

# EM DEFESA DE UMA ABORDAGEM REALISTA- MARGINAL NO DISCURSO DOGMÁTICO JURÍDICO- PENAL BRASILEIRO

IN DEFENSE OF A MARGINAL-REALISTIC APPROACH IN BRAZILIAN CRIMINAL DOGMATICS  
DISCOURSE

## Hamilton Gonçalves Ferraz

Doutor em Direito pela PUC-Rio. Mestre em Direito Penal pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Penal

(UFF – MDI). Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4038462874056018>

ORCID: 0000-0002-0471-2529

[ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com](mailto:ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com)

**Resumo:** O trabalho resgata o realismo marginal e defende sua abordagem na dogmática jurídico-penal nacional. Nesse sentido, desenvolve-se uma crítica à colonialidade no Direito Penal; apresenta-se o realismo jurídico-penal marginal, e seu modelo de dogmática correspondente, o funcionalismo teleológico-reduutor. Em conclusão, argumenta-se que o paradigma realista marginal na dogmática penal reforça a assunção de responsabilidade político-criminal por parte dos atores do sistema penal, em função do domínio que possuem sobre um saber técnico que habilita violências sobre pessoas concretas.

**Palavras-chave:** Realismo Marginal - Dogmática Penal - Funcionalismo Redutor.

**Abstract:** The paper recalls the marginal realism theory and advocate its approach in the national criminal dogmatics. In this sense, it is developed a critic on coloniality in Criminal Law; and it is presented the so called marginal criminal realism and its corresponding dogmatics model, the teleological-reductive functionalism. In conclusion, the paper argues that the marginal realism paradigm in criminal dogmatics stresses the political-criminal accountability of the penal system's stakeholders, due to the domain they hold on a technical knowledge which releases violence on real people.

**Keywords:** Marginal Realism - Criminal Dogmatics - Reductive Functionalism.

## 1. Introdução

É ou deve ser a dogmática jurídico-penal uma técnica “universal”, “abstrata”, válida em qualquer lugar, momento e sociedade? Seus princípios de construção, parâmetros, critérios de validade e argumentos são, ou devem ser “neutros”, e ter força suficiente para transcender as contingências da realidade subjacente?

“Ciência” por “ciência”, o nazismo também teve suas “ciências” penais e criminológicas, bastante influentes ao seu tempo.<sup>1</sup> Se o discurso jurídico-penal é “universal”, não se compreende como se assume tão facilmente que, por exemplo, a reincidência seja agravante na aplicação da pena, mas pouco se recorda que foi um brasileiro, **Antonio Joaquim de Macedo Soares**, no século XIX, quem, rudimentarmente, esboçou as primeiras críticas ao instituto, sugerindo mesmo que fosse uma atenuante, em certos casos. (MACEDO SOARES, 1891, p. 529-532 apud ROIG, 2015, p. 193). Tampouco se explica como, no tradicional estudo das teorias de fundamentação e justificação da pena, as discussões insistem em girar em torno da eterna disputa entre retribuição e prevenção, quando, há mais de 100 anos, um brasileiro, **Tobias Barreto**, abriu caminhos teóricos para uma visão diferente e original sobre o

assunto<sup>2</sup> – raramente é recordada pelos compêndios e manuais mais conhecidos.

A proposta do presente artigo é, nesse sentido, insistir na defesa de uma abordagem realista-marginal no discurso dogmático jurídico-penal brasileiro. Assim, em um primeiro momento, é tecida uma crítica à colonialidade do poder e do saber no Direito Penal; na sequência, apresentam-se os contornos do realismo jurídico-penal marginal; e, ao final, propõe-se uma dogmática funcional-reduutora como o modelo dogmático realista-penal marginal por excelência.

## 2. Por uma crítica à colonialidade do poder e do saber no Direito Penal

O Direito Penal, em sua configuração ilustrada mais importante retratada em “Dos delitos e das penas”, de 1764, assumiu certas linhas fundamentais, delineadas a partir de uma principiologia humanista e adequadas à filosofia política do contratualismo. Legalidade dos delitos, proporcionalidade das penas, jurisdicionalização dos conflitos a partir do devido processo legal e da presunção de inocência foram temas recorrentes, que buscaram combater bases inquisitórias em conflito com os ideais das luzes (CARVALHO, 2013, p. 37).

Os fundamentos deste Direito Penal são apresentados de forma homogênea e coerente pela ilustração: a lei penal advém de um contrato social, livre e conscientemente aderido pelas pessoas, que se submetem à penalidade em decorrência da violação do pacto (*Ibid.*, p. 154-155). Trata-se, portanto, de um discurso que é filho direto da modernidade.

Identificam-se dois sentidos para “modernidade”: um primeiro, referente a uma ideia de “emancipação racional”, a saída da imaturidade por um esforço de razão como processo crítico DUSSEL, 1994, p. 175).

É nessa acepção que se compreende a noção de “estado de direito” como produto moderno (BATISTA; ZAFFARONI et al, 2006, p. 601) e, conseqüentemente, atribui-se aos discursos das ciências criminais o objetivo principal de busca da felicidade através da negação da “barbárie” e afirmação da “civilização” (CARVALHO, 2012, p. 165).

Em um segundo sentido, “modernidade” vem a representar a justificação da práxis irracional de violência (DUSSEL, *Op. cit.*, p. 175). Como mito, ele é composto, em linhas gerais, pela assunção da civilização moderna (europeia) como superior, sendo que tal superioridade obriga ao “desenvolvimento” dos povos mais “primitivos”, “brutos”, “bárbaros”, pela via europeia. Em caso de resistência, se impõe o uso da violência em favor da “modernização” e do “progresso” (como uma “guerra justa colonial”) e, assim, como resultado, a violência sofrida pelas vítimas é justificada como sacrifício necessário inevitável ao “avanço civilizatório” (*Ibid.*, p. 175-176).

A outra face da modernidade é, assim, a colonialidade. A consolidação da hegemonia europeia e central sobre o mundo não se fez, e sequer seria possível, sem o exercício da dominação colonial, que operou padrões de exercício de poder e violência por categorias – raça, classe, gênero, sexualidade. Essa forma de dominação possui três elementos centrais: (i) a colonialidade do poder; (ii) o capitalismo; (iii) o eurocentrismo (QUIJANO, 2014a, p. 124).

A colonialidade, além de se expressar como poder, é acompanhada por uma colonialidade do ser e do saber (BALLESTRIN, 2013, p. 100). Ao longo da dominação colonial europeia se constituiu o complexo cultural conhecido como “modernidade-racionalidade europeia”, estabelecida como paradigma universal de conhecimento e de relação entre a humanidade e o resto do mundo (QUIJANO, 2014b, p. 63). Na América Latina, as ciências sociais, ao apelarem a uma “objetividade universal”, contribuíram para a busca, assumida pelas elites locais e regionais, da “superação” dos traços tradicionais e pré-modernos que teriam servido de obstáculo ao “progresso” e à transformação destas sociedades à imagem e semelhança das sociedades liberais industriais” (LANDER, 2005, p. 14).

A partir dessas lentes, pode-se observar que a formação do sistema penal brasileiro e, conseqüentemente, sua operacionalidade e

seus discursos adquiriram certas peculiaridades em função de sua edificação colonial e racista. Como aponta **Evandro Piza**, as características atuais do nosso sistema penal não são meros “arcaísmos”, mas sim, dimensões essencialmente problemáticas e integradas à modernidade (DUARTE, 2017, p. 231).

Novas perspectivas se abriram no campo dos saberes criminais a partir da crítica à colonialidade. Desde os anos 70 até hoje, passaram a florescer na América Latina as suas criminologias críticas latino-americanas, sendo possível identificar categorias próprias e originais de análise elaboradas por tais leituras, como as noções de sistemas penais institucionalizados (punitivos e não punitivos/ paralelos) e parainstitucionais ou subterrâneos, construções criminológicas de resistência a uma história e realidade punitivas próprias do exercício de poder punitivo nos países de nossa região (PRANDO, 2006). Partindo-se da percepção da funcionalidade

desse saber na empreitada imperialista do controle do outro, passa-se a propor que não apenas a criminologia, mas também o Direito Penal construam espaços de resistência e discursos de emancipação (BATISTA, 2019, p. 25).

Ao verificar a influência da ciência penal alemã na dogmática latino-americana desde meados do século XIX, **Zaffaroni** insurge-se contra uma importação acrítica de tais matrizes, destacando os aspectos próprios do exercício do poder penal em nossa região, bem como as características peculiares das sociedades latino-americanas (tais como pobreza, desigualdade, e violências dentro, fora e através do sistema penal, em níveis muito mais intensos do que nas regiões centrais). Isso não significa afirmar uma “autossuficiência dogmática”, mas, sim, que trocas e intercâmbios devem ser feitos levando em consideração a

realidade e o contexto social e político de formação de cada saber penal (ZAFFARONI, 2010).

### **3. Um referencial teórico adequado à nossa realidade: em defesa do realismo jurídico-penal marginal**

Nos saberes criminais, a forma com que se percebe, e o que se considera “realidade” varia de acordo com os pontos de vista político-criminais previamente assumidos (nem sempre de forma explícita). A dogmática jurídico-penal, em regra, sempre foi bastante parcial na forma de perceber a “realidade”, e isso por uma simples razão: quase sempre ignorou a sua própria. A criminologia positivista debruçou-se sobre (certas) pessoas já criminalizadas; conseqüentemente, o horizonte político-criminal traçado para o Direito Penal foi o controle punitivo daqueles (poucos) condenados e presos. Por outro lado, a realidade do sistema punitivo, a operacionalidade seletiva de suas agências de criminalização, estas permaneciam encobertas e legitimadas pelo discurso jurídico dominante (ANDRADE, 1995, p. 24-36).

O realismo jurídico-penal marginal passa a incorporar ao horizonte do Direito Penal a atuação das agências de criminalização e a forma de operacionalidade do sistema, identificadas e estudadas pela

## O REALISMO JURÍDICO-PENAL MARGINAL PASSA A INCORPORAR AO HORIZONTE DO DIREITO PENAL A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS DE CRIMINALIZAÇÃO E A FORMA DE OPERACIONALIDADE DO SISTEMA, IDENTIFICADAS E ESTUDADAS PELA CRIMINOLOGIA CRÍTICA LATINO-AMERICANA.

criminologia crítica latino-americana. Mais ainda, observa como a forma de edificação dos sistemas penais latino-americanos foi diferente daquela dos países centrais e, por essa razão, demanda lentes distintas, análises diferentes e soluções mais adequadas ao nosso contexto.

A partir da deslegitimação dos sistemas penais latino-americanos por sua própria operacionalidade, ao Direito Penal se lhe atribui a necessidade de construção de um novo discurso, que se limite a pautar as decisões das agências judiciais com o mesmo objetivo político de reduzir a violência, levando-se em conta a contribuição criminológico-crítica sobre a operacionalidade real dos sistemas penais (ZAFFARONI, 1991, p. 172). Por essa razão, constitui o realismo-jurídico penal marginal um verdadeiro “paradigma epistemológico”, um princípio orientador para o Direito Penal e um modelo integrado de ciências penais para a América Latina (CARLÉS, 2012, p. 271).

#### 4. O modelo dogmático realista-marginal: a dogmática teleológica-funcional redutora

Todo sistema dogmático do delito pode se reduzir a duas espécies: dogmáticas classificatórias, isto é, sistemas inspirados por certo pragmatismo, renunciando qualquer indagação sobre sua funcionalidade perante o poder punitivo; e dogmáticas teleológicas, que explicitam suas funções perante o poder punitivo, adotando referências às finalidades atribuídas ou não à pena (ZAFFARONI, BATISTA, 2010, p. 25-26).

A um modelo realista-marginal corresponde uma dogmática teleológica. Renunciar à discussão sobre os fundamentos, premissas e referenciais que informam um determinado sistema jurídico, ainda que ao argumento de que este debate seria extrajurídico, tem por consequência transformar o Direito em mera técnica, “arte pela arte”, e seu operador num perigoso autômato, mascarando e legitimando seu exercício real de poder e violência com alguma argumentação jurídica, mas escondendo e deixando como pressupostas as reais

funcionalidades político-criminais subjacentes (*Ibid.*, p. 25). Na esteira de **Juarez Cirino dos Santos**, pensar dogmática penal como um suposto critério de racionalidade do sistema punitivo significa assumir o ponto de vista do poder repressivo do Estado no processo de criminalização de marginalizados do mercado de trabalho e da pobreza social, em geral (SANTOS, 2012, p. 454).

#### 5. Considerações finais

Categorias conceituais e elementos estruturais da dogmática penal não são temas jurídicos “inocentes” ou elaborações intelectuais “descompromissadas”. A construção teórica do Direito Penal, além de situada histórica, política e socialmente em um contexto e um lugar, depende de prévia definição de questões primordiais, meta-dogmáticas: estabelecer quais as relações entre o saber penal e os dados de realidade, e de que forma eles são levados em conta; qual o sentido da punição, como ela é compreendida e apreendida; e, consequentemente, qual funcionalidade assume o saber diante dela.

A dogmática penal é, assim, nada mais, nada menos do que uma ferramenta. Ela instrumentaliza, em sentido técnico-jurídico, o conteúdo ideal proclamado pelos princípios fundamentais que atravessam o saber penal, cuja legitimação é política e que advém do núcleo duro da ideia de estado de direito (ou estado democrático de direito, ou estado constitucional de direito).

No fundo, o que defende um modelo realista-penal marginal é responsabilidade político-criminal: se nosso saber técnico não é inocente, porque produz, reproduz, aceita e legitima violências sobre pessoas concretas, então, como percebemos e entendemos aqueles e aquelas que submetemos ao controle penal é nossa responsabilidade – tão maior quanto mais vulneráveis, mais merecedoras de proteção, mais titulares de direitos e garantias fundamentais forem estas pessoas. Uma defesa que, no Brasil de 2021, é urgente.

#### Notas

<sup>1</sup> Por exemplo, sobre a recepção das ideias de Mezger na América Latina e no Brasil, principalmente em matéria de culpabilidade, Batista (2011, p. 167-169).

<sup>2</sup> Por todas as obras do autor, a de maior destaque, Barreto (1926, p. 129-152).

#### Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Sequência*, Florianópolis, v. 16, n. 30, p. 24-36, jun. 1995.

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 11, p. 89-117, maio/ago. 2013.

BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Edição do Estado de Sergipe, 1926.

BATISTA, Nilo. Cem anos de reprovação. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André. *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 161-180.

BATISTA, Nilo. Apresentação. In: CODINO, Rodrigo; ALAGIA, Alejandro. *La descolonización de la criminología en América*. Buenos Aires: Ediar, 2019.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*, I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

CARLÉS, Roberto Manuel. Ver el árbol o ver el bosque? El realismo jurídico penal marginal como principio epistemológico fundamental para un modelo integrado de las ciencias penales en América Latina. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org). *Leituras de um realismo jurídico-penal marginal*: homenagem a Alessandro Baratta. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2012, p. 261-271.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. A hipótese do fim da violência no discurso da modernidade penal. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org). *Leituras de um realismo jurídico-penal marginal*: homenagem a Alessandro Baratta. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2012, p. 165-172.

DUARTE, Evandro Piza. Formação do sistema penal no Brasil: perspectivas criminológicas a partir da crítica à modernidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 130, p. 203-235, abr. 2017.

DUSSEL, Enrique. 1492: el encubrimiento del Otro – hacia el origen del “mito de la modernidad”. La Paz: Plural Editores, 1994.

LANDER, Edgardo. Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. In: LANDER, Edgardo. *A colonialidade do saber*: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: Colección Sur Sur, CLACSO, 2005, p. 8-23.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A contribuição do discurso criminológico latino-americano para a compreensão do controle punitivo moderno: controle penal na América Latina. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 6, p. 77-93, jul./dez. 2006.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: PALERMO, Zulma; QUINTERO, Pablo. *Aníbal Quijano*: textos de fundación. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2014a, p. 109-158.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad-racionalidad. In: PALERMO, Zulma; QUINTERO, Pablo. *Aníbal Quijano*: textos de fundación. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2014b, p. 60-70.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena*: limites, princípios e novos parâmetros. 2. Ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A ciência penal alemã e as exigências político-criminais da América Latina*. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, n. 17/18, p. 39-46, 2010.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. *Direito penal brasileiro II*, I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

Recebido em: 08.05.2021 - Aprovado em: 06.07.2021 - Versão final: 04.08.2021