

Mutações e controvérsias do saber penal contemporâneo¹

Alejandro W. Slokar, Professor de Direito Penal e Criminologia da Universidade de Buenos Aires e Defensor-Geral Adjunto da Cidade Autônoma de Buenos Aires.

Traduzido por **Fernanda Freixinho**, Professora da Universidade Candido Mendes, e por **Daniel Andrés Raizman**, integrante da carreira docente da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires.

1. Identidade histórica da dogmática jurídico-penal

Se não se quer mutilar a história de uma disciplina e negar arbitrariamente seu passado – iniciando a conta do Direito penal com “*Dei delitti e delle pene*”, do Marquês de Beccaria, e da dogmática a partir de Jhering –, convém lembrar que desde a reaparição do *Digesto* de Justiniano (fruto do direito romano-canônico), no final do século XI, estudiosos de toda a Europa se agruparam no norte da Itália dando origem às *universitas*, e que essas casas de estudos medievais concentraram as primeiras expressões daquilo que nos séculos posteriores chamou-se dogmática jurídico-penal.

Qualquer resenha temporal informa-nos de que foi a tradição dos glosadores e práticos (v. g. Covarrubias, Farinaccio e Carpzovio) que iniciou a construção deste saber. Tal tradição, com o passar dos séculos e fruto da reação do iluminismo, foi batizada pelo célebre professor de Pisa como *l'arte schifosa* (ciência asquerosa). Não era para menos: aqueles teóricos – presos por um labor autista – acabaram construindo relógios de uma agulha só, ao desenvolver minuciosa e obsessivamente o método (*o como*), sem se deter no fim (*e o para que*) da disciplina.

O curioso é observar que, hoje em dia, esta rotina de mais de sete séculos perdura em certas exegeses que se empenham em sofisticar uma técnica que reputam asséptica e que até a fazem abandonar furtivamente a conceitualização da identidade deste segmento do saber jurídico: a pena. Deste modo, sabem explicar que toda ou qualquer sistemática (causalista, finalista, *etc.*) é possível, com prescindência da posição que suporte uma fundamentação de castigo estatal, o que deriva da inconsistência de pretender

¹ Síntese da intervenção nas jornadas de estudo ítalo-argentinas “Nuovi incriminazioni e istanze di depenalizzazione: riflessioni sul ‘prossimo’ volto del diritto penale” realizadas na Università degli Studi di Bologna (Itália), nos dias 7 e 8 de abril de 2003.

transformar o meio (ou seja, a básica e indispensável tarefa de interpretação de textos e sua sistematização) em um fim. Parece claro que desde as próprias origens do saber penal sempre existiram dois modelos antagônicos: um direito penal *bartolista*, que com autismo tecnocrático renega a contaminação com os dados do mundo, e um direito penal tributário da ilustração, que não oculta sua funcionalidade política ao indagar sobre as conseqüências de seu discurso.

2. Realidade social e legitimidade discursiva

Contudo, nas correntes teóricas que evitaram se fechar em uma construção meramente imaginária e conjugaram os dados provenientes da realidade, abre-se espaço a outras contradições não menos fundamentais. Parece óbvio que toda expressão doutrinária convencional parte da arbitrária atribuição de alguma função positiva de caráter preventivo da pena nas variantes de *tutela*, *reforço*, ou *reafirmação*, enquanto há mais de sessenta anos as ciências sociais colocaram em evidência, através da criminologia liberal norte-americana, o fracasso das teorias preventivas, ao denunciar que não são mais que ficções, toda vez que a produção desses efeitos não se verifica na realidade, senão o contrário.

Frente a isso, não é estranho que nestes dias se produza a referida derivação - sem muitos questionamentos - a uma ausência de conceitualismo (a fuga frente a fundamentação da pena), ou bem um deslocamento da pena útil a favor de uma justificação que, sob o amparo de certo *glamour* das teorias sistêmicas, querem encontrar na pena uma resposta contrafática simbólica com reminiscências retribucionistas. Desta vez, o atalho que permite evitar ao pensamento jurídico-penal uma construção compatível com o mundo chega das mãos de uma ficção societária funcionalista.

3. Modernidade que atrasa?

Com este estado de coisas, chega-se nestes dias a um giro retórico que se formula no interrogante em torno da superação dos modelos dogmáticos convencionais, que se expressa na pergunta “os problemas do século XXI podem ser resolvidos com as mesmas ferramentas do século XVIII?”. A utilização abusiva deste recurso tem degenerado a um lugar comum, que não parece reunir muitas coincidências, ainda quando tampouco

leve necessariamente à sustentação do contrário.

Efetivamente, se a história do direito penal tem sido a de suas crises e suas tensões, a da conjuntura discursiva atual parece mais grave, já que compromete traços definitórios da própria identidade do direito penal, e supõe a demolição do edifício conceitual tradicional da teoria do delito e do procedimento.

É certo que frente aos paradigmas que conformaram os preceitos da primeira codificação (os crimes de lesa-majestade ou com violência ou fraudes) as regras habituais de imputação se configuraram de maneira relativamente simples ao tratar-se de autores individuais, acerca de fatos reduzidos a manobras de natureza violenta ou enganosa sobre alguns aspectos parciais da atividade patrimonial de um sujeito ou a função burocrática do estado. Agora, novos fundamentos derivados de uma configuração distinta da sociedade obrigam a desprezar toda esta bagagem e a levar a uma ruptura com o passado?

A partir de uma aproximação dinâmica e não estática do problema, que procure uma síntese dialética - levando-se em conta que obviamente todo conhecimento se constrói historicamente - não cabe pensar que estes instrumentos representam uma relíquia do século XVIII, senão que são um resultado de duzentos anos de desenvolvimento posterior, que acumulam um sedimento que está dotado de capacidade de rendimento de acordo com o fim que se persiga com a técnica.

4. Cartografia atual: crise e crítica

Ao passar das décadas, autores de distintas correntes e diversas linhagens haviam contribuído para delinear um grande corpo consolidado de pensamento e de práticas forenses, cujas transformações no século passado foram marcadas por diferentes modificações internas, como as sucessivas aparições do neokantismo, o finalismo e o modelo neo-integrador político-criminal. Não obstante o impacto e a profundidade dessas mudanças, este corpo original continuou sendo relativamente estável, inclusive na determinação de sua própria linguagem e de seus modos de discussão.

Nos tempos atuais, esta relativa estabilidade aparece completamente abalada por fenômenos que provém daquilo que nos países industrializados se chama sociedade de risco. Em seu interior, a demanda de segurança é o vetor que germinou a preocupação,

tomando-se em consideração que este nível de desenvolvimento social gera riscos que comprometem sua própria continuidade. Estes reclamos assumem a forma e a gravidade de uma nova emergência, e investigam a adoção de novas medidas penais e processuais. E como em qualquer situação emergencial, o poder punitivo tende a expandir-se, no aspecto material, mediante a antecipação e ampliação da punibilidade e o agravamento das penas; e, no aspecto procedimental, através do alargamento das faculdades de investigação das agências policiais e da aceleração e simplificação dos processos. O primeiro aspecto material e o último procedimental dão lugar a uma simbiose que se sintetiza no binômio *normativismo/burocratização judicial* que põe em crise o capital acumulado pelo pensamento penal.

Quanto ao primeiro fenômeno, convém recordar que a teoria do delito como núcleo técnico do saber penal, representa um duplo sistema valorativo (obra/autor), esteve sinteticamente governado pela cadeia conceitual injusto-reprovabilidade-castigo, a que nas modernas tendências é substituída pelo risco-prevenção-estabilização.

No plano do injusto a crise concentra-se no conceito de bem jurídico e sua função, e a discussão consiste em determinar se este conceito deve manter-se, descartar-se ou reduzir-se somente para os bens jurídicos individuais. A crítica prudente faz oposição à direção das novas idéias que tendem a suprimir a noção do bem jurídico limitador, e dão uma extensão aos delitos de perigo (em especial abstrato), deixando de lado o princípio da subsidiariedade em matéria penal .

Deste modo, para violar a última *ratio* (que se transforma em primeira, quando não em única *ratio*) tem lugar a criação artificial de novos bens jurídico-penais; ampliam-se os espaços de risco jurídico penalmente relevantes e, por fim, flexibilizam-se as regras de imputação. Este passo indica uma renormatização na concepção do ilícito: do delito como lesão de um bem, se passa ao delito como infração a um dever, onde a omissão imprudente é o novo paradigma do conceito de injusto a partir de dois padrões: o incremento do risco e/ou a evitação de cursos lesivos. Assim, a eliminação dos espaços de risco permitido (e conseqüente incremento das infrações aos deveres de cuidado), e a expansão de deveres positivos em virtude de “ingerência” aparecem no centro da sistemática penal destas problemáticas.

Cabe recordar: se a hipótese é de garantir “segurança” procurando o governo os “riscos”, o resultado pouco interessa. Em outras palavras: se alguém é apenado

somente em caso de produção do resultado, tem lugar uma incoseqüência destas colocações, já que o que se procura é diminuir riscos prescindindo do resultado, ou o que é o mesmo, os delitos de resultado (lesão) se mostram insatisfatórios, daí que o perigo abstrato se identifique com as imprudências sem resultado.

Todavia tudo isso - que é difícil de sintetizar -, não seria tão grave se o que se elogia como um suposto progresso para o campo do “novo” modelo de imputação, não se predicasse como sistema e método para os delitos mais convencionais, procurando-se explicar todo ilícito com base em uma casuística que parte do conhecido episódio do carbúnculo nos pincéis de pêlos de cabra da china. A antinomia entre este “novo” modelo e o anterior se revela falsa, levando-se em conta que uma teoria do ilícito não pode construir-se exclusivamente com base no homicídio, mas tampouco sobre estas hipóteses.

Tudo passa a ser mais sério em termos de garantias somente levando-se em conta que a partir deste modelo ultranormativo as questões probatórias adquirem um sentido secundário. De um fundamento da pena que não necessita demonstração, já que não se dirige a fins concretos, deriva-se uma objetivação sem necessidade de conformidade a leis físico-naturais, com suficiência de meras relações normativas ou anti-empíricas, o que dá lugar - por exemplo - a novas presunções de dolo. Desse modo todas as categorias do delito que conhecemos são obstáculos a uma sorte de gestão eficiente ou gerencialismo do sistema de justiça penal, já que as exigências técnicas terminam sendo advertidas como “sutilezas” que se opõem a uma suposta solução dos problemas. Em outros termos: a demonstração judicial da até agora ação típica, antijurídica e culpável - sempre que não tencione trocar-lhe de rótulo - nada tem que fazer frente à condenação abreviada ou pena consensuada que é a negação mesma do julgamento, âmbito onde naturalmente tem lugar essa discussão.

Com essa relativização dos princípios e garantias, o processo que nasceu como um instrumento de defesa do indivíduo frente ao estado, se converte em uma ferramenta centrada na eficácia de acordo com fins burocráticos. Nada tem que fazer aqui um juiz que encontre sua fonte de legitimidade em um conceito substancial de democracia, que se funda na defesa dos direitos ainda que contra as exigências da maioria.

5. A encruzilhada e um possível rumo

De forma sucinta foram expostas as linhas gerais de uma crise que merece a maior atenção teórica e a maior disposição prática, dados os efeitos que projeta. O saber penal necessita de reconstruções que fortaleçam a técnica sem menosprezar a empiricamente comprovável existência de um poder repressivo estatal deslegitimado.² Nessa ordem, a dogmática penal, como método que empregado cotidianamente pelos participantes do universo judicial, não pode reduzir-se a um jogo mental alheio à vida: porque não é neutra e sim política, não é senão uma estratégia cujo dever não pode ser outro que garantir os espaços de liberdade e igualdade em uma sociedade democrática.

² O conjunto de fundamentos, princípios, categorias e regras que compõe um esquema teórico limitador do poder punitivo e fortalecedor do Estado Constitucional de Direito se encontra em: Zaffaroni/Alagia/Slokar, Derecho Penal. Parte General, 1ª ed., Porrúa, México, 2001.