

Opinião: A ciência jurídica como limite às alterações de índole penal

As alterações legislativas anunciadas pelo governo contrapõem-se aos limites invioláveis estabelecidos pelas ciências criminais. Em primeira análise, escapam à dogmática jurídica racional.

A produção legislativa em matéria penal está atrelada a um sistema cuja validade intersubjetiva^[1] preconiza um agrupamento coeso e que repele contradições, *prima facie*. Erige-se limites à tipicidade penal, estabelecendo barreiras ao âmbito de incidência da norma, alcançando a proibição de legislar conteúdos desafetados da racionalidade jurídica e do programa constitucional.

O anseio de inaugurar um novo paradigma do Direito Penal nacional amplia, significativamente, o filtro permissivo de punição, cuja finalidade é um desarranjo institucional propagado para garantir domínios nos campos públicos e narrativos, programados por parâmetros normativos utilitários, esvaziados — por vezes — de conteúdo racional. A produção científica, a par de uma metodologia afeta ao "discursionalismo^[2]", desguarnece as interlocuções intrassistêmicas.

Aparentemente, investir-se-á em novos tipos e aumento de pena, apartando-se do diálogo dogmático. Utiliza-se narrativas cujas investigações lógicas tem baixo teor consequencial, fundamentalmente artificiais, admitidas como motores de propulsão de uma nova mentalidade jurídica e criminológica que flerta com uma pretensa "eticização" comunitária. Regride-se ao Direito Penal "mágico-primitivo^[3]".

Nas entrelinhas, repete-se Kafka, em *A Colônia Penal*:

“O homem olhou o condenado e perguntou ao oficial:

- O preso conhece a sua sentença?
- Não. Disse o oficial.
- Ele sentirá na própria carne”.

Schunemann alerta que "a imposição da pena para outros fins, por exemplo, para a imposição de determinados modos de vida, é ilegítimo em qualquer estado imaginável^[4]".

Ainda que a leitura deontológica procure superar os paradigmas do sistema jurídico por meio de discursos de necessidade e urgência, essas iniciativas acolhem um Direito Penal estimulado por vingança e por produção fabril. Schunemann é preciso: "devido a essa tarefa da dogmática, a ser levada a cabo por cientistas, de controle intelectual das decisões judiciais, caracterizei a ciência jurídica como uma forma de quarto poder". A ideia vale para a produção legislativa. O quarto poder, na produção de normas e tipos penais, não é a imprensa e as narrativas alarmistas, mas a ciência.

Exemplos comumente aventados, como a importação de alternativas de sistemas *common law* (*plea bargaining*) são completamente descoladas da racionalidade jurídica a qual a doutrina e a ciência se desenvolvem e fincam limites à jurisdição nacional.



Byung-Chul Han[5] aduz que “o inconsciente social é inerente ao afã de maximizar a produção”. No campo jurídico, a quantidade de processos e decisões condenatórias pertence a essa lógica parametrizada, aceita sem maiores críticas.

Outra, a mobilidade do conceito jurídico e normativo da expressão “transito em julgado” servindo de trampolim para maior encarceramento[6] e a antecipação da prisão após a confirmação de sentença condenatória, deve ser investigada sob uma perspectiva que engloba todo o sistema jurídico, o que atrai — necessariamente — a mesma interpretação para execuções contra o Estado, por exemplo.

Adotando o conceito sistemático de ciência proposto por Kant, o agrupamento de conhecimentos conectados por inferências racionais e modulados por princípios caracterizam sistemas científicos. Kant defende, com acerto, que a Constituição realiza uma regência normativa, funcionando como regulador de microssistemas jurídicos derivados, o que denominou de imperativo categórico da razão jurídica[7]. É precisamente o que justifica a dogmática e a ciência jurídica.

Organizar-se mediante princípios aduz conjugar dicções normativas que devem se alinhar intrinsecamente com o programa constitucional, o que reforça — no caso brasileiro — a sua finalidade precípua, qual seja, a proteção de bens jurídicos, contra o poder punitivo do Estado e da força potencial de reproduzir perseguições assinadas por assimetrias morais, em troca de um donativo sensorial de segurança.

Exemplo da assimetria de alterações em legislações penais que buscam ampliar o alcance normativo inserindo a menoridade penal. Ora, o mesmo sistema jurídico que alinhava ações de proteção, o que consiste um patamar maior de tutelas efetivas, irá instituir limitação a direitos fundamentais de jovens e adolescentes.

A lição dogmática de que se deve punir liberdades na fatia mínima[8], concedida à tutela do Estado, como moeda de troca à preservação de outras liberdades fundamentais.

Noutro giro, é inquebrantável a defesa de que as abstrações dos tipos penais requerem uma certa clarividência cognitiva, o que retrata a aquisição de comandos normativos proibitivos com exatidão e clareza. Reserva-se à construção normativa não uma exposição literária, com interesse de provocar medo ou temor.

O objetivo do enunciado penal é guardar e delimitar os contornos e âmbitos de incidência da norma, limitando o percurso hermenêutico a seguir. Valida-se, portanto, por meio de um sistema coeso de fundações liberais — na legitimação e concreção do contrato social — intransigente pela proteção de garantias e liberdades individuais.

Ao contrário, estar-se-á rompendo e espedaçando a conjugação que mantém e naturaliza a ciência jurídica penal, dentre àquelas as quais a evolução exige um controle racional.



Não se pode admitir a formulação de normas penais costuradas exclusivamente por intuições ou movimentos pendulares de anseios populares. Estando assim, ocorrerá violação ao interesse protetivo a qual se destina, em franco regresso ao estado de punição de condutas que alcançam mero reproche moral.

O alerta que propomos é que as alterações legislativas em matéria penal respeitem o acervo dogmático e teórico. Deve-se evitar a maximização penal. Alerta Jesús-Maria Silva Sánchez que esse processo é caracterizado — em substância — pela deslegitimação da proteção existente, o que configura uma urgente necessidade de mudança e transformação.

Deve-se desvelar no campo social e nas arenas políticas o que o doutrinador espanhol denomina de "gestores atípicos da moral"[\[9\]](#). A índole é de favorecimento de interesses específicos, que não atingem o depósito constitucional, portanto, se afastam da legalidade material e da validade jurídica. Evitar cair em processos de penalização amarrados por tendencialismos exasperados.

A vulneração de direitos fundamentais e de princípios gerais do Direito são, à evidência, contraproducentes, por que rompem uma lógica formal e sistemática, que garante aptidão de validade e eficácia da norma. Ao contrário, vestir-se-á programas ideológicos com a roupagem penal, que guarda em essência panos curtos e desconfortáveis.

Explica-se com maior clareza, o Direito Penal não serve para mimetizar sociedades e injetar substâncias morais no seu escopo diário, ao contrário, é o freio de perseguição do Estado, com fins a evitar que a dose de proteção de liberdades ultrapasse a racionalidade e atinja interesses específicos.

Por último, cabe salientar que o modelo democrático não se esgotou, da mesma forma o arcabouço da dogmática penal e da racionalidade jurídica. Santiago Mir Puig[\[10\]](#) designa que o Direito Penal — nos moldes do Estado brasileiro — "um Estado social, deverá legitimar-se como sistema de proteção efetiva dos cidadãos, o que lhe atribui a missão de prevenção na medida — e só na medida — do necessário".

Não se trata, pois, de meras conjecturas teóricas e apartadas da realidade, mas de modelo controlado, cujas balizas são calcadas nas ciências jurídicas e no desenvolvimento intelectual de soluções que deverão ser efetivas, não mero paliativos panfletários.

[\[1\]](#) SCHUNEMANN, Bernd. Direito Penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do Direito Penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional / coordenação e tradução: Adriano Teixeira – 1ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018. Referimo-nos à proposição de Schunemann acerca da pretensão de validade das ciências jurídicas, cujos enunciados são prescritos pela dogmática penal (SCHUNEMANN, 2018, pg. 24).

[\[2\]](#) O termo cunhado intenta reproduzir uma espécie de homeostase das necessidades morais, enquanto agentes da pacificação social, o que derroga fundamentalmente o caráter fragmentário do Direito Penal.

[\[3\]](#) Schunemann deduz que as seitas religiosas e as combinações de sanções de cunho moral, atreladas à costumes (*common law*), e o poder punitivo estatal reduzem experiências autoritárias.

[\[4\]](#)



Idem 1.

[5] HAN, Byung-Chul. *La Sociedad del Cansancio*. Barcelona: Editorial Helder, 2016, p. 25. O autor defende que a sociedade disciplinadora preconizada por Foucault sofreu forte transformação, operando-se um novo paradigma, o qual chamou de sociedade de rendimento. Essa, por sua vez, caracteriza-se por uma crescente desregulamentação. Interessa, exclusivamente, o resultado a ser alcançado, não havendo maiores proibições quanto aos meios.

[6] Tem-se a impressão que o discurso panfletário que atesta crescimento da população carcerária tem a função social de deleite à mentalidades retrógradadas.

[7] KANT, *Doctrine du droit*, Introdução B, Vrin, p. 103.

[8] Becharia define que a finalidade do Direito Penal está intimamente ligada ao contrato social, cuja disposição permite a proteção de inviolabilidades frente ao domínio do Estado, criando uma barreira de proteção às liberdades individuais.

[9] SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* / Jesús-Maria Silva Sánchez. 2 ed. Rev. ampl. Madrid: Civitas Ediciones, 2011. Pg. 67.

[10] Santiago, Mir Puig. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito* / Mir Puig Santiago ; trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pg. 81.

Date Created

02/02/2019