

Direito penal: visão crítico-metodológica

João José Caldeira Bastos *

Sumário: 1. *Introdução* 2. *Visão crítica* 3. *Uma nova metodologia* 4. *Vontade interpretativa* 5. *Essência do crime* 6. *Lógica jurídica* 7. *Caminhos tortuosos* 8. *Realismo crítico* 9. *Lógica fático-valorativa* 10. *Vícios de legitimidade*. 11. *Categorias básicas* 12. *Para concluir*.

1. Introdução

O presente artigo, em sua edição original, participou dos primórdios da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (São Paulo: RT, ano 1, n.º 1, p. 98-104, jan.-mar. 1993). Foi reproduzido em *Curso crítico de direito penal* (Florianópolis: Obra Jurídica, 1998), sob a forma de *síntese conclusiva*.

Acrescento-lhe agora novas e amplas observações atualizadas. Algumas já constam de outra obra: *Crimes de perigo individual: interpretação do código penal e anotações crítico-metodológicas*. Florianópolis: 2007. Elas reforçam, a meu ver, a convicção da importância de um estudo crítico e realista do direito penal e sua dogmática.

Com efeito, os compêndios de direito penal, no Brasil, permanecem apegados à premissa metodológica de identificação entre lei e direito e, na seqüência, 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 efetue previamente uma autêntica e necessária *revisão crítica*. Adotam-se sucessivos padrões de estrutura jurídica do crime e da pena, rerepresentados através de vestimentas que se revezam

na ilusória pretensão de revelar o enigma da Esfinge. Tipicidade, ilicitude e culpabilidade sofrem ininterruptamente retificações conceituais de aparente solidez ôntico-ontológica ou jurídico-legal, embora se percam e se estiolem em sua dogmaticidade subjetiva, a retirá-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 da 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. Mas se o tema é direito penal e criminologia que se realce, com justiça, a obra de Vera Regina Pereira de Andrade, de forte conteúdo crítico, anunciado pelo próprio título (*A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997).

Buscam-se novos paradigmas de ensino e pesquisa, impostos pela conscientização epistemológica de uma realidade rebelde às amarras de acanhadas (e às vezes suspeitas) teorizações dogmáticas.

Nas palavras de Paulo Roney Ávila Fagúndez, todas as verdades são relativas. Somente se poderá chegar a determinadas conclusões importantes “se se tiver consciência da necessidade de pontes que deverão ser edificadas entre as diversas áreas do conhecimento” (*Direito e holismo: introdução a uma visão jurídica de integridade*. São Paulo: LTr, 2000, p. 249).

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

2. Visão crítica

O direito penal, ou qualquer outro ramo do direito, pode ser visto em termos *críticos* ou em termos *dogmáticos*.

Ensinar o direito dogmaticamente é selecionar, a priori, uma idéia-chave (por exemplo: 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. Néelson 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.

Entendo que existe 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.

E mais: como assinala, com razão, Alessandro Nepomoceno, “o problema dos estudos embasados numa visão tradicional do Direito Penal não reside no que é dito, mas justamente no que foi deixado de dizer”, em detrimento da descoberta das reais funções inerentes à sua operacionalidade (*Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 232).

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 crítico-jurídicas que não se limitam a fazer meras pregações filosóficas, destinadas ao mundo das idéias. Os próprios atores do direito, com destaque para aqueles que exercem funções no Ministério Público e na Magistratura, abandonam o palco iluminado das encenações dogmáticas, do misticismo pagão, do ilusionismo retórico 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 máscaras 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*. 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*: em princípio, a lei, quando conveniente; qualquer coisa menos a lei, quando inconveniente. Mudança, portanto, das regras do jogo, em face 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 forma, insisto na distinção. Como professor, não preciso inscrever-me no clube dos contestadores, cujo comportamento, por sinal meritório, facilita por sua vez o alargamento da *visão crítico-metodológica*, foco de atenção deste 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 do reconhecimento de variáveis interpretativas em torno de suas dimensões e relevância.

3. Uma nova metodologia

Em conseqüência, 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 e liberdade*, de outro, explicam melhor a realidade e essência do direito do que utópicas e fantasiosas opções teóricas de vezo dogmático.

Qual a tônica das persistentes abordagens do direito penal?

Sem embargo de novidades mais recentes, 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, com ou sem ficções argumentativas.

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 dominação ou consenso esse poder circunstancial de comando? Como esquecer as raízes históricas de todo e qualquer direito, quer num sentido genérico (norma geral positiva), quer num sentido restrito, 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 uma visão realista do direito, já que a inteligência do crime como projeto jurídico do legislador pode contrastar, e 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* de direito e, não, como direito propriamente dito. Este se concretiza à custa do suporte fático de outras matrizes, mais ou menos interligadas.

4. Vontade interpretativa

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 policiais e investigatórias, para os magistrados, para os membros do Ministério Público, 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 histórico de elaboração artesanal do direito.

A impressão que se colhe, todavia, da literatura dogmática, é um tanto diferente. Parece que a vigência de novas leis torna suficiente o trabalho de adaptação do intérprete às instruções normativas, contanto 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 inteligência, 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 hermenêuta, 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.

Registro 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), embora recebida 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. Num sistema de estrita legalidade é a lei que carrega em si e por si mesma a nota de licitude ou ilicitude de toda e qualquer conduta. Quem admite que pode praticar eutanásia, por entender lícita a conduta, desconhece a norma incriminadora. Diga-se o mesmo com relação ao consumo de maconha; maus-tratos a título de educação doméstica; apropriação de coisa achada; 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. Aduzia Enrique Aftalión, em 1952, que da tipicidade "só resta um nome, uma etiqueta nova para designar coisas já velhas" (*La escuela penal tecnico-jurídica y otros estudios penales*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1952, p. 129).

Além de confusa, com seus vários significados, a tipicidade é supérflua, "é uma sutileza técnica para exprimir de modo diferente o princípio da legalidade", asseverava Raul Chaves, em abono do raciocínio de Maggiore e tantos outros penalistas (*Da tipicidade penal*. Bahia: Artes Gráficas, 1958, p. 93).

Ou seja, pouco interessam os rótulos, as etiquetas, os nomes de batismo, as redefinições propostas ou subentendidas. Interessa muito mais o grau de liberdade histórica e circunstancial para a imposição fática de uma vontade efetivamente construtora do direito.

A propósito, só as leis e as 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 dos troncos 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. Leis e teorias só traduzem o direito se alguém se dispõe a sustentá-las, mesmo a contragosto.

Voltando a Raul Chaves: "... quando o Estado procura, realmente, armar-se de maiores poderes repressivos, não há *tipicidade*, não há irretroatividade da lei penal, não há *nullum crimen sine lege* que o contenha. O que há é um direito penal autoritário (com a tipicidade singularmente reduzida a um "meio auxiliar técnico"), como o constituído ali mesmo, na pátria da doutrina do *Tatbestand*" (ob. cit., p. 94).

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 personalizada, no contexto histórico. Crime e pena jamais tiveram qualquer estrutura distanciada do cenário sócio-vivencial dos homens, seus únicos artífices 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".

Que o digam, ao longo da história universal, as mulheres, os recém-nascidos, as crianças, os indígenas, os servos da gleba e os escravos, no âmbito das relações domésticas, políticas e de trabalho. Que o digam os estrangeiros, os dissidentes, os negros, os pobres, os judeus, os hereges, os apóstatas, as minorias religiosas ou tribais (às vezes, as maiorias), os expatriados, os fugitivos de guerra. Quem é que se encarrega de identificar, com precisão dogmática, a mencionada "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 do penalista reside na 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). *Jamais existiu direito fora de suas reais e concretas circunstâncias históricas.*

Assim, na correta observação de Gladston Mamede, há que se tomar distância das teorizações dogmáticas para, em contraponto ao “purismo do grosso dos trabalhos jurídicos”, buscar o direito em sua existência dinâmica. Com o detalhe de que o próprio conhecimento, em suas estruturas consolidadas, também estaria necessitando “de uma crítica e revisão constantes” (*Semiologia do direito: tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura*, p. 193).

6. Lógica jurídica

Das divergências no foro criminal, assim como na doutrina e práticas sociais, tão visíveis e tão palpáveis inclusive nos dias de hoje, tratei exaustivamente em outros textos e trabalhos acadêmicos. Lembro-as 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.

Qual a voltagem elétrica “verdadeira”: 110 ou 220 volts? A distância entre dois pontos mede-se por metros, braças, pés ou polegadas? E automóvel, no que tange a

combustível, exige sempre e necessariamente gasolina? A importância prática da língua inglesa fulmina, como loucura auditiva, como ilusão de ótica, as palavras e sons da língua portuguesa? Não, evidentemente. Se quisermos simplificar poderemos então perceber, sem muito esforço, uma eventual subjetividade soberana em termos de voltagem (220), sistema de medição (metro), combustível (gasolina) e palavras e sons (português). Uma subjetividade, é claro, mais ou menos compatível com a realidade objetiva de cada coisa, idéia ou produto, em sua individualidade.

Mas a premissa, o ponto de partida, como nas regras de qualquer jogo, de qualquer brinquedo, de qualquer esporte, envolve *dogmatismo prévio*. Alguém, ou um grupo de pessoas, elabora essas regras (sistema). E nada muda, no plano lógico, em havendo receptividade social às diretivas ou instruções. Só que essa receptividade, como prática, já traz consigo uma nova realidade associada a um outro sistema, ou seja, daqueles que se dispõem a executar (práxis) as regras ministradas (teoria). Não é difícil notar, com o passar do tempo e a presença de novos fatos, de novos atores, quer o abandono das normas, relegadas ao ostracismo, quer a intromissão e assimilação de tantas outras, ao sabor das circunstâncias.

Existe lógica semelhante no terreno jurídico. É a *lógica dialética*, no sentido de inevitável interação entre sujeito e objeto. O direito nos transporta para muitas realidades: voltagens diversificadas, múltiplos sistemas de medição, vários combustíveis, uma infinidade de línguas vivas e mortas. A construção do direito, em seu nascedouro, envolve também um ato de vontade mesmo de quem se faz passar por simples intérprete ou operador de preexistente sistema normativo. Toda a grandeza e tragédia do direito se esconde exatamente na escolha ou imposição fática de uma regra de conduta que se supõe ou se afirma, se for o caso, ditada pelos deuses, pela razão, pelo bom senso, por algum sistema objetivamente normativo.

Ensina Chaïm Perelman: “O que há de especificamente jurídico no raciocínio do juiz não é de modo algum a dedução formalmente correta de uma conclusão a partir de premissas – nisso a dedução em direito nada tem de particular – mas são os raciocínios que

conduzem ao estabelecimento dessas premissas no âmbito de um sistema de direito em vigor” (*Ética e direito*, trad. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 481).

O importante, na lógica jurídica, não é a coerência dedutiva, exigência mais do que óbvia em qualquer atividade prática em que se pretenda um mínimo de tratamento igualitário (justiça formal). O importante é o mecanismo de acesso à norma geral positivada. Num plano mais ou menos utópico, à norma jurídica justa em si mesma (justiça material).

Voltando à realidade: também a regra de conduta, objetivada em lei, é reflexo de uma premissa (teoria). E o intérprete? Ele igualmente já é uma premissa, uma teoria, devendo ser visto como um sistema ambulante previamente programado. Ao buscar uma norma ele o faz a partir de si próprio, de seus valores, de sua capacidade intelectual, de suas limitações. Deixa-se levar por ele mesmo na execução e conclusão de uma tarefa que se revela, no fundo, pessoal e intransferível.

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 racional, desapegada de realidade objetiva, histórico-sociológica. O crime enquanto *realidade normativa concreta ou potencial* é que deve comandar o aparato conceitual voltado para sua apreensão intelectual. Tipo, tipicidade, culpa, dolo, ilícito, ilicitude, culpabilidade, reprovabilidade, censurabilidade, ação, imputação, omissão, finalismo etc. são simples expressões lingüísticas, são instrumentos úteis para o diálogo e comunicação jurídico-social. E só. Não têm vida própria. Seu significado é aleatório, depende de quem os inventa ou utiliza. Não é à toa que mudam de tamanho e de lugar segundo o grau de arrependimento de seus artífices ou de reordenamento tático de cada usuário ou receptor. E isso continua ocorrendo, com desenvoltura, ao longo desta primeira década do século 21.

Donde o erro – 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 abordagem, um ponto de vista, um modo pessoal de organização das próprias idéias e concepções.

A mesma pessoa pode encarnar, por exemplo, a figura do professor e do juiz de direito. Em seu ministério pedagógico, diferentemente do que se passa no exercício da magistratura, ela 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 ôntico-ontológica 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* – não pode haver dúvida – se constrói no interior do grupo social.

7. Caminhos tortuosos

Já vimos quem gosta desses caminhos tortuosos: são os penalistas alemães e seus entusiasmados seguidores, na Europa e América Latina, pelo menos. Mas os resultados são pífios, as conseqüências se mostram não raro desastrosas. 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. Tanta sabedoria germânica,

a contar por exemplo de Ernst Beling, em 1906 – teoria do tipo – resultou em quê, na prática?

Ouçamos Eugenio Raúl Zaffaroni: "A judicatura alemã não é explicável fora do contexto do Estado alemão e de seu modelo prussiano. Neste âmbito deve-se entender que sem Bismarck não teria existido Hitler. O Estado prussiano organizou sua burocracia de modo vertical e sobre a base de um modelo de inteira submissão de seus operadores" (*Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: RT, 1995, p. 150). Mais adiante: "Como é lógico, esta estrutura, com tal formação, deveria produzir juízes dóceis e extremamente reacionários, porque não se tratava de uma seleção ou discriminação ideológica, mas de uma verdadeira formação ideológica, uma espécie de 'lavagem cerebral' bastante prolongada" (p. 150/151). Leia-se também este trecho: "Os juízes do império ampararam abertamente os terroristas de extrema-direita, perseguiram os social-democratas, comunistas e judeus, trataram com inaudita benignidade Hitler e seu grupelho originário, encobriram os homicídios de seus sectários e, definitivamente, não fizeram mais do que ampliar o espaço pelo qual circulou a ruptura final da República em 1933. Não foi outra a magistratura que debutou com o escandaloso processo do incêndio no Parlamento e que, daí em diante, incorreu nas legitimações e aberrações que conhecemos" (p. 151).

Compreensível, assim, a fuga metafísica do planeta, o refúgio nas estrelas, o conforto intelectual de teorias sobre o crime *desvinculadas de qualquer concretude histórica*. Disso tratou o *finalismo*, que "entrou na arena com um saber homogêneo sobre nada menos que o núcleo do direito penal – ação, antijuridicidade e culpa – trazendo a firme convicção de que este saber se assentava sobre o Ser", esclarece Winfried Hassemer (História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra, *RBCCrím n° 6*. São Paulo: RT, 1994, p. 45). E ainda "estendeu-se por minúcias como a localização do dolo na estrutura do crime, as relações da autoria com a participação e a omissão imprópria" (*idem, ibidem*).

Ao legislador, pois, de curvar-se ao modelo universal objetivamente justo (direito natural).

Curiosamente, o próprio Zaffaroni, convencido da "funcionalidade" de um sistema de punição injusto, porque seletivo, e desumano, porque genocida, dissecou uma outra anatomia ontológica, a da *pena*, cujo conceito "não pode ser proporcionado por nenhum discurso legitimante e tampouco pode ficar em mãos do legislador". (*Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 202). Se o sistema penal "é um mero fato de poder" (p. 202); se "onticamente falando só existem conflitos arbitrariamente selecionados" (p. 247); se toda pena – uma dor inútil – é irracional, cabe o realinhamento de princípios éticos que limitem juridicamente a violência do poder.

A lógica, no entanto, permanece de pé. A teoria da ação finalista (e tantas outras) vale por si mesma, não vale como expressão da complexa realidade jurídico-social. Seus defensores, aliás, não se acertam, divergem a todo momento, sobretudo porque lhes falta – em sua própria teoria – exatamente o essencial: a intuição, a apreensão microscópica do *conteúdo político* de cada átomo do direito em sua universal objetividade. Vê-se que também os doutos, nesta matéria, não se libertam de si mesmos e pagam o preço de sua condição humana. *Ubi jus, ibi contradictio*.

Estende-se o raciocínio para as novíssimas teorias dogmáticas, trazidas do Velho Mundo: imputação objetiva, garantismo, funcionalismo etc. Não há como guardar ilusões quanto à possibilidade científica de se construir um direito penal *more geometrico*, isento de vagezas e contradições pragmáticas, sintáticas ou semânticas. Como evitar o desencadeamento lógico das tentativas de explicação contextual ou intra-sistemática? Elas suscitam, de seu turno, outras explicações talvez ainda mais confusas, todas elas carregadas dos vícios (imprecisões) inerentes à linguagem humana. Não impedem os efeitos colaterais de novas ambigüidades, que aumentam o grau de injustiça formal entranhado em qualquer sistema de direito positivo.

8. Realismo crítico

Está na hora de se mudar, em parte, o discurso, ao menos no âmbito pedagógico. Se direito penal se constrói com rigorismo técnico e preciosismo semântico, por que o tribunal do júri? Por que o duplo grau de jurisdição? Por que, além disso, a chance de novos recursos? Por que o "desperdício" de um sistema judicial colegiado? Por que as decisões *contra legem*, mesmo em prejuízo do réu?

Dentre outros motivos, porque inexistente neutralidade argumentativa ou decisória e sobretudo porque não há forma de conceituar “o significado do juridicamente e/ou politicamente correto ou errado”, como adverte, em outro contexto, o professor Lédio Rosa de Andrade ”(*Introdução ao direito alternativo brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 331/332).

Essa impossibilidade conceitual vale para o próprio Poder Legislativo, encarregado da definição dos crimes e cominação das penas. E persiste em relação à dogmática jurídica, com ou sem os temperos críticos das correntes de direito alternativo. “Perante o caso concreto, cada jurista, de acordo com sua consciência, com as normas em vigor, com os costumes, com a jurisprudência, com a doutrina, com a economia, com a política, com o social, etc., decidirá o que é mais correto”. Trata-se de escolha “condicionada por vários fatores e não só pelo desejo pessoal do jurista” (ob. cit., p. 332).

Ouçamos François Rigaux: "O juiz é, por múltiplas razões, coagido a fazer obra criadora. Primeiro, porque toda norma tem necessidade de ser interpretada. Depois, porque nenhuma codificação poderia prever a diversidade das situações de vida, e a previsão do mais sábio dos legisladores é frustrada pelo progresso das técnicas, pela modificação das condições econômicas e sociais, pela evolução dos costumes e pela variação da moral resultante disso" (*A lei dos juízes* [trad.]. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 185).

O tema é antigo. Sob a forma de diálogo, já aludia Platão à importância das leis, acrescentando, porém, que mais importante não é dar força à legislação, mas ao homem real, dotado de prudência. É que "a lei jamais seria capaz de estabelecer, ao mesmo

tempo, o melhor e o mais justo para todos, de modo a ordenar as prescrições mais convenientes. A diversidade que há entre os homens e as ações e, por assim dizer, a permanente instabilidade das coisas humanas, não admite em nenhuma arte, e em momento algum, um absoluto que valha para todos os casos e para todos os tempos" (Político, in *Os Pensadores* [trad.]. São Paulo: Abril Cultural, 1972, p. 250).

Além disso, por mais clara que seja, a lei pode ser descartada. Ela não passa de um dentre muitos outros instrumentos utilizados como fonte ou inspiração do direito penal possível. Nessa ótica, suplanta-se ou amplia-se o leque de opções do modelo hermenêutico de Hans Kelsen. Mais do que uma vontade exegética proporcionada pela própria lei, ou pela constituição política, prevalece a vontade final do intérprete com poder decisório, erigido à condição de fonte primária de construção do direito.

As divergências doutrinárias e jurisprudenciais não deixam a menor dúvida quanto a essa possibilidade teórica. E elas se repetem, se reciclam, se adaptam, se transmudam, em toda e qualquer campo do direito penal.

Veja-se a posição de Paulo de Souza Queiroz, que se mostra favorável a um direito penal mínimo. A certa altura, em sua crítica à seletividade e desigualdade do sistema, afirma com veemência retórica: "... ainda que o próprio Deus ditasse as leis, ainda que os juízes fossem santos, ainda que promotores de justiça fossem super-homens, ainda que delegados e policiais formassem um exército de querubins, ainda assim o direito – e o direito penal em particular – seria um instrumento de desigualdade. Porque a igualdade formal ou jurídica não anula a desigualdade material que lhe subjaz". Mais adiante: não se trata "de um problema circunstancial, que se possa vencer pela boa vontade de legisladores ou aplicadores da lei: é um problema estrutural" (*Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 30).

Tudo isso nos remete, mais uma vez, à conscientização crítica de um direito penal de várias fontes, dinamicamente interligadas.

Como enfrentar o problema? À luz de um realismo crítico, na síntese de Luiz Fernando Coelho, “o ponto de partida, e também o de chegada, é a evidência de que a realidade somos nós, o homem como ser individual e social, como consciência, trabalho e criação. Não um *cogito, ergo sum*, mas um *sum, ergo cogito*” (“O pensamento crítico no direito”, *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, n.º 30. Florianópolis: CPGD/UFSC, jun/1995, p. 74). O esforço de depuração técnica dos conceitos e normas, a preocupação de objetividade milimétrica quanto aos contornos e limites de cada *tipo*, a busca incessante de clareza institucional – estou adaptando, por minha conta e risco, o pensamento filosófico do autor – parecem conectados à ilusão de um fenômeno jurídico *em si*, separado de um “contexto multidisciplinar” por sua vez embebido de “realidade humana” (idem, *ibidem*). Parecem também atrelados à crença de que o direito, com a incorporação legislativa de “modernos” princípios, é ou pode vir a ser único, racional, objetivo, pleno, claro, preciso.

Mas tudo se passa ao reverso: o direito é e continuará sendo múltiplo, diversificado, emocional, intuitivo, lacunoso, confuso, contraditório. Os acréscimos e diferenciações trazidos à lei não se desfazem de efeitos colaterais indesejáveis, e até imprevisíveis, em face de paralelas alterações objetivas do sistema como um todo. E este ainda mais se complica a partir do instante em que se vê envolvido e dominado pelas armadilhas da dogmática e sutilezas argumentativas dos operadores jurídicos, oficiais ou oficiosos. O direito é um fato, um fato normativo, e como tal há de continuar a ser visto por quem já se libertou das cartilhas metafísicas paradoxalmente redigidas em linguagem humana, linguagem essa que a tudo relativiza, exceto em relação a si mesma, enquanto enunciado teórico-explicativo.

9. Lógica fático-valorativa

Sempre é válido algum esforço para o aperfeiçoamento das instituições de direito penal, mormente quando se pretende a conjugação ou aliança de apurada técnica legislativa com o sentimento do justo, sentimento a emergir e aguçar-se no entrechoque dos próprios acontecimentos, em seu devir histórico.

Renato Nalini chega até a falar em rebelião do juiz, em termos de “nova postura hermenêutica”. Uma postura inspirada, segundo suas próprias palavras, na aparente ineficiência do instrumental jurídico para a solução das “questões humanas”. Questões singelas, às vezes, que se perdem na sofisticação procedimental. Que se perdem na concepção de um direito etéreo, distanciando da realidade das pessoas (*A rebelião da toga*. Campinas: Millennium, 2006, p. 248). Contesta, assim, a cultura jurídica desatenta da advertência orteguiana de que o direito, enquanto realidade, constitui, em expressão barroca, “uma secreção espontânea da sociedade. Ele não pode ser outra coisa” (p. 248).

O que me preocupa, na observação do desenvolvimento e sofisticação de novas e velhas teorizações dogmáticas, é o aparente descaso por outras categorias básicas de percepção do fenômeno em sua visceral complexidade. Valoriza-se uma das partes, em detrimento de outra. Permanecem fechados, ou em desuso, os canais de acesso ao direito penal em suas estruturas histórico-sociais.

Como lembra Horácio Wanderley Rodrigues, a realidade social, da qual o direito faz parte, “é dinâmica, e somente pode ser conhecida – se é que se pode conhecê-la – através de métodos também dinâmicos”, ou seja, métodos “que acompanhem as evoluções, involuções e contradições existentes na dialética social” (“O ensino do direito, os sonhos e as utopias”, in *Ensino jurídico para quem?*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000, p. 21). E isto, convém que se acrescente, não implica descuidar da questão política, relacionada com a necessidade de se colocar o direito e o seu ensino “a serviço da democracia e da justiça social efetiva” (p. 30).

Entretanto, não há meio de se arrancar dos fatos, em sua dialética e evolução histórica, critérios normativos de justiça e legitimidade. O próprio radicalismo criminológico, de linha marxista, com suas denúncias contra tudo o que lhe pareceu falso ou ideológico, não apontou, no testemunho de Juan Félix Marteau, “o que é, efetivamente, o verdadeiro”; nem explicou a contento o modo de liberação das práticas punitivas modernas e de implementação, para melhor, de uma nova ordem social (A

condição estratégica das normas. São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 161). A perspectiva radical, sem embargo de incontestáveis méritos, pretendendo “converter a criminologia em uma ciência crítica que dissesse o que é justo ou injusto na realidade positiva moderna, de forma empiricamente comprovável”, acabou restaurando, isto sim, “em toda a sua dimensão, o primado dos juízos fundados em princípios transcendentés”. Assim, “o projeto era cativante, o resultado obscuro”(p. 155).

Observações desse naipe receberam, no prefácio, o acolhimento de Eugenio Raúl Zaffaroni (p. 15). O que não desnatura, por óbvio, o enriquecimento científico aportado pelas várias correntes da criminologia crítica.

A lógica do direito – de qualquer direito: oficial, emergente ou alternativo – é fático-valorativa, quer dizer, se deixa levar por uma dinâmica social que se nutre e se alimenta de *força, poder, vontade e liberdade*. Sempre insistirei nessa dialética do fascinante e multifacetado universo do direito. Pois ela continua de pé, altaneira e soberana, em desafio à incompreensão e indiferença de penalistas de primeira grandeza, acostumados à incoerência ou vagueza intrínsecas de infundáveis postulados formais de hermenêutica e reconstrução do ordenamento jurídico em vigor.

Uma lei justa, razoavelmente justa, socialmente justa, democraticamente justa, constitucionalmente justa, pode virar pó, e pó jurídico, por força de atos institucionais ou de simples invasão territorial, com ou sem posterior anexação geográfica. Pode virar pó, e pó jurídico, mesmo em pleno funcionamento do *Estado de Direito*, que preconiza, como tal, a segurança das instituições pelo acatamento às instruções dos intérpretes com poder decisório. E se estes divergem, como é de praxe, ou não tomam conhecimento (o que é bastante comum) do que o sistema penal e processual, em tese, lhes reserva, há que se levar em conta o reverso da medalha, de maior consistência normativa, apesar das aparências em contrário.

Sob esse aspecto, pouco adianta a sofisticação da moderna dogmática, até hoje afastada, embora se diga o contrário, da realidade social, a que sobrepõe uma imagem

pálida e racionalizada, que lhe garante charme e prestígio. Oportuna a observação de Vera Regina Pereira de Andrade: “Parafrazeando o que Foulcault conclui sobre a prisão, o sucesso da Dogmática Penal por dentro de seu aparente fracasso é tamanho que ela se mantém intacta contra mais de um século de problematizações e críticas”(A *ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*, cit., p. 309).

10. Vícios de legitimidade.

Morrem os homens, ficam as instituições. E os vícios de legitimidade? Como apagar os sulcos e as marcas do fato histórico se é o fato histórico que permite, em suas implicações lógicas, a presença de novos sistemas normativos e o próprio questionamento crítico de quem nele se insere como eventual protagonista?

Paradoxo: não foi um *decreto-lei* – o próprio Código Penal de 1940 – que dispôs no art. 1º não haver crime sem *lei* anterior que o defina? E não se escreveram, até os dias de hoje, centenas de livros, teses, artigos, tratados e manuais tendo como pano de fundo a sistematização ontológico-dogmática do novo ordenamento jurídico? Desapareceram do mapa, no Brasil, os fatos normativos relacionados com o exercício de funções, cargos e poderes no período de vigência dos "atos institucionais"? Até quando o direito penal, em sua fulgurante assimetria valorativa, pode ser ensinado através de uma ou duas vias metodológicas que nada mais conseguem do que reduzi-lo ou distorcê-lo em sua imagem e dimensão, em nome talvez de simples aspirações, de racionalizações, de utopias? *Que mistério se esconde sob o medo dos que se negam, nas aparências, a enxergar as estruturas históricas de todo e qualquer ordenamento jurídico?*

Talvez porque atento a estas e outras perguntas é que Maurício Antonio Ribeiro Lopes contrapõe a força da ideologia predominante aos argumentos de purismo tecnicista (*Direito penal, estado e constituição*. São Paulo: IBCCrim, 1997, p.136 e 137), reconhecendo e aplaudindo ao mesmo tempo, nos valores da Constituição Federal de 1988, uma base filosófica e ideológica, uma certa concepção de mundo. Essa concepção

resulta, sobretudo, da evolução de “idéias políticas que grassaram quando da formação do novo texto constitucional, representando, pois, as teses defendidas no momento e reprodutoras das aspirações populares” (p. 158). Os limites da lei poderiam então “ser rompidos em benefício do interesse de liberdade e justiça, ambos expressões da qualidade do modelo social proposto pela Constituição”(p. 199).

De repente, pois, a redescoberta da Carta Magna, a corroborar, por suas premissas – diriam os mestres – o acerto ideológico e científico, de caráter revolucionário, das novas invenções ou “descobertas” dogmáticas em torno da estrutura do crime e fins da pena: bem jurídico; imputação objetiva; risco permitido; ilicitude material; minimalismo; ponderação de valores; garantismo; adequação social; insignificância lesiva.

11. Categorias básicas

Aí está: somos nós, mais uma vez, que construímos historicamente o direito penal. E o fazemos a partir de nós mesmos, de nossas próprias forças, se bem que dependentes do peso coercitivo de quem delas disponha em maior desenvoltura e quantidade, quando no exercício formal do poder político.

Decisões contra a lei, aliás, não se justificam tão somente nos dias de hoje, à luz do novo texto constitucional. Pelo contrário, *deveriam* ter existido, isto sim, e com mais razão, em épocas de maiores injustiças e desigualdades econômicas e sociais. Se não existiram, ou se existiram com tanta parcimônia, caberia ao penalista de formação dogmática rever estrategicamente seu próprio discurso para nele introduzir a *liberdade* como categoria básica do direito. Pois não é possível que este, o direito, só passe a ter vida e reconhecimento em cartório na seqüência de sua identificação com *equidade, justiça, humanidade, fraternidade*.

Tudo isso – equidade, justiça, humanidade, fraternidade – vale como idéia, doutrina, pregação cívica. Não vale como reflexo ou expressão do direito em sua realidade empírica, histórico-sociológica.

Não pretendo iludir-me com a tentativa de definir o que entendo precisamente por liberdade. Limito-me a esclarecer que me refiro à liberdade física e psicológica de ação e omissão de toda e qualquer pessoa no contexto das circunstâncias históricas. Quem sofre de claustrofobia, por exemplo, não tem liberdade psicológica para ingressar sozinho num elevador, embora disponha de liberdade física para fazê-lo. E não basta a liberdade psicológica se o acesso ao elevador está sendo tolhido por uma perigosa matilha de cães ou, não havendo impedimento externo, se existe imobilidade funcional do próprio agente.

Interessa de perto a liberdade jurídica, exclusiva e formalmente limitada por lei, nos termos da Constituição Federal (art. 5º, II). Mas é pouco, muito pouco. As revoluções e golpes de estado, efetivamente vitoriosos, subvertem a "ordem" vigente e instauram por si mesmos um novo sistema normativo. Além disso, mesmo nos períodos de calmaria democrática, a manutenção das estruturas de dominação econômica e política reduz o impacto das legítimas expectativas de tratamento isonômico. E o conceito de liberdade, que pressupõe a possibilidade do exercício da própria força, não implica necessariamente o conceito de igualdade. No entanto, aproxima-se dialeticamente de conceito de vontade, que lhe orienta os passos, ou dela se beneficia.

Retornamos, assim, embora numa visão meramente esquemática, às categorias básicas do direito (*força, poder, vontade, liberdade*) válidas para o direito penal e, na seqüência, para a compreensão didática das estruturas do crime e da pena. Essas categorias é que sustentam a tríade ou tripé dialético da *lei, ideologia e intérprete*, que ensinam, de seu turno, na doutrina jurídica (como hipótese ou sugestão) e no foro criminal (como realidade concreta), o *fato normativo* compatível com a historicidade do *direito*.

Daí a relevância da pergunta: liberdade (e vontade) de quem? Em primeiro lugar, e tendo como parâmetro a própria Constituição, importa a liberdade do respectivo poder legiferante, até hoje constrangido a redigir suas leis em linguagem natural. Portanto, em uma linguagem dotada de virtudes e vícios, que às vezes dificultam e às vezes facilitam a presença e o desempenho funcional do operador jurídico. Depois, a liberdade dos outros poderes e agentes do Estado, no âmbito de suas atribuições e competências, sem embargo da convivência e participação dos vários segmentos e membros da sociedade civil. Mas liberdade, principalmente no âmbito jurídico-penal, dos órgãos de investigação, acusação, defesa e julgamento. Desse processo de afunilamento e seletividade despontam a vontade política e as efetivas condições materiais de ação, que subvertem, com suas migalhas, o sentido meramente formal das programações do sistema.

Como quer que seja, não será por falta de teorias e doutrinas, antigas e modernas, ainda que vagas, ambíguas, e até contraditórias, que se deixará de fazer coincidir o direito – se as circunstâncias o permitirem – com as fantasias e expectativas ideológicas de cunho subjetivo, personalizado.

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 “política criminal”. Resta saber se é vedado ao estudante e ao analista críticos tomar consciência dessa dialética alternativa e enxergar juridicidade nas práticas sociais consolidadas e nas decisões de jurisprudência que enveredam por aquelas vias.

12. Para concluir.

Sei que faço uma opção teórica. Procuro identificar o direito penal à realidade histórica proporcionada inclusive pela Constituição política do país. Esta, no Brasil, não se limita à idéia de crime e pena previamente definidos pelo legislador. A norma constitucional, mesmo que 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, porque trabalha em abstrato, 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 repelem.

É certo que a doutrina opera no campo das hipóteses. Na indicação das soluções, todavia, exercita papel equivalente ao do magistrado com poder decisório. Por isso mesmo,

preocupa-se em transferir responsabilidades: a *lei* ou, quando muito, uma boa *política criminal*, justificadas racionalmente, servem como apoio retórico da argumentação desenvolvida.

Delitos em espécie, tentados ou consumados; figuras qualificadas ou privilegiadas; concurso material, 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 mudo 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. E com um certo consolo. Conforme assinalado em outro contexto, os juristas construíram e deduziram ao mesmo tempo – eis o fato de maior relevo e destaque – o único direito de caráter universal, em possível

oposição a alguma norma ou valor aparentemente coercitivos. É o direito positivo que limita agora qualquer outra espécie de "direito natural". Trata-se de um direito imposto pela força empírica das coisas. Um direito imposto pelo fato. O fato objetivamente normativo (*Le raisonnement du juriste: contribution à l'étude critique de la dogmatique pénale*. Bruxelas: ed. do autor, 1982, p. 276).

Em outras palavras, há uma historicidade absolutamente segura, firme e valiosa, em termos ideológicos: a concretização dogmática dos valores supremos da igualdade e dignidade dos homens. Negá-los, hoje, num clima de liberdade opinativa ou decisória, sob pretexto de norma geral impeditiva, legal ou costumeira, é negar a si próprio como cidadão consciente da legitimidade de suas potencialidades afirmativas.

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* e, quem sabe, com a própria *justiça*.

Florianópolis, 18 de setembro de 2007.

Referências bibliográficas:

AFTALIÓN, Enrique. *La escuela penal tecnico-jurídica y otros estudios penales*. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1952.

ANDRADE, Lédio Rosa de. *Introdução ao direito alternativo brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BASTOS, João José Caldeira. *Crimes de perigo individual: interpretação do código penal e anotações crítico-metodológicas* [apostila]. Florianópolis: 2007.

Curso crítico de direito penal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

Direito penal: visão crítico-metodológica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 1, n.º 1, p. 98-104, jan.-mar. 1993.

Le raisonnement du juriste: contribution à l'étude critique de la dogmatique pénale. Bruxelas: ed. do autor, 1982.

CHAVES, Raul. *Da tipicidade penal*. Bahia: Artes Gráficas, 1958.

COELHO, Luiz Fernando. O pensamento crítico no direito. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*. Florianópolis: CPGD/UFSC, n.º 30, jun. 1995.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Direito e holismo: introdução a uma visão jurídica de integridade*. São Paulo: LTr, 2000.

HASSEMER, Winfried. História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra. *RBCCrim* n.º 6. São Paulo: RT, 1994.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Direito penal, estado e constituição*. São Paulo: IBCCrim, 1997.

MAMEDE, Gladston. *Semiologia do direito: tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura*, 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

MARTEAU, Juan Félix. *A condição estratégica das normas*. São Paulo: IBCCrim, 1997.

NALINI, Renato José. *A rebelião da toga*. Campinas: Millennium, 2006.

NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, trad. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PLATÃO. Político, in *Os Pensadores* [trad.]. São Paulo: Abril Cultural, 1972.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes* [trad.]. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. O ensino do direito, os sonhos e as utopias, in *Ensino jurídico para que(m)?*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

ZAFFARONI, Eugénio Raul. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: RT, 1995.

Em busca das penas perdidas. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

* Professor de Direito Penal da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina; professor aposentado de Direito Penal da Universidade Federal de Santa Catarina.