

## DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E PARADIGMA DOGMÁTICO: UM DEBATE NECESSÁRIO

LÊNIO LUIZ STRECK

Promotor de Justiça/RS  
Mestre em Filosofia do Direito  
Doutor em Direito do Estado

Três coisas devem ser ditas inicialmente, e que servem de norte para estas reflexões: A primeira, a de que me considero um daqueles juristas teimosamente esperançosos de que o Direito possa ter alguma função social. A segunda, com Cléve, de que as disciplinas jurídicas dogmáticas mutilam o saber jurídico, reduzindo-o a mero reproduutor da normatividade institucionalizada, pela qual o direito passa a constituir arsenal de recursos úteis para os aparelhos de estado assegurarem o controle social.<sup>1</sup> Já a terceira é consequência das anteriores, ou seja, a da necessidade de um (re)pensar crítico do direito, através da busca de alternativas ao imaginário jurídico-dogmático instituído.

Vivemos um tempo em que não há uma história. Há mil histórias. Há mil versões sobre os fatos. Resulta daí um homem fragmentado, fruto da era da técnica, em que a imprensa (e algumas instituições jurídicas) são (e se consideram) uma espécie de superego da sociedade.

Nesse sentido, registre-se, de pronto, como disse o saudoso Heleno Fragoso,<sup>2</sup> que “estamos mal habituados a uma autêntica sacralização da justiça, pela qual os advogados são, talvez, os maiores responsáveis. Dos tribunais se costuma dizer sempre que são “egrégios”, “colendos”, “altos sodalícios”. Dos juízes se diz sempre que são “eminentes”, “íncritos”, “meritíssimos”, “doutos”, “ilustres” etc. As sentenças são sempre “venerandas” e “respeitadas”, por mais injustas e iníquas que possam ser. *Nada disso tem sentido num regime democrático e republicano, no qual a justiça se faz em nome do povo, fonte primária de todo poder*”.

Nosso imaginário (tanto o social, como o gnosiológico dos juristas) é construído e dominado por um certo tipo de cultura que pode ser chamado de “pequeno-gnosiológico”. Consequência é que vivemos em uma sociedade inserida no que se pode chamar de anorexia informacional. E, quando alguma informação mais crítica consegue passar pelo filtro do *establishment*, ocorre

(1) Clemerson Merlin Cléve. *O direito e os direitos*. São Paulo, Acadêmica, 1988, p. 48.

(2) Entrevista concedida a Nilo Batista. In Nilo Batista. *Punidos e mal pagos*, RJ, 1990, Revan, p. 96.

o fenômeno da “bulimia informacional”. E isso está se tornando crônico... E o Direito não escapa à essa problemática.

Enfim, vivemos em uma sociedade “aquagorizada”,<sup>3</sup> na qual quem “detêm e engendra” a “informação” — se o leitor me permite uma boa dose de exagero — são “formadores de opinião” como Gil Gomes, Hebe Camargo, Pedro Bial e outros mais ou menos votados, que fazem a “leitura” (pós-moderna) da realidade para o restante das pessoas mediante a administração de “drops informacionais”. Isso leva à “mediocretização” da sociedade e à “aquagorização” das relações sociais. Nessa linha, também quero chamar a atenção para o tipo de cultura “standardizada” que se desenvolve (e cresce dia a dia) em nossa sociedade, onde o Direito tem a clara função de amalgamar os conflitos.

Isso nos leva, conseqüentemente, à discussão (para mim sempre atual) do papel da ideologia na sociedade e, principalmente, no Direito. A função da ideologia é socializar expectativas e valorar os valores. É o ponto de partida e o ponto de chegada na argumentação jurídica. Os limites na interpretação jurídica são traçados pela ideologia. A ideologia sintetiza um projeto de poder. Como bem diz Marilena Chauí, a ideologia tem eficácia na medida em que não a percebemos. Daí porque o jurista pode manusear o Código Penal durante anos a fio, sem se dar conta de algumas “obviedades” (nem tão óbvias assim), como a de que o ato de furtar uma galinha recebe uma pena expressivamente mais gravosa (1 a 4 anos de reclusão) do que o abandono de um recém-nascido, com resultado morte (6 meses a 2 anos de detenção).

Nosso cotidiano está, pois, repleto de “obviedades”, como a de que o Direito visa o bem comum, de que o Direito visa a justiça, que a lei é feita democraticamente para proteger os mais fracos, que todos são iguais perante a lei, que o “legislador” é racional... Não é “óbvio” que o Tribunal do Júri é democrático? Ora, dirão alguns, é “óbvio” que o Direito é neutro, e que o Direito visa o bem comum. De que direito não tem nada a ver com ideologia...

Nosso papel, obviamente, é demonstrar que tais “obviedades” não são tão óbvias, mas sim, que foram incrustadas na mentalidade de nossos juristas e de nossa sociedade. Enfim quero (é obrigação nossa) mostrar que o óbvio para a maioria é *um óbvio construído ideologicamente*. Nosso papel é o de elaborar um contradiscurso ao que nos foi (e é) imposto pelo *establishment*.

Quando queremos falar em Direito *lato* ou *stricto sensu*, por exemplo, temos que, de pronto, contextualizar o discurso. Para isso, é necessário ter claro que o Brasil pode ser dividido, metaforicamente falando, no que tange à distribuição de renda, em quatro países: Itália, Colômbia, Quênia e Somália. Ou seja, ao nível de renda *per capita*, temos cerca de 15 milhões de pessoas que têm renda como os Italianos; temos também mais ou menos 40 milhões de brasileiros que vivem como os colombianos; 45 milhões de brasileiros teimosos como os Quenianos e aproximadamente 15 milhões de brasileiros que (sobre)vivem como os Somalis. É de se perguntar: O que significa para os “Somalis” ou “Quenianos” brasileiros “o direito”, “ter direitos”, “burocracia” e o princípio de que “*todos são iguais perante a lei*”?

<sup>(3)</sup> A expressão “aquagorizada” é corruptela do título do programa “Aqui e Agora”, que é transmitido, diariamente, em rede nacional, pelo SBT — Sistema Brasileiro de Televisão, e que tem no jornalista Gil Gomes — conhecido por suas reportagens policiais “estilizadas” — uma de suas estrelas.

Que tipo de visão temos sobre a aplicação e a eficácia das leis existentes no Brasil? Por exemplo, um funcionário público de alto escalão engaveta um processo durante 3 ou 4 anos. Para processá-lo por prevaricação é muito difícil, pois exige-se o dolo. Registre-se que a preguiça, a negligência ou o desleixo são consideradas causas que excluem o dolo (aliás, como se diria na dogmática tradicional, “*nesse sentido a jurisprudência é mansa e pacífica*”: RT 451/414; 486/356; 565/344; 543/342...). Exige-se uma espécie de “dolo de engavetamento”. Já no caso de um ladrão de galinhas, que leva a “penosa” para a sua casa, basta que com ela (com a *res furtiva*) fique alguns minutos, para que, em sendo o “elemento” preso, estar caracterizado o crime de furto (cuja pena, aliás, é várias vezes maior do que a de prevaricação). Aliás, como se diria igualmente na dogmática tradicional, “*também nessa linha existe copiosa jurisprudência*”, dando conta de que “*o furto atinge a consumação no momento em que o objeto material é retirado da esfera de posse e disponibilidade do sujeito passivo, ingressando na livre disponibilidade do autor, ainda que este não obtenha a posse tranqüila*”.<sup>4</sup>

Leis. A favor de quem? Contra quem? Há uma incontável quantidade de leis no País, além dos 302 artigos da Constituição.<sup>5</sup> Tem lei para o “varejo” e para o “atacado”. A dogmática jurídica tradicional afirma, entretanto, que (sic) *não há leis nem palavras inúteis nas leis*...<sup>6</sup> Alguns exemplos bem interessantes podem ser citados para “demonstrar” tal assertiva dogmática, como o art. 20, inciso I, da Constituição Federal, que diz que *são bens da União aqueles que lhe pertencem*... Já o art. 1.º, § 1.º do Código de Águas assevera: *São consideradas subterrâneas as águas que ocorrem naturalmente ou artificialmente no subsolo*... E como se interpreta a lei? O que é interpretar a lei? Como bem diz Roberto Aguiar, interpretar a lei é como um rio que tem duas margens. A gente escolhe a margem para acampar... Como nós interpretamos a lei? Quantos pesos temos e quantas medidas adotamos?

Leio na *Folha de S. Paulo* que a “maioria dos mortos em ações da polícia e na disputa entre traficantes é composta de homens negros, pobres, entre 15 e 24 anos”.

Leio “um estudo sócio-econômico da indigência e da pobreza urbanas”, do Instituto de Filosofia da UNICAMP, que um terço dos domicílios urbanos estão abaixo da linha da pobreza (8,6 milhões de “domicílios”). Os indigentes têm três vezes mais crianças. Quase 41 milhões de pessoas vivem nesses domicílios pobres ou indigentes.

<sup>(4)</sup> Consultar JTACrimSP 78/423 e 81/348, *apud* Damásio E. de Jesus, *Código Penal Anotado*. São Paulo, Saraiva, 1993, p. 462.

<sup>(5)</sup> Não se sabe ao certo, mas devemos ter hoje cerca de 200 mil normas jurídicas espalhadas no interior do sistema. Registre-se, ainda, que nove entre dez textos legais terminam com a conhecida expressão “*revogam-se as disposições em contrário*”. Ora, a característica de tal assertiva é tão autoritária quanto genérica e vaga, remetendo o operador do Direito ao extremo da incerteza, tornando impossível a determinação do que esteja revogado e do que continue vigente...

<sup>(6)</sup> Durante a ditadura militar havia um Decreto (69.534) que estabelecia uma singularidade no Direito brasileiro — a instituição do *decreto secreto*. Com isso, determinava aos cidadãos rigorosa obediência a uma lei que todos eram obrigados a ignorar...

Leio na *Folha de S. Paulo* que nos últimos 11 anos aumentou em 2 milhões o número de crianças e adolescentes (de 0 a 17 anos) no Brasil que vivem em domicílios chefiados por pessoas que ganham até dois salários mínimos. Informações são do IBGE.

Leio que ladrões foram presos, acusados e condenados por furto de mercadorias (entre eles guardanapos) de supermercado. Ao mesmo tempo, leio que o Superior Tribunal de Justiça concedeu *Habeas Corpus* para os donos do Supermercado Makro, acusados de aumentar abusivamente preços... Parece que no Brasil cabe muito bem o dito de um camponês salvadorenho citado por Jesus Antonio de la Torre Rangel, jusfilósofo mexicano, de que "*La ley es como la serpiente. Sólo pica al que está descalzo*".<sup>7</sup>

Tomo conhecimento de um dos documentos mais chocantes já produzidos no Congresso Nacional, relativo à violência praticada contra a mulher. A cada dia são registradas, em média, 337 reclamações. Isso dá mais de 120.000 mulheres vítimas por ano. Grande parcela é vítima de estupro... E quantas não registram a ocorrência?

Como funciona o Direito diante desse quadro caótico? E o que fazem nossos juristas? Parece que, na maioria das vezes, as normas postas pelo Estado não "batem" com os interesses de nossos "quenianos" e "somalis"... Parece que só esses estão presos, cumprindo pena... Aliás, dados do próprio Ministério da Justiça mostram que mais de 80% dos detentos no Brasil são não-brancos, pobres, analfabetos ou com primeiro grau incompleto...

O que significa a *pacta sum servanda* nesse quadro? E o princípio de que todos são iguais perante a lei? Ou de autonomia da vontade?

Maria Lúcia Karan, na sua bela obra *De crimes, penas e fantasias*,<sup>8</sup> faz uma espécie de paródia em cima do Código do Consumidor para nos ajudar na compreensão do problema. O Código de Defesa do Consumidor no art. 37 diz:

*"É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.*

Parágrafo 1.º — É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Parágrafo 2.º — É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial perigosa à sua saúde ou segurança.

Parágrafo 3.º — Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço".

<sup>7</sup> De la Torre, in *Apuntes para una introducción filosófica al derecho*, México, Editorial Jus, 1992.

<sup>8</sup> Ver Maria Lúcia Karan. *De crimes, penas e fantasias*, Rio de Janeiro, Suam, 1991, p. 195 e ss.

Mais adiante o Código considera crime a publicidade enganosa ou abusiva (art. 67).

Essa criminalização, continua a inteligente juíza fluminense, da publicidade enganosa ou abusiva encerra um irônico paradoxo: na verdade, a mais eficaz e perversa venda de um produto, através da omissão de dados essenciais e da divulgação de informações, inteira ou parcialmente falsas, capazes de induzir em erro a respeito da natureza, características etc. ou incitar à violência e explorar o medo, é *exatamente a “venda” do sistema jurídico*. Ou seja, destinado a fornecer segurança e tranquilidade à população, através da punição dos autores de condutas definidas como crime, sua propaganda apresenta a idéia de que violência é igual a crime, mediante a utilização de alguns fatos que comovem e assustam o conjunto da sociedade, especialmente roubos, estupros, seqüestros ou, em menor intensidade, o homicídio — que nem costuma ser visto como crime tão grave (veja-se que não é considerado crime hediondo... — mas junte-se a esse delito o fator “propriedade privada” e tem-se, por exemplo, o seqüestro, o que transforma o crime em hediondo...). Mais: o trânsito tem um peso maior, em número de vítimas, que os demais crimes...

A publicidade enganosa, especificamente no âmbito do sistema penal, cria o fantasma da criminalidade, para, logo em seguida, “vender” a idéia da intervenção do próprio sistema penal, como única solução, como a forma de atingirmos a segurança. No campo do Direito Penal e da Criminologia, mesmo alguns juristas (auto) denominados progressistas se deixam iludir com a idéia de maior repressão penal como solução. Esquecem que são as elites que criam/constroem as condições ideais para o florescimento da violência, e depois apresentam a “solução”, através do repressivismo. As elites, nesse contexto, agem como aquele sujeito que mata o pai e a mãe e depois usa como tese de defesa a sua própria condição de órfão...

Na realidade, temos um Código Civil feito para os que têm e um Código Penal que é feito para os que não têm nada... A sociedade cria os mendigos... Mas, ao mesmo tempo, pune a mendicância como uma contravenção penal. Assim, enquanto o mendigo denuncia o sistema, o pródigo decepciona o sistema, uma vez que é um louco mercantilista... Como castigo, ambos são punidos pelo sistema...<sup>9</sup>

Nós, juristas, como reagimos a tudo isso? Como está o ensino jurídico no Brasil? Via de regra, nossas Faculdades de Direito transformaram-se em escolas de legalidade. Não formam. Apenas informam (e mal). Tércio Sampaio Ferraz Jr., em comunicação apresentada em Congresso da OAB sobre ensino jurídico,<sup>10</sup> chama a atenção para a crise na ciência e na formação jurídica no Brasil. Enquanto a ciência jurídica, predominantemente dogmática, for praticada nos limites do Estado de Direito, pode-se falar, numa razoável adequação delas às necessidades sociais. A convivência do Estado de Direito com as exigências do chamado Estado Social trouxe para a ciência jurídica

<sup>(9)</sup> Lenio Luiz Streck. *Tribunal do Júri — Símbolos e Rituais*, 2.<sup>a</sup> ed., rev. e ampl. POA, Livr. do Advogado, 1994.

<sup>(10)</sup> Cfe. Tércio Sampaio Ferraz Jr. OAB — Ensino Jurídico. Diagnóstico, perspectivas e propostas, SP, 1991, p. 261 e ss.

os problemas da realização dos objetivos em face das propostas de transformação social. Não se olvide, também, o descompasso entre a ciência jurídica e as demais ciências sociais.

Nessa linha, lembra o mesmo Tércio que “dos manuais de direito no Brasil são, em regra, dogmáticos e de baixa densidade em matéria de problematização científica. Na maioria são meramente classificatórios, repetem e resumem (mal) velhas teorias, nunca ensinam o estudante a pensar juridicamente, sugerindo, ao contrário, que o pensamento jurídico se resume em citar autores, repetir textos normativos e chegar a conclusões baseadas em autoridade da jurisprudência. Os programas espelham os manuais. E os métodos raramente vão além de uma aula expositiva que mal repete o manual. Isto em média, havendo, obviamente, notáveis exceções. A relação professor/aluno é ocasional, reduzindo-se à hora de aula. (...) A predominância de profissionais sem a correspondente formação pedagógica gera, para o ensino jurídico, o *cacoete da pseudopraticidade*”.

A fórmula do sistema jurídico-educacional é simples: juntam-se os que fingem ensinar aos que fingem aprender e todos, contentes, têm acesso ao diploma, mesmo que jamais venham a usá-lo. A pedagogia básica vai da “leitura de códigos” até a relação sacerdotal “pregador-rebanho”. Há escolas em que os mestres não permitem perguntas ou ridicularizam os que se atrevem ao questionamento.<sup>11</sup> Forma-se o pacto sinistro de que já falava Roberto Lyra Filho. O papel dos cursos jurídicos para a “formação jurídica e dos juristas” (sic) é absolutamente secundário. Apenas reproduzem o conhecimento. Daí a crescente proliferação das Escolas de preparação aos concursos de ingresso às Carreiras Jurídicas, dos cursinhos etc. E a pós-graduação? Na esteira do ensino de graduação, foi sendo também desvirtuada, servindo, na maioria dos casos, para a “colmatação” da lacuna deixada pelo ensino de graduação. Deveria ser formativa, mas transformou-se em informativa, com a revisão de conteúdos dogmáticos próprios do ensino de graduação. Qual o papel do Ministério da Educação? Pouco se sabe a respeito. O que se sabe é que algumas coisas causam espécie... Para exemplificar a crise do ensino, registre-se que existem universidades no país oferecendo cursos de pós-graduação em nível de doutorado sem ter doutores nos seus quadros (ou tendo somente um ou dois)...

Isto é efeito ou causa? O certo é que, preparado para resolver questões interindividuais, mas nunca as coletivas, o direito oficial não alcança os setores mais desfavorecidos, a não ser com o braço longo (e pesado) do Direito Penal. Assim, a marginalização jurídica a que foram condenados esses setores nada mais é do que o subproduto de sua marginalização social e econômica. Existem, pois, mudanças sociais, políticas e econômicas que, processadas em ritmo acelerado, tornam obsoletos os “standars” estruturais das abordagens formalistas.

Relevante citar, nessa linha, o jusfilósofo argentino Puceiro,<sup>12</sup> para quem a dogmática define e controla a ciência jurídica, indicando, com o poder que o consenso da comunidade científica lhe confere, não só as soluções para seus problemas tradicionais, mas, principalmente, os tipos de problemas que devem fazer parte de suas investigações.

<sup>(11)</sup> Nesse sentido, ver Celso Campilongo, in OAB, op. cit., p. 83.

<sup>(12)</sup> Ver Enrique Zuleta Puceiro, Teoría jurídica y crisis de legitimación. In Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, n.º 2, p. 289 e ss.

É bom lembrar, com Celso Campilongo,<sup>13</sup> que o paradigma dogmático está ligado a dois elementos básicos: a identificação do direito com a lei e o monopólio da produção normativa pelos órgãos estatais. O positivismo jurídico vai forjando, assim, uma série de dicotomias aparentemente teóricas e fundadas em postulados indiscutíveis de racionalidade científica. *Separa o direito — reino da razão — da política — reino da paixão*. Isola o Estado da sociedade civil. *O positivismo jurídico, evidentemente, não nega que existam relações íntimas entre o direito e a política. Porém, numa perspectiva puramente dogmática, restringe-se a descrever e explicar as regras jurídicas que operam o intercâmbio entre o direito e a política. O Direito limita-se, nesta visão, a decompor as normas e analisar seu funcionamento.*

Ou seja, a dogmática jurídica, para o professor paulista, inclina-se ao purismo metodológico, à universalidade conceitual e à racionalidade formal. O positivismo, pois, tipifica um saber paradigmático. No entanto, assinala Faria,<sup>14</sup> há momentos em que os paradigmas entram em crise por não conseguirem mais fornecer orientações, diretrizes e normas capazes de nortear o trabalho científico. *Não tendo mais condições de fornecer soluções, os paradigmas vigentes começam a revelar-se como fonte última dos problemas e das incongruências, e o universo científico que lhes corresponde gradativamente converte-se num amplo sistema de erros onde nada pode ser pensado corretamente.*

Surgem, então, tentativas de novos paradigmas, que tendem a partilhar da crença de que o direito é um epifenômeno social. Queremos (e temos que) criar condições para a elaboração de uma crítica à visão normativista da ordem jurídica que idealiza a realidade, ignora o caráter específico das relações sociais e omite o fato de o Estado ser determinado pela dinâmica do processo social.

Por que a dogmática jurídica mantém uma postura acrítica, autosuficiente e avessa às abordagens multidisciplinares e por que resiste às inovações? Com muita propriedade, Puceiro acentua que o que define a ciência do direito é sua primazia hegemônica no sistema de regras e definições estipulativas a partir das quais se podem pensar as realidades sociais. Isto explica a *pretensão exclusivista do paradigma dogmático* e suas resistências aos processos de mudanças internas e externas.<sup>15</sup> Nesse sentido, conforme Campilongo, embora uma sociedade possua várias estruturas de autoridades, a teoria positivista supõe a completude hermética do ordenamento jurídico, o que reduz todas as estruturas de autoridade possíveis a uma só: a prescrita em lei. A realidade social é construída pelas normas, e estas, segundo os paradigmas científicos da dogmática, são moldadas pela vontade dos representantes do povo. Daí que, aduz, a crítica e a inovação, dentro de um sistema completo e sem contradições com o ordenamento normativo, são vistas como disfuncionais à estrutura de distribuição de autoridade.<sup>16</sup>

(13) Consultar Celso Fernandes Campilongo. *Representação política e ordem jurídica: os dilemas da democracia liberal*. São Paulo, 1982, p. 12 e ss.

(14) Ver José Eduardo Faria. *Eficácia jurídica e violência simbólica*. São Paulo, p. 26.

(15) Ver Puceiro, op. cit., p. 297.

(16) Cf. Campilongo, op. cit.

E a discussão acerca da responsabilidade criminal do indivíduo, como se encaixa nesse contexto? Por óbvio, é impossível falar no tema sem entrar na seara, *stricto sensu*, da violência na nossa sociedade. Wanda Capeller<sup>17</sup> assevera que a violência popular começa a “aparecer” no Brasil com muita evidência a partir de 1979, no bojo do processo de abertura política que desembocou no processo de transição para a democracia baseada na idéia da conciliação... Ou seja, voltam os exilados, as elites políticas recomeçam a costurar seus acordos e a periculosidade social retorna ao seu lugar de origem — às classes populares. Nesse contexto, a violência e a criminalidade de rua adquirem uma enorme *visibilidade*, mormente através da exploração cotidiana dos comportamentos criminosos individuais pelos meios de comunicação.

Fala-se, continua Cappeller, da escalada da violência como o aparecimento de uma “nova guerrilha urbana” e a questão é elevada à categoria de problema nacional. Parece aí haver um claro deslocamento ideológico com funções escamoteadoras bem claras: por um lado, *desviar* a atenção dos problemas cruciais de recomposição social e por outro, *a exploração ideológica do fenômeno criminal* pode significar a necessidade de continuar-se legitimando a atuação das instituições repressivas do *ancién regime*.

No imaginário social a repercussão do problema é superdimensionado e acaba por sustentar uma *ideologia do repressivismo saneador* representado por medidas de caráter meramente instrumentalizador. *Há um pânico coletivo*.<sup>18</sup> Dados mostram que 51,1% da população concorda com linchamentos; 77,6% concorda com blitz nas favelas; 53,7% concordam com a eliminação sumária de marginais pela polícia; 43,8% concorda com os espancamentos e outros castigos aos presos; 75,7% é favorável ao aumento das penas...<sup>19</sup> Ou seja, o discurso sobre o retorno ao autoritarismo repressivo ganha espaço dia a dia.

A situação pela qual passa o Rio de Janeiro é importante para a discussão da crise do Direito e, em especial, do Direito Penal, das “criminologias” e das instituições encarregadas de combater a criminalidade. Salta aos olhos que a dogmática jurídica de cunho tradicional (e dominante), preocupada com os problemas de *varejo*, esqueceu-se dos problemas do *atacado* de nossa sociedade. A maior prova de que a dogmática tradicional está superada é a situação pela qual passa o Rio de Janeiro, com a intervenção do exército para combater a criminalidade. O jornalista Jânio de Freitas, da *Folha de S. Paulo*, comentando em 17 de dezembro de 1994 os resultados da intervenção do exército no Rio de Janeiro, afirmou: “Revista sem mandado judicial em casas de favelas e em mais de 300 apartamentos de Copacabana, canhões apontados para populações faveladas pacíficas, carros blindados nas ruas, filmes tomados de fotografos que sequer estavam em área de ação militar —, no entanto, nem com estas arbitrariedades a Operação Rio

(17) Para tanto, consultar Wanda Lemos-Capeller, *Violência e políticas criminais de ajustamento social*. In *Fascículos de Ciências Penais*. POA, Fabris, v. 3, n.º 4, p. 47 e ss.

(18) Idem, idem.

(19) Os dados são extraídos de pesquisa de Luciano Oliveira e Afonso Pereira sobre “A polícia na boca do povo e a percepção social do combate à violência”, realizada em Recife em 1986. Cf. Cappeller, op. cit.

conseguiu provocar os efeitos desejados nas estatísticas oficiais da criminalidade.” E, para mostrar o engodo do “repressivismo saneador” pregado pelas elites brasileiras, o jornalista paulista é fulminante: “Inéditas até este registro, as estatísticas demonstram que o número de homicídios dolosos em novembro, com os militares já vestidos da sua nova missão, tiveram menos 80 casos que em outubro, mas com o mesmo total de julho (681 e 682) e até mais do que em maio e agosto (621 e 610). Ou seja, a queda já se manifestara antes da presença militar e tinha sido até mais acentuada”. Mais grave ainda, denuncia Freitas que “as agressões com lesões corporais pularam, de outubro a novembro, de 3.119 para 3.481. O roubo a carro forte teve a formidável queda de 50%: de dois casos para um. O roubo a banco ficou no mesmo nível, de 39 e 38 de um mês para outro. Observa-se, aliás, que este crime dobrou sua intensidade a partir do momento (setembro) em que a campanha pela intervenção militar foi despejada sobre o Rio. Se apenas acaso ou, como prefiro supor, adaptação imediata do crime a uma alternativa à presumida repressão ao varejo de drogas, está por ser esclarecido, e não se espere que o seja”. De forma mais simples, outro jornalista, Marcos Augusto Gonçalves, editor da Revista da Folha, *assim definiu o problema*: “Qualquer um percebe que o narcotráfico tem sua base na favela e sua cúpula fora dela”.

Violência... Macrocriminalidade em franca expansão... Falta de efetividade do aparelho judicial... Enquanto isso, nossos manuais de Direito estão preocupados com “prêts-à-porter” do tipo “*legítima defesa não se mede milimetricamente*” (RT 604/327), ou “*moça que estuda à noite não pode ser vítima de sedução*” (RT 525/330). O art. 59 do CP diz que o juiz, ao aplicar a pena, entre outras coisas, deve atentar para a personalidade do réu... Como os juízes não fizeram curso de psicanálise, psicologia ou psiquiatria, podem buscar “socorro” na dogmática penal, que ensina que (sic) personalidade “é todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam ou influenciam o comportamento humano”.<sup>20</sup> Também não surpreendem, no campo da dogmática tradicional, comentários do tipo “...sempre que a mulher não consentir na conjunção carnal e o marido a obrigar ao ato, com violência ou grave ameaça, em princípio caracterizar-se-á o crime de estupro, *desde que ela tenha justa causa para a negativa*”.<sup>21</sup>

Outro fato que bem ilustra a crise de paradigma da dogmática diz respeito à discussão na qual se envolveram inúmeros juristas (na doutrina e na jurisprudência), para “definir” se os parágrafos únicos acrescentados aos arts. 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor), pela edição da Lei 8.069/90 foram revogados ou não pela Lei dos Crimes Hediondos. Esclarecendo: O art. 263 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) acrescentou um parágrafo aos arts. 213 e 214 do Código Penal, agravando a pena quando cometido o crime contra ofendida menor de catorze anos (reclusão de 4 a 10 anos). Ocorre, porém, que a Lei 8.072/90 (Crimes

<sup>(20)</sup> Cf. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. Alberto Franco et alli, p. 276, citando Anibal Bruno.

<sup>(21)</sup> Damásio Jesus op. cit., p. 605 (o grifo é meu).

Hediondos), além de agravar a pena de estupro em seu art. 6.º, criou uma causa de aumento de pena (art. 9.º), exasperando-a de metade quando praticado contra pessoa que não seja maior de catorze anos. Quando passou a vigorar o ECA (14.10.90), criou-se o seguinte problema: ao estupro e ao atentado violento ao pudor contra menor de catorze anos são aplicáveis os parágrafos únicos dos arts. 213 e 214, ou é aplicável o art. 9.º da Lei dos Crimes Hediondos? Duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais se formaram: 1.ª — ao estupro e ao atentado ao pudor contra menor de catorze anos são aplicáveis os parágrafos únicos, impondo ao autor do estupro uma pena de 4 a 10 anos e ao atentado, 3 a 9 anos. A 2.ª corrente defende a tese de que é aplicável o art. 9.º da Lei dos Crimes Hediondos, aumentando-se a pena dos arts. 213 e 214 pela metade, quando as vítimas forem menores de catorze anos. Páginas e páginas foram escritas a respeito, digladiando-se os hermeneutas da dogmática. Tão dramática é a questão, que, parte deles, defensores da 1.ª tese, admitiam, com sua posição, *que aquele que estuprasse uma menor de catorze anos deveria ser apenado com menor rigor que aquele que estuprasse uma mulher adulta, maior de idade, apenas porque chegaram a tal conclusão em face de uma “resolução de antinomias do sistema”*... Na verdade, em vez de discutirem a lei, tais juristas discutiram sobre a e a partir da lei, como se esta (a lei) fosse fruto de um legislador racional. Esse deslocamento discursivo, de cunho ideológico, é próprio do senso comum teórico dos juristas, que produz os *standards* a serem utilizados pela comunidade jurídica. Resulta disso uma interpretação totalmente alienada/afastada das relações sociais. Ou seja, pouco importa ao jurista tradicional, inserido nesse imaginário gnosiológico, o conteúdo das relações sociais. *Pouco importa a teratologia resultante do paradoxo que é a imposição de uma pena mais branda a quem estupra uma criança em comparação com aquele que estupra uma mulher adulta*... O que importa é fazer uma “boa hermenêutica”; o importante é “resolver, com competência dogmática, “neutralmente”, as antinomias” do sistema... Vale lembrar, nesse contexto, o dizer de Warat e Russo, segundo os quais qualquer estudante sabe que a verdade, em lógica formal, se adquire ao preço de renunciar ao conhecimento do mundo.<sup>22</sup>

Não há, pois, repito, como ignorar a crise pela qual passa o ensino e a dogmática jurídica no Brasil. Vive-se sob o império dos manuais, no interior dos quais pode-se aprender conceitos “sofisticados” como *agressão atual é a que está acontecendo e agressão iminente é a que está por acontecer*. Ou que *chave falsa é um instrumento, sob a forma de chave ou não, que se destina a abrir fechaduras*. Aliás, sobre esse tema — chave falsa — armou-se na doutrina e na jurisprudência uma discussão tão ferrenha, que o Pretório Excelso (assim é chamado o Supremo Tribunal Federal) teve que intervir, decidindo que *“a chave verdadeira, retirada de onde estava guardada ou escondida, não pode ser considerada chave falsa...”*. E então?

Como, então, o *establishment* vê e se relaciona com o crime em nosso País? Lamentavelmente, através de políticas legislativas *ad hoc*. Sustentam

(22) Cf. Luis Alberto Warat e Eduardo A. Russo, *Interpretación de la ley*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987. p. 9-14.

seu discurso em uma *criminologia positivista*, que não questiona a construção política do direito penal. Ou seja, não questionam como, por quê e para quê se ameaçam penalmente determinadas condutas e não outras que atingem determinados interesses...<sup>23</sup> Não questionam a aparição social de comportamentos desviantes (seja pelo silêncio estratégico do “legislador” — essa “mítica” figura — que não converte em delito aquilo que a maioria desaprova), nem questionam a reação social (aparente ou oculta(da)). Quando a criminologia positivista não questiona nada disso, ela cumpre um papel importante no terreno político, tal seja, de legitimação da ordem estabelecida. Nesse sentido é relevante o dizer de Quinney, citado por Batista (o intelectual e não o ocasional governador), para quem “a realidade oficial é a realidade com a qual o positivista opera — a realidade que ele aceita e suporta. O positivista toma por dada a ideologia dominante, que enfatiza a racionalidade burocrática e o controle científico”.<sup>24</sup>

Lamentavelmente, as criminologias oficialistas tendem a tratar o episódio criminal como acontecimento *individual* e a respaldar a ordem legal como ordem *natural*. Além disso, outras falhas devem ser apontadas, como:

a) supor que na transcrição da objetividade cognoscível não se imprime a experiência do sujeito cognoscente;

b) reduzir a objetividade cognoscível ao que nela for empírica e sensivelmente demonstrável;

c) ter, portanto, na metodologia o centro e o limite inexorável de sua atividade científica;

d) conceber de forma mecanicista os fatos sociais, produzindo explicações com base em relações causais.<sup>25</sup>

Alerte-se que daquele suposto distanciamento entre o sujeito e o objeto, com a interveniência da mitificação metodológica, o positivismo extrai outra consequência política: a aparente neutralidade do cientista social...

Penso que numa sociedade democrática os fins do Direito Penal e da pena constituirão, transparentemente expostos e debatidos, um só e indivisível projeto. É preciso, antes disso, de(s)mitificar o paradigma no qual se assentam o Direito Penal, a dogmática jurídica tradicional e a criminologia positivista. Com muito diz Cirino dos Santos, os objetivos aparentes do Direito Penal, expressos na proteção dos interesses e necessidades essenciais para a existência do indivíduo e da sociedade, têm certos pressupostos, como as noções de unidade (e não de divisão) social, de identidade (e não de contradição) de classes, de igualdade (e não de desigualdade real) entre os componentes das classes sociais e de liberdade (e não de opressão

(23) Não é demais lembrar a clássica passagem do livro “*Martin Fierro*”: “*A lei é feita para todos/ mas só ao pobre obriga./ A lei é teia de aranha/ em minha ignorância tentarei explicar./ não a temam os ricos./ nem jamais os que mandam./ pois o bicho grande a destrói/ e só aos pequeninos aprisiona./ A lei é como a chuva./ nunca pode ser igual para todos./ Quem a suporta se queixa./ mas a explicação é simples./ a lei é como a faca que não fere quem a empunha*”.

(24) Batista, op. cit.

(25) Cf. Nilo Batista. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. RJ, Revan, 1990, p. 31. Também no mesmo sentido, Juez Cirino dos Santos. *A criminologia da repressão*. RJ, Forense, 1979, p. 46 e ss.

individual). Definitivamente, é inegável que numa sociedade dividida, o bem jurídico tem caráter de classe. Tal constatação permite o aproveitamento crítico de conceito de bem jurídico, no amplo espectro de funções que, como visto, lhe corresponde.<sup>26</sup>

Pode-se dizer, ainda, que a “missão do Direito Penal” é a proteção de bens jurídicos, através de dominação, aplicação e execução da pena. Numa sociedade com contrastes sociais tão profundos, o direito penal estará protegendo relações escolhidas pela classe que domina tais relações sociais, ainda que aparentem certa universalidade. É nesse contexto que Batista acentua que os efeitos sociais não declarados da pena também configuram, em sociedades como a nossa, uma espécie de “missão secreta” do direito penal.<sup>27</sup>

Temos que acabar com a ingênua visão que esquece que o sistema penal só opera em um número reduzidíssimo de casos: ao mesmo tempo em que é anunciado o esclarecimento de um crime que tenha repercussão, sempre com grande estardalhaço, fazendo com que a população imediatamente se sinta segura, uma quantidade infinita de outros crimes permanece desconhecida ou impune. Basta ver que, num país em que os escândalos na Administração Pública são uma rotina há vários anos, são raríssimos os casos de pessoas processadas, condenadas por corrupção (escândalo do orçamento, caso Collor etc.), peculato (em 1988, somente 9 pessoas estavam presas por peculato no Rio de Janeiro e 3 por corrupção passiva).<sup>28</sup> E a sonegação fiscal? Leio que as 460 pessoas mais ricas do Brasil detêm, juntas, um patrimônio de 26,7 bilhões de dólares, maior que a soma dos PIB's do Uruguai, Paraguai e Bolívia. Ou 6% do PIB brasileiro. Selecionando-se os 50 mais ricos deste grupo, descobre-se que seus patrimônios somam 12 bilhões de dólares. Sabem quanto estes 50 ricos pagam de imposto de renda? Apenas 32,5 milhões de dólares. Dados da Receita dão conta de que, enquanto a classe média paga 1 real de imposto para cada 10 reais de patrimônio, o clube dos 460 recolhe somente 1 real para cada 821. Outro dado: Os 460 contribuintes em questão respondem por apenas 0,25% do total arrecadado pela Receita Federal.<sup>29</sup> E então? O que dizer sobre isso? O que dizer sobre a descoberta feita no âmbito de uma CPI do Congresso Nacional de que a sonegação de impostos chega ao montante de 82 bilhões de dólares? Enquanto isso, discute-se nas salas de aula dos cursos de Direito a “relevante” questão relacionada ao fato de se “micha” é ou não é chave falsa ou se o uso de “clips” configura a aludida qualificadora do art. 155 do Código Penal (uso de chave falsa). Em todo caso, a quem possa interessar a solução desse “poderoso e relevante duelo dogmático”, aqui vai a solução: O uso de “micha” não configura a qualificadora de chave falsa (JTACrimSP 73/396), ao passo que o uso de “clips” caracteriza o uso de chave falsa (RJDTACrimSP 6/95)...

É acaciano dizer que o sistema penal está *estruturalmente* montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder

(26) Ver Juarez Cirino dos Santos. *Criminologia radical*. RJ, Forense.

(27) Nilo Batista. *Introdução crítica ao Direito Penal*. RJ, Ed. Revan, 1991, p. 116.

(28) Ver Karan, op. cit., p. 202.

(29) Dados da Revista Veja, edição n. 1.365, de 9.11.94, p. 106 e ss.

com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis.

Vê-se, pois, para quem (e contra quem) funciona o sistema. Zaffaroni<sup>30</sup> nos diz que ninguém compra um apartamento impressionado por uma bela maquete apresentada por uma empresa notoriamente insolvente. No entanto, conclui o mestre, compramos a suposta segurança que o sistema penal nos vende, que é a empresa de mais notória insolvência estrutural em nossa civilização.

Em síntese, no mínimo temos que recuperar nossa capacidade de criticar o sistema. Não vamos melhorá-lo matando, não vamos atingir isso, como diz Zaffaroni,<sup>31</sup> com o número de mortos que temos no controle social que está sendo praticado a nossa margem. Ao contrário, quanto maior violência haja em nosso controle social, mais para trás estamos indo no caminho para a democratização de nossas sociedades e a violência não se elimina de um dia para outro, tem de ser um caminho político, tem que haver vontade política, e nós temos que dar nossa contribuição jurídica. Nós juristas de países periféricos. Nós juristas de um país que só supera Botswana em nível de distribuição de renda e indicadores de “bem estar”. Temos que lançar as bases de um agir crítico no interior do sistema. Porque até hoje o nosso saber jurídico não respondeu as grandes perguntas que afligem a sociedade. O sistema ficou deslegitimado. Nossa ação não pode ser postergada. No mínimo construindo um saber que lute pela vida. Lute por uma sociedade melhor. Nós juristas temos limitações: mas podemos começar mudando nossa visão sobre o direito, rompendo com o paradigma dogmático (ou a ele apresentando alternativas), que libera o jurista do pesado fardo de discutir problemas que ultrapassem a descrição “neutra” da ordem positivada e que transforma os problemas sociais em abstrações passíveis de resoluções jurídicas. Com rara felicidade Georges Ripert<sup>32</sup> já alertava, ao dizer que “todo e qualquer juízo demasiadamente livre sobre o fundamento das leis se afigura perigoso aos que detêm o poder político. Considera-se indesejável que os encarregados de interpretar, explicar o direito, saibam demasiado e digam como e por quem é feita a lei. *Aos soberanos agradam mais os legistas que os juristas.* Questionemos tudo isso, pois.

É essa tarefa é urgente. Como muito bem diz Jurandir Costa Freire,<sup>33</sup> “num clima de desorientação e ansiedade, os indivíduos tendem a perder, em maior ou menor grau, o sentido de responsabilidade e pertinência social, por si já precários nas sociedades burguesas, particularmente naquelas subdesenvolvidas como a nossa. (...) Nas crises, (alguns) pilares da organização político-social desmoronam. O homem comum habituado a delegar à classe dirigente o poder e a iniciativa de decidir o que é bom para si e para os outros, perde a confiança na justiça. É a crise moral que acompanha a crise política, econômica e social. A cultura cínica e narcisista gerada

<sup>(30)</sup> Zaffaroni, op. cit.

<sup>(31)</sup> Idem, op. cit.

<sup>(32)</sup> Georges Ripert. *O regime democrático e o direito civil moderno*. São Paulo, Saraiva, 1937, pp. 12 e 13.

<sup>(33)</sup> Cf. Jurandir Costa Freire. *Narcisismo em tempos sombrios*.

por essa situação nutre-se e é nutrida pela decadência social e pelo descrédito na justiça e na lei... (...) de tal forma que a saída apresentada é a fruição imediata do presente; a submissão ao *status quo* e a oposição sistemática e metódica a qualquer projeto de mudança que implique cooperação social e negociação não violenta de interesses particulares. Esta moral beneficia antes de mais nada seus artífices, é um jogo onde o vencedor é conhecido de antemão. Os poderosos pensam e continuam mandando, os descamisados sabem que vão continuar obedecendo”.