

REVISÃO CRÍTICA DO DIREITO PENAL¹

Ninguém, em sã cons-ciência, pode arvorar-se em porta-voz de uma única e verdadeira visão crítica do Direito². É uma questão preliminar de ordem meramente racional, já permite a certeza e a convicção da arbitrariedade lógica do ponto de partida.

Todo crítico, no fundo, não passa de um dogmático. A consistência de qualquer sistema crítico depende de si mesmo, de suas próprias premissas ideológicas, circunstâncias que exclui ou pode excluir, de seu campo de abrangência, aquele mínimo de objetividade inerente às indagações de caráter científico.

Com efeito, ciência é conhecimento, mas conhecimento de alguma coisa externa ao sujeito cognoscente, ainda que ele só possa revelar-se (e daí sua incompletude intrínseca) através desse mesmo sujeito pensante e raciocinante. A maior ou menor cientificidade de um discurso teórico se prende, assim, à relação de correspondência entre este mesmo discurso e a realidade dos fatos sob observação.

¹JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS Prof. Msc. do DPC/UFSC

² Parte deste artigo corresponde ao discurso de paraninfo proferido na solenidade de formatura dos Bacharelandos em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, em Florianópolis, em 28 de dezembro de 1990.

Como teórico tenho op-tado, no meu dogmatismo crítico, pelo magistério de um Direito Penal compatível com sua *historicidade*. Assimilando ou não, de passagem, as contribuições de outras visões críticas predominantemente ideológicas ou programáticas, investigo o Direito que existe ou existiu e, não, o Direito que “deveria” ou “poderia” existir ou ter existido.

Apesar dessa aparente “neutralidade”, sei que subsiste um sentido ético seja na metodologia seja nas conclusões, provisórias, ligadas ao reexame da dogmática penal vigente. Não me furtarei de apontá-las, já que elas persistem e se robustecem, com o passar dos anos, no proveitoso contato com outros alunos e na seqüência de novos acontecimentos, inclusive de âmbito internacional.

1. *Direito histórico-social*

Reafirmo, pois, meu próprio convencimento de que o Direito que pode e deve ser ensinado é o Direito vivo, histórico-social, produto dialético da livre interação de condutas humanas. Inexiste Direito pronto, acabado, empacotado. Lei, ideologia e intérprete ainda conservam, em termos relativos, a necessária autonomia juriferante, sem que se possa afirmar a priori de pretensas hierarquias.

E por quê? Porque o Direito lembra um *fazer*, um *construir*. Depende, assim, da dinâmica circunstancial de suas forças contraditórias. Depende do grau de consistência de suas próprias instituições, diretamente proporcional à solidariedade coercitiva dos que se convencem de sua legitimidade e zelam por sua eficácia. Depende, em suma, da ação e omissão possíveis de indivíduos e grupos sociais inapelavelmente destinados à confrontação, à divergência, ao convívio, à fraternidade.

Lei continua sendo *projeto* de Direito e, nunca, o próprio Direito, em todas as terríveis conseqüências que a dogmática tradicional se esforça, com pudor, de esconder. A mais terrível dessas conseqüências, no plano da pesquisa, corresponde ao desperdício intelectual na busca, por exemplo, de estruturas jurídicas para o crime e para a pena.

Não há crime, nem pena, sem lei. Mas também não há crime sem processo e julgamento. Não há crime nem pena sem condenação. Esse outro lado da medalha precisa

ser convenientemente analisado para que não se perca a rara oportunidade de penetrar-se mais a fundo na realidade histórico-sociológica do Direito.

A idéia de crime abrange, de início, a idéia de vítima, que necessita se ver como tal; envolve a idéia de lesão, de sentimento de perda e de prejuízo; exige, na prática, condições mínimas de investigação policial, de acolhimento às pretensões, de elaboração da prova, de convicção de culpa, de interesse comunitário e honestidade profissional.

Lei, de um lado, e intérprete, de outro - imperativos da própria constituição - atestam a insofismável contradição formal do Direito e potencializam, em consequência, as inevitáveis contradições de conteúdo. Conclusão óbvia: Onde existe Direito existe indubitavelmente injustiça.

Uma injustiça, aliás, que pode ser reduzida, em face de suas raízes culturais. E reduzida, apesar de vagueza, nos limites do bem comum e dos interesses coletivos, a lembrar igualdade real de encargos e oportunidades, compensação das diferenças naturais e retribuição equitativa pelos méritos e esforços de ordem pessoal.

2. Reconstrução dialética

Não é à toa que delito e pena, em perspectiva histórica, enquanto instituições jurídicas, não guardam estrutura alguma. Delito e pena se prendem a comportamentos humanos, ao exercício compartilhado do poder político, à vontade e liberdade de ação de vários atores e, não, a conceitos universais de cunho idealista, arbitrários na forma, vazios de substância.

Sob este aspecto, por sinal, há toda uma revolução a ser feita, em sentido simbólico. Mas revolução mesmo, já que o processo implica revisão de crenças e valores ultrapassados e reconstrução dialética de uma nova gramática pedagógica, válida para os demais campos do conhecimento jurídico.

A lei, insista-se, é *projeto* de Direito. Em verdade, ela sofre a concorrência de outras fontes, de outros projetos, mais uma vez identificados, por simplificação, com a ideologia social e a personalidade do intérprete.

A propósito, inexistente contraste radical entre estado e so-

sociedade. *Nós* somos o estado. O estado somos *nós*.

Com efeito, a sociedade legisla sob todos os aspectos, inclusive quando sustenta ideologicamente as instituições normativas do soberano, do chefe militar, do usurpador, do ditador, do legislador constituinte, do legislador ordinário. Nos regimes democráticos, no entanto, a sociedade legisla de preferência em tema de *conteúdo*, em razão da natural vagueza e ambiguidade das leis e, mesmo, da constante evolução e mutação dos fatos e valores sociais.

E os intérpretes, de seu turno, oficiais e oficiosos, não conseguem interpretar sem legislar. A interpretação pressupõe uma cabeça pensante em busca de um projeto aparentemente acabado, mas ainda incompleto e impreciso. Forma-se então, no processo interpretativo um produto novo, derivado da interação dialética entre sujeito e objeto. Além disso, não custa aduzir que as práticas sociais e políticas, os costumes da administração e os repertórios da jurisprudência retratam sérias divergências interpretativas e flagrantes decisões *contra legem*, inclusive em matéria criminal.

Em síntese, várias fontes disputam com o legislador formal a configuração histórica do Direito, que se revela assim no fundo e na forma, *fato normativo essencialmente contraditório*.

3. Liberdade de opção

Do exposto, sem embargo de nossas tradições e incorporações teórico-doutrinárias; sem prejuízo das memoráveis lições dos grandes mestres do passado, que preparam o caminho, há que se entender agora que os acadêmicos de Direito não precisam aguardar o duro embate da vida profissional para perceber as inevitáveis lacunas e distorções de uma visão dogmática dissociada de paralela visão crítica.

Não! Precisam os aca-dêmicos armar-se desde logo, de conceitos flexíveis adaptáveis a este mundo de eterna e circunstancial reformulação político-jurídica. Também eles, afinal, serão agentes desse processo, e agentes privilegiados, tendo em vista a função política do Direito, indicativa de prévio engajamento ético de quem o formula por seu próprio gesto.

Não se esconda o intérprete na objetividade da in-

interpretação. É inútil. O administrador, o assessor jurídico, o advogado, o delegado de polícia, o promotor de justiça, o juiz de Direito - todos, em verdade, são responsáveis socialmente. É que a presença histórica de liberdade de opção - quando houver - compromete irremediavelmente a qualidade de seu trabalho, sobretudo no plano ético. Quanto maior a liberdade de escolha, maior a responsabilidade profissional.

4. Vazio existencial

Todas essas ilações se ligam rigorosamente ao paciente exame crítico do Direito penal como norma e da dogmática penal como teoria³. Assim, podem dar-se ao luxo de refletir a “indiferença” metodológica no que tange aos resultados, de categorias teóricas (lei, ideologia, intérprete; ação, vontade, liberdade) amalgamadas dialeticamente suscetíveis de verificação empírica, em termos relativos.

Essas categorias, associadas a tantas outras, de significação intercomunicável (por exemplo, forma e conteúdo; retórica e dialética; poder e dominação etc) aumentam o campo visual de compreensão do fenômeno jurídico. Interessam-lhes os fatos, todos os fatos em sua potencial dinamicidade e, não, frações estanques de verdades subjetivas auto-anuláveis e efetivamente pulverizadas ou aniquiladas no interminável jogo de forças do frio e cadente cenário do Direito.

A moderna dogmática penal, ora centrada em falsas premissas ontológicas, ora apegada ao ilusório positivismo da lei, já se esgotou, há muito, como instrumental teórico metodológico de retransmissão acadêmica. Quer dizer, já prestou serviço, já cumpriu seu papel histórico, já mostrou circunstancialmente sua utilidade prática. Mas está morta, em substância, pouco importando que suas crenças, autofágicas e contraditórias, continuem a ilustrar as melhores obras de nossos melhores penalistas.

Afinal, há quem goste de fantasmas. Se eles desaparecem abruptamente, como preencher o vazio existencial de um Direito em eterno processo de transformação?

³ Remetemos o leitor para outros artigos publicados nesta *Revista Sequência*: O que é o Direito?, (7): 74-81; Estrutura jurídica do crime, (8): 81-89; O método no Direito, (9): 28-34; Reconstrução da dogmática jurídica, (10): 19-27; Metodologia da dogmática pe-nal, (16): 62-06; Fontes do Direito Penal, (18): 68-73; Construção social do Direito, (19): 57-66 e Lições de um Direito contraditório, (21): 61-62.