático.

Qual a tônica das persistentes abordagens do direito penal?

Parece-me que a marca registrada da moderna doutrina penal brasileira está no revezamento entre o uso dogmático da lei, através do domínio de técnicas hermenêuticas, e de pretensas estruturas lógico-objetivas, reveladoras da essência do crime e da pena.

Para começo de conversa ou uma coisa ou outra, diria qualquer estudante que tivesse alcançado a maioria eleitoral. As leis, ademais, são vagas e ambíguas. Adaptam-se com facilidade à ideologia do grupo social ou às concepções pessoais do exegeta. Em contrapartida, conservam a virtude de uma certa clareza, voltada para o seu núcleo, o que não tem impedido que se doutrine ou que se decida contra elas, ou sem ficções.

Mais, um pouco mais: as leis são rasgadas, num momento político de imposição da força pela força; ou são contornadas, elegantemente contornadas na conduta administrativa ou nas sentenças e acórdãos. E o tempo conspira e consolida o que o homem dispõe faticamente.

Como negar, então, a juridicidade ocasional e contraditória do comportamento histórico-sociológico, intrinsecamente coativo ou persuasivo, de quem obteve por persuasão ou consenso esse poder circunstancial de comando? Como esquecer as raízes históricas de todo e qualquer direito, quer num sentido amplo (norma geral positiva) quer particularizado (direito concreto, subjetivo)?

Vale o raciocínio para o próprio mundo, setorizado, do direito penal como objeto (direito-norma) e do direito penal como teoria (ciência do direito penal). Nada, absolutamente nada, foge à regra geral de que o crime e, pois, a pena, encarados como instituição jurídica, se inserem no contexto bem mais amplo do direito como um todo, como fato sócio-político, interligando-se por isso mesmo às circunstâncias históricas.

Crime e pena dependem um pouco menos da *inteligência* do intérprete do que de sua *vontade e liberdade* para identificá-los no caso concreto. Crime e pena se repelem, paradoxalmente, ao sabor de um visão realista do direito, já que a inteligência do crime, como projeto jurídico do legislador, pode

contrastar, em muito, com a vontade política de ignorá-lo ou com a liberdade física ou psicológica de levá-lo ou não em conta na fase de execução, de repartição de responsabilidades. Existe o crime, não a pena. Ou existe a pena, sem a recíproca do prévio delito.

Daí a importância da visão crítico-metodológica do direito penal. Criticamente se prova, sem dificuldades, o caráter da lei como *projeto* e, não, como realidade jurídica. O direito se concretiza à custa do suporte fático de outras matrizes, mais ou menos interligadas.

Essa percepção sistêmica do direito penal devolve à sociedade civil, por seus líderes, e aos poderes constituídos, em sua pluralidade, com realce para as autoridades investigatórias, os promotores de justiça e os magistrados, a conscientização de que *constroem* o direito e são, destarte, responsáveis pelos próprios atos. Não basta o raciocínio, a inteligência, na vida do direito. O intérprete, porque age, ou porque se omite, interpõe a premissa de sua vontade no processo de elaboração artesanal do direito.

4. Vontade interpretativa

A impressão que se colhe, todavia, da literatura especializada, é um tanto diferente. Parece que a vigência de novas leis torna suficiente o trabalho de adaptação do intérprete às instruções normativas, contando que se esforce em detectar a intenção do legislador mediante a utilização dos métodos tradicionais de hermenêutica. De par com elegantes questões de entrosamento hierárquico (constitucionalidade) e de compatibilidade intra-sistemática (concurso aparente de normas) ainda se pergunta se o legislador se curvou, ou não, a uma série de teorias adicionais, relativas à estrutura do crime.

Em resumo: busca-se o convencimento no plano da razão, da inteligên-

cia, da imparcialidade científica. Deixa-se na penumbra a própria substância do direito, cujas raízes se alimentam da vontade e liberdade do intérprete ou de sua rendição à força coercitiva de outras fontes, com inclusão da lei e do grupo social como um todo, ou fração desse grupo.

Ora, é a própria inteligência humana que atesta, de início, suas limitações, assim como corrobora a falta de clareza de todo e qualquer sistema cultural, ou jurídico, ou lingüístico. Há sempre um enorme espaço a ser preenchido pelo hermeneuta, que deve e só pode fazê-lo a partir de si próprio e de mais ninguém. Aflora, então, numa incisão mais profunda e realística do direito, a vontade soberana, ainda que compartilhada, de quem por algum motivo se vê na contingência de impor, opinar ou decidir.

O sistema lingüístico da lei cede a vez, em termos de *conteúdo*, para o sistema ideológico do intérprete. Sua liberdade, condicionada à censura interna e à relativa coercibilidade de padrões culturais contraditórios, numa sociedade heterogênea, serve de parâmetro para o grau de responsabilidade ética inerente à direção escolhida.

Para ficar-se com um único exemplo, ligado à nova Parte Geral do Código Penal vigente: a introdução do “erro sobre elementos do tipo”, do “desconhecimento da lei” e do “erro sobre a ilicitude do fato” (arts. 20 e 21), recebida em regra como avanço tecnológico, permite que o jurista encontre na lei o que melhor lhe convier, em função de suas preferências. O erro sobre a ilicitude do fato implica obrigatoriamente desconhecimento da lei. Quem admite que pode praticar eutanásia, por entender lícita a conduta, desconhece a norma incriminadora. Diga-se o mesmo com relação ao consumo de quantidade mínima de maconha ou à manutenção de local para encontros libidinosos.

Conclusão: não se disciplina o apetite do intérprete oferecendo-lhe cardápio tão variado. E o jogo retórico entre “tipicidade” e “ilicitude” só surte efeito na predisposição emotiva de quem gosta de ilusões...

A propósito, só as leis e teorias, por sinal fragmentadas, costumam aparecer no tronco e nos ramos de uma simbólica árvore do direito. Suas raízes, por serem raízes, raramente se mostram à superfície. Descobre-se a mágica tentativa de imposição lógico-racional de um direito construído a partir do tronco e dos ramos, sem raízes de sustentação.

Numa visão sistêmica, no entanto, consegue-se vislumbrar a seiva da vontade do intérprete a transformar-se gradativamente em seiva da vontade da lei ou do grupo social, na hipótese de conflito. É que leis e teorias só traduzem o direito se alguém se dispõe a sustentá-las, mesmo a contragosto.

Assim, ainda que no interior de um sistema jurídico reputado por muitos de elitista — sem embargo de suas propostas de igualdade e nivelamento — é perfeitamente possível enxergar a presença de conteúdos valorativos que resolvem, contraditoriamente, o problema das anomias e divergências. E como não existe lei, nem sentença, sem grupo social, pode-se pelo menos buscar neste último o denominador comum da síntese ocasional e passageira.

5. Essência do crime

Insistir, portanto, na validade de estruturas lógico-objetivas do direito penal é continuar desviando a atenção dos mais jovens para com a questão crucial do conteúdo ético do direito, a ser resolvida através de engajamento consciente e personalizado, no contexto histórico. Crime e pena jamais tiveram qualquer estrutura distanciada do cenário sócio-vivencial dos homens, seus únicos artificios e destinatários no plano

normativo, com ou sem aprovação divina. A essência do crime não se restringe à legalidade, via contradição formal (*nullum crimen sine lege*), ou à reprovabilidade ético-normativa (*nullum crimen sine censura*). A essência do crime não reside na tipicidade, na ilicitude, na culpa, no finalismo da conduta ou em qualquer outra palavra de dicionário cujo significado se possa encontrar na objetiva universalidade da “natureza das coisas”.

A essência do crime é visivelmente circunstancial e aleatória, haja vista a interdependência de fatores ou matrizes juriferantes (lei, ideologia, intérprete) em estágio de revogação recíproca ou de aliança estratégica, resolvendo-se, em substância, pela facticidade impositiva da vontade mais forte.

A falha maior, então, do penalista, é de credibilidade excessiva nos próprios métodos que utiliza no processo de identificação e interpretação da norma cabível. A pluralidade de métodos (texto, espírito, bom-senso, razão, justiça, equidade, política criminal etc) evidencia contradição insolúvel, a implicar adesão participativa no momento da escolha. E a opção se dá, em princípio, via intuição ou sensibilidade afetiva. Na seqüência, ou como pressuposto, completa-se o esquema através da própria vontade, em havendo clima de liberdade opinativa (doutrina) ou decisória (sentença).

As divergências no foro criminal e nas práticas sociais se mostram hoje tão visíveis e tão palpáveis que me dispense, neste artigo, de abordá-las. Lembros agora tão-somente a título de ilustração genérica do que acabo de afirmar. Para que servem, afinal, as técnicas hermenêuticas se ninguém se entende na hora de aplicá-las?

Ora, toda teoria jurídica, por ser teoria, começa dogmática e arbitrariamente de si mesma. Trata-se de questão prévia, de cunho racional e filosófico,

que independe para aceitação do ideário político de quem quer que seja. A lógica, na sua pureza, dispensa os aplausos e resiste, incólume, aos apupos. Estudar, pois, a estrutura jurídica do crime a partir de qualquer teoria é, inevitavelmente, inventá-lo no plano das idéias, valendo a tentativa como simples obra nacional, desapegada de realidade objetiva, histórico-sociológica.

Erro, portanto — é bom insistir — de *método*, a menos que seus mentores admitam que trabalham hipoteticamente e nada mais pretendem do que retratar, para fins didáticos ou de comunicação, uma proposta de aborgagem, um ponto de vista, um modo pessoal de organização das próprias idéias e concepções.

A mesma pessoa pode encarnar, p. ex. a figura do professor e do juiz de direito. Em seu ministério pedagógico, diferentemente do que se passa no exercício da magistratura, desempenha papel de observador e, não, de operador do direito. A responsabilidade crítica do professor, de engajamento com a verdade objetiva, não se confunde com o dever ético do juiz de contribuir concretamente para a consolidação e desenvolvimento da justiça.

Colocada assim a questão, diminuem os riscos de alienação dos estudantes ou dos jovens bacharéis, que devem ser insistentemente alertados para a irrelevância científica de toda e qualquer teoria ôntica do direito. Livrar-se-iam, além disso, da inútil obrigação de acompanhar o caminho tortuoso de infundáveis retificações conceituais referentes à estrutura jurídica do crime, cujo conteúdo se constrói no interior do grupo social.

Na hora da verdade — solução tópica dos casos reais ou hipotéticos — os penalistas simplesmente não se entendem, ainda que agrupados em escolas, correntes ou doutrinas.

E por que não se entendem? Porque o cerne do direito está no conteúdo

valorativo das opções e, não, no vazio das fórmulas estéreis, incapazes de adaptação e sobrevivência. O direito é uma prática, uma práxis, um processo histórico intrinsecamente coercitivo, ligado à vontade e liberdade de ação dos que dividem entre si o exercício do poder normativo. A lei constitui apenas uma de suas fontes, num regime de separação de poderes.

Eis, por sinal, a fórmula genérica: o intérprete, mesmo que não o saiba, tende a selecionar na lei os artigos, parágrafos, incisos e alíneas compatíveis com suas expectativas. Por sua vontade, em clima de liberdade política chega ao ponto de revogar a própria lei, ora escondendo o jogo (ficção jurídica) ora agindo abertamente, a título de “político criminal”. Resta saber se é vedado ao analista crítico tomar consciência dessa dialética alternativa e enxergar juridicidade nas práticas sociais consolidadas e nas decisões de jurisprudência que enveredam por aquelas vias...

6. Para concluir

Sei que faço uma opção teórica. Procuro identificar o direito penal à realidade histórica proporcionada inclusive pela Constituição do país. Esta não se limita à idéia de crime e pena previamente definidos pelo legislador. A norma constitucional, mesmo quando encarada como projeto de direito, se esmera em garantir a participação dos demais poderes e do grupo social como um todo no processo histórico de sedimentação fática da juridicidade punitiva.

Tem-se então, desde logo, uma contradição formal de várias fontes ou matrizes, nada impedindo que se harmonizem em termos de conteúdo.

De qualquer modo, se não há crime sem lei, também não pode haver crime sem processo. E crime é aquilo que se diz ser crime através de uma exegese, de uma interpretação.

O grupo social interfere nessa dinâmica por meio de juízos de valor que controlam a criminalidade do fato. As autoridades policiais, em nova filtragem, selecionam os prováveis acusados, a cargo, em regra, do Ministério Público. Afunila-se a punibilidade em função da incidência de normas paralelas, de natureza processual ou de direito substantivo. Por fim, vigilância advocatícia, deficiências probatórias e piedosas ficções judiciais completam o quadro de redução estatística da potencialidade repressiva do Estado.

A doutrina jurídico-penal nivela os protagonistas e dá os fatos como provados. Em princípio, dogmatiza o texto e mesmo seu "espírito", independentemente do conteúdo da mensagem e da contra-ofensiva do sistema social. Importante é a lógica da lei, cujos conflitos internos, por serem "aparentes", se resolvem através do manejo de variáveis hermenêuticas que, em verdade, se replem.

É certo que a doutrina trabalha no campo das hipóteses. Na indicação das soluções, todavia, exerce papel equivalente ao do magistrado com poder decisório. Por isso mesmo, preocupa-se em transferir responsabilidade: a lei ou, quando muito, uma boa política criminal, justificadas racionalmente, servem como apoio retórico da argumentação desenvolvida.

Concurso material de crimes, concurso formal, crime continuado, ação, omissão, dolo, culpa, erro de proibição e de tipo, excludentes da ilicitude e tantos outros institutos e temas da área jurídico-penal são equacionados com impressionante maestria. Alerta-se, de passagem, para a complexidade da matéria, mas não se deixa de mostrar a saída do impasse pelo caminho do

argumento-chave, preponderante. Lei e natureza das coisas, de mãos dadas, solucionam a contento, em sua imparcial objetividade, toda a casuística possível e imaginável.

Entendo que, sem embargo da excelência das lições, se nega involuntariamente ao estudante a percepção da realidade íntima dessa dialética, de cujo cerne se irradiam projetos e informações intrinsecamente contraditórios. E se a contradição é também ideológica — circunstância normal e corriqueira no mundo do direito — não há ficção interpretativa capaz de esconder a vontade livre e soberana subjacente ao verniz retórico.

O direito penal, em sua conformação óssea, é muito mais complexo do que aparenta quando visto sob a ótica reducionista dos que o enclausuram na lei ou, paradoxalmente, em estruturas formais, destituídas de conteúdo. Não foge à regra elementar de que a lógica de todo direito é fático-valorativa: acompanha o curso e trajeto de uma dinâmica social alimentada de força, poder, vontade e liberdade.

Conhecer o crime e a pena é curvar-se à dogmaticidade do próprio fato histórico e dele extrair, com objetividade científica, as categorias básicas de sua pujança normativa, detalhe que não elimina, mas pressupõe, a conscientização da responsabilidade ética de todos e de cada um, no contexto das circunstâncias.

Em síntese: não há crime, nem pena, em termos de realidade normativa, sem o exercício dialético da força, poder, vontade e liberdade. São essas categorias, analisadas criticamente, que devem orientar o ensino, a pesquisa e o desenvolvimento de um direito penal comprometido com a verdade.