

A dogmática penal e o mito do bicho de sete cabeças

"Mas o ser humano é tão apaixonado pelo sistema e pela conclusão abstrata, que é capaz de fazer-se cego e surdo para justificar sua lógica"

(Dostoiévski)

1) Introdução

Dogmática é a ciência — ou talvez a arte ou a prudência — de organizar conceitos, interligar institutos, desenvolver sistemas com uma finalidade específica: oferecer critérios para a compreensão, criação e



Esboçada no Direito romano, e desenvolvida nos estertores do século 11,

pelo trabalho dos glosadores, a dogmática sempre teve como objetivo a superação do arbítrio na aplicação das normas, indicando parâmetros para auxiliar, orientar, acudir o juiz, o advogado, o promotor, em sua atividade de realizar a Justiça (ou aproximar-se dela) [1]. Sua função é oferecer elementos para a interpretação racional da lei, com escopo de alcançar — senão a estabilidade — alguma previsibilidade em tal labor [2], garantir parâmetros de *decidibilidade*, critérios pelos quais um problema pode ser solucionado sem exceções perturbadoras [3].

Em um sistema constitucional moldado pela ideia de democracia e dignidade humana, a dogmática tem ainda a função de garantir balizas para que a interpretação da norma não fuja do espaço institucional demarcado, e para que o horizonte do aplicador do Direito seja sempre pautado pela observância de uma série de garantias sem as quais o modelo político assentado não se torna possível.

Em suma, um dos escopos da dogmática é *organizar o pensamento jurídico*, garantir um mínimo de *segurança e racionalidade* em julgados e textos legais, orientar o técnico do Direito em sua atividade cotidiana, para que preceitos constitucionais sejam respeitados e alguma lógica *normativa* pautar sua atuação.

Infelizmente, nesse quesito, a dogmática tem falhado.

2) Falta de comunicação

No dia 17 de novembro último, no IX Fórum Jurídico de Lisboa, organizado pelo IDP, pela FGV e outras entidades, participei de uma mesa de debates com os colegas Alaor Leite e André Callegari, presidida pelo desembargador Ney Bello Filho, sobre os "*Novos desafios do Direito Penal*".

E, entre reflexões sobre diversos temas, concluiu-se que o grande *desafio* da dogmática penal atual não são questões complexas sobre autoria e domínio do fato, critérios de *imputação objetiva* ou *normatização* dos elementos subjetivos do tipo.

O principal *desafio* é *fazer-se entender*.

E fazer-se entender não no mundo acadêmico, entre pares juristas, ou dentro da sala de aula. Mas ser compreendida por parte de seus destinatários: os criadores e aplicadores do Direito, o legislador e o magistrado, que usam os conceitos, institutos e normas como instrumentos de trabalho para sua atividade diária.

A dogmática penal alcançou uma sofisticação imensa nos últimos cem anos, com debates profundos sobre *natureza da ação*, questões complexas de *causalidade*, de *tipicidade* e *culpabilidade*, mas pouco desta sofisticação alcançou o aplicador concreto do Direito, e lhe indicou alguma trilha segura no cipoal de teorias e especulações.

Como disse Von Liszt — há um bom tempo —, "*há dezenas de anos, a ciência do direito penal por seus representantes mais eminentes vem se afastando da vida. Dispersou suas forças em disputas estéreis; prisioneira de construções abstratas, não dava conta do que se passava fora. Acreditava ter, como antes, as rédeas do poder seguras nas mãos, quando a vida, fazia tempos, havia deixado de fazer caso dela*".

Hoje aquelas *dezenas de anos* já viraram a casa dos cem.

Nesse contexto, é natural a confusão e o erro. Legisladores e juízes se deparam com questões jurídicas complexas em seu cotidiano, como aquelas apresentadas pela criminalidade organizada ou empresarial, em que a autoria é fragmentada, o dolo é diluído, o *nexo causal* é fluido e a reprovabilidade é formada menos por *condutas positivas* do que por *omissões conscientes*. Mais: se deparam com um cotidiano de aplicações seletivas e elitistas do Direito Penal e com uma estrutura policial e judicial estruturalmente construída sobre preconceitos de gênero e raça.

E o instrumental de que dispõem para enfrentar tais questões complexas é uma dogmática de manuais, transmitida nos bancos da graduação e exigida em concursos públicos, repleta de *obviedades*, criadas sobre o paradigma da criminalidade do século passado, em que Tício matava Caio e os elementos de autoria, dolo, *nexo causal* e *culpabilidade* eram evidentes [4]. Pouco, ou muito pouco,

sobre os atuais problemas que se colocam diante dos operadores do direito contemporâneo.

Não se quer afirmar que a dogmática atual deixe de lado as novas questões do Direito Penal. É evidente que se ocupa dos novos contextos, aprofunda debates, rediscute institutos. Mas parte considerável de tais estudos permanece distante do não versado nas inúmeras premissas acadêmicas pelas quais perpassam suas análises, especialmente aquele que maneja o direito no cotidiano.

Com isso, teorias acabam distorcidas, ou aplicadas de forma *rasteira*. Conceitos são importados e usados sem a observância de sua compatibilidade com textos legais, ou de seu encaixe sistemático com princípios ou institutos consagrados na cultura jurídica nacional. As *cegueiras deliberadas*, os *domínios dos fatos*, as *teorias dos aparatos de poder* são turbadas e aplicadas de acordo com a vontade do intérprete, sem as cautelas e as reflexões sobre as origens, os contornos e os efeitos de sua incorporação ao sistema jurídico pátrio. Trata-se de um terreno fértil para o direcionamento da atividade judicial a *discursos de ocasião*, a *movimentos de "combate"* a certos tipos de crimes, a *modismos conceituais* nocivos à segurança jurídica e à própria aspiração de racionalidade que deveria pautar a atividade jurisdicional.

3) Distribuição da culpa

Se existe uma desorganização na aplicação do Direito — e uma apropriação política dessa confusão conceitual —, é preciso reconhecer que ao menos parte da culpa é do dogmata. Somos inábeis na comunicação. Nem sempre dialogamos, nos fazemos compreensíveis, ou descemos de nossas bibliotecas para uma conversa franca sobre a aplicação concreta do direito. Há, às vezes, um medo de simplificar a linguagem — que não se confunde com a simplificação de ideias, conceitos ou debates —, um temor de ver-se exposto, talvez derivado da insegurança de tornar públicas certas falhas metodológicas, certas perplexidades ou incapacidades, naturais em qualquer ramo científico. Talvez um receio de revelar os *tormentos* de uma ciência assombrada por contradições e certos vazios conceituais [5].

A dogmática nunca será completa, íntegra ou imutável, até porque é perpassada por questões ideológicas e não deixa de ser um instrumento na disputa pelo poder do discurso na seara criminal e, quiçá, política. Menos ainda: nunca será capaz de indicar a juízes e legisladores o correto caminho a seguir. Seria muita pretensão acreditar que de nossas salas de aula poderíamos reconhecer e enfrentar de maneira definitiva os problemas de uma sociedade complexa, dinâmica e repleta de contradições.

Mas, dentro de suas limitações, a dogmática pode oferecer e apresentar critérios, organizar conceitos e institutos, apontar experiências já testadas em outros lugares, ou em outros tempos, aprimorar o debate, jogar luz na nocividade de certos *modismos* e *sensos comuns*, indicar ideias que talvez possam ser úteis para qualificar a decisão política do legislador ou às ponderações concretas do magistrado. Pode *dialogar* com o aplicador do Direito para colaborar com a construção de uma racionalidade, ainda que provisória, e sempre submetida à validação histórica e social. Para além das preocupações sistemáticas, é preciso dar atenção ao sentido concreto das conclusões.

Sem deixar de lado a complexidade e a profundidade da análise das questões jurídicas, devemos incorporar em nosso rol de atribuições a difícil tarefa de compartilhar de forma compreensível e rentável intelectualmente nossas premissas, metodologias e conclusões. Sem abrir mão do rigor científico nas análises, é preciso *apresentar* os problemas e suas possíveis soluções ao legislador, ao juiz, ao advogado e ao promotor

— que, no final do dia, realizam a norma jurídica no cotidiano. Indicar quais casos concretos são afetados pelas diversas teorias desenvolvidas, as propostas específicas, os problemas que podem ser resolvidos e os erros que podem ser evitados.

Trata-se da única forma de salvar a dogmática da indiferença e o Direito do casuísmo ou do conformismo apático.

[1] Ferraz Jr. Tércio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 20 e ss. e Pawlik, Michael. *Ciudadanía y Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2016, p.18

[2] Silva Sánchez, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporâneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p.49

[3] Ferraz Jr., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 18. Roesler, Claudia. *Pode a dogmática jurídica ter um fim?* in Maranhão, Juliano Souza de Albuquerque e Barbosa, Samuel Rodrigues. *O fim da dogmática jurídica*. Estudos em homenagem aos 80 anos do prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr., p.141

[4] Aquilo que Lênio Streck chama — com base em Warat — de *senso comum teórico dos juristas*. Streck, Lênio. *Dicionário de Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p.269.

[5] Bechara, Ana Elisa Liberatore, *Qual o futuro da dogmática jurídico-penal*, in Maranhão, Juliano Souza de Albuquerque e Barbosa, Samuel Rodrigues. *O fim da dogmática jurídica*. Estudos em homenagem aos 80 anos do prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr., p. 63

Date Created

21/02/2022