

## 1. INTRODUÇÃO

Vera Malaguti adverte que todo o saber do controle penal é um poder orientado pelas demandas de ordem que lhe historicizam no processo de acumulação do capital (Batista, 2011, p. 19). A dogmática penal, entendida como uma forma de racionalização jurídica do poder punitivo, não escapa a esta lógica reguladora e seu principal viés de funcionalidade é sua pretensão de neutralidade social.

A ruptura da escola de Chicago, o *labelling approach*, as teorias fenomenológicas, criminologia feminista e crítica ou radical desvendaram na criminologia e no direito o papel garantidor do *status quo* e controle social.

Em nossa margem estas concepções receberam tonalidades condizentes com nossas particularidades, como a subsistência de sistemas penais informais, a alta letalidade das agências policiais, a legitimação racista e patriarcal do controle penal, a internacionalização de problemas centrais contra nossos próprios históricos culturais, dentre outros (Castro, 2000).

As teorias conflituais desenvolveram a dimensão política no interior do paradigma da reação social, reconduzindo-a das estruturas paritárias dos pequenos grupos e dos processos informais de interações que se desenvolvem no seu interior para as estruturas gerais da sociedade e seus conflitos de interesse e hegemonia, que agora são vistos como o princípio explicativo fundamental dos processos de criminalização. Com a criminologia crítica rompe-se com a análise microssociologia para abordar de forma mais apurada as relações de poder que envolvem operativa e discursivamente o poder punitivo, politizando a questão social. (Barata, 2002, p. 122).

A aterrorizante influência das teorias do positivismo criminológico, especialmente a vertente de Cesare Lombroso, nos países da América Latina desponta claramente como nossa grande permanência (Batista, 2011). No entanto, toda a proficiência da criminologia positivista contrasta com a curiosa constatação de que em nosso continente, a nível legislativo, salvo poucas exceções, não há postulados positivistas radicais. A operacionalidade real do sistema penal pode ser subterrânea, abertamente racista e letal, mas, geralmente, a legislação não apresenta construções jurídicas que lhe sejam correlatas.

Michel Foucault rompe com a abordagem que caracteriza a história penal ilustrada como uma etapa ‘evoluida’, ‘racional’ e ‘humanista’. Em seu célebre *Vigiar e Punir: nascimento da prisão* demonstra que a limitação do poder de punir do Estado representa um rearranjo do poder frente aos postulados do crescente sistema mercantilista e, a despeito de uma tendência para o incremento das garantias penais, o período configura um poder que,

através do saber que acumula, protege-se de possíveis alterações na balança econômico-política (Foucault, 2009, p. 134).

Nenhuma teoria penal pode, assim, sob pena de incompletude, ser trabalhada apenas sob a ótica do discurso declarado. Somente se analisam discursos quando observados também suas funções ‘não-declarada’, trazidas a tona na medida em que sejam os dispositivos de controle social interpretados no contexto das transformações econômicas e contradições que perpassam a sociedade capitalista (racista e patriarcal).

No marco histórico do Iluminismo, por exemplo, a sujeição da classe trabalhadora não pode ser entendida prescindindo-se das estratégias de produção de subjetividade que se concretizam em técnicas disciplinares. Estas estão consubstanciadas no ideal ‘normalizador’ cuja maior decorrência é um ‘poder configurador’ de hábitos, saberes e rotinas. Este poder disciplinar, difuso no corpo social, opera ao nível das micro-relações que nele se espraiam e dá forma a uma economia interna e racionalidade específica de domínio num *continuum* social: a escola, o hospital, a prisão.

Rosa del Olmo constatou que o instrumento decisivo para a consolidação e difusão internacional da criminologia europeia neste período foi a criação e institucionalização de uma série de organizações internacionais que buscavam desenvolver normas universais para enfrentar o problema delitivo principalmente por meio de congressos internacionais (Olmo, 2004, p. 137). Estes congressos apenas foram possíveis dentro do marco histórico de internacionalização de uma dogmática penal pretensamente neutra e, por isso, universal.

Nestes congressos, que abordavam em conjunto criminologia, política criminal e direito penal, embora os documentos oficiais assinalassem um ‘ intercâmbio de ideias e experiências’, a prática demonstrou profunda desigualdade, tratando-se mais de um ‘assessoramento’ dos países centrais com a clara imposição da internacionalização de ‘situações conflitivas’ que lhe são típicas e seus interesses internacionais, econômicos e sociais.

A autora destaca neste bojo ‘certa atenção diferenciada’ ao direito penal: discutem-se principalmente institutos ligados a periculosidade do indivíduo ‘degenerado’ como medidas de segurança, individualização da pena, progressão de regime, livramento condicional, dentre outros, e, de forma mais sutil, a estrutura típica dos delitos, como os crimes de perigo e culposos.

## **2. CONSTRUÇÃO E CRÍTICA DA DOGMÁTICA**

A dogmática jurídica como método aparece no século XIX no direito privado pela maior expressão corporal que lhe impõe Rudolf von Jhering.

Na seara penal é a segunda geração dos movimentos penais ilustrados (Feuerbach, Carmignani, Carrara) a responsável por integrar ao discurso político liberal o discurso jurídico técnico dos práticos (Zaffaroni, 2002, p. 447-467). A gênese do modelo moderno tem origem paralelamente a consolidação da criminologia positivista na Itália e ao tecnicismo jurídico de Rocco. Ou seja, se no campo da criminologia o foco no indivíduo delinqüente prospera, no âmbito da dogmática penal a estrutura normativa e conceitual garantidora do Direito Penal liberal, em certa medida, mantém-se, em que pese a pouca ou mesmo nenhuma problematização desta convivência (Andrade, 2003, p. 179).

Carlos Santiago Nino destaca o movimento de codificação como principal responsável, nesse contexto, pela crença em um 'legislador racional', consciente, finalista, onisciente, onipotente, justo, coerente, onicompreensivo, econômico, preciso e operativo (Nino, 1989, p. 431).

Mesmo sem qualquer constatação fática pressupõe-se um ordenamento jurídico sem contradições nem lacunas, operativo, preciso, dinâmico e finalista. Também uma ciência jurídica desvinculada das relações políticas, sociais e econômicas que lhe subjazem e um conhecimento "científico" normativo, autônomo, neutro e sistemático, que encontra explicação em si mesmo através de uma postura metodológica pura, que não remete a considerações de índole social, econômica, política ou moral.

Suas funções são de garantia de segurança jurídica, contra as arbitrariedades, racionalização do poder punitivo e do Estado de direito, controle da jurisprudência, interpretação e crítica das leis penais, ordenação e sistematização de toda a matéria judicial na ordem criminal, estabilização e cumprimento dos princípios jurídico-penais, elaboração de proposições doutrinárias ante os problemas dogmáticos e aperfeiçoamento do direito positivo (Andrade, 2003, p. 117/8).

Tal tendência foi favorecida pela função pragmática de classificar como forma de oferecer um modelo analítico ao exercício e ensino da atividade judicial. A sistemática classificatória tratava de combinar elementos sem derivar a sistemática de uma concepção de pena ou de direito penal, apenas referindo-se vagamente a uma função preventivo-dissuasiva da pena, como faz Feuerbach (Zaffaroni; Batitsa, Alagia; Slokar, 2010, p. 21/22/71).

Estas construções polarizam a atenção para conflitos interpessoais e entre indivíduo e sociedade enquanto excluem os conflitos estruturais. Na realidade, a pretendida função instrumental do direito sempre serviu para ocultar as funções simbólicas e políticas da ação punitiva, para mistificar a realidade da pena como violência institucional e sua função latente,

ou seja, a de reproduzir o subsistema de justiça penal e servir a reprodução ideológica e material das relações de desigualdade na sociedade (Barata, 1994, p. 11).

Quando a dogmática penal se apresenta como momento racionalizador do poder punitivo acaba por filtrar a falsa utopia da dupla eficiência e naturalizar sua operacionalidade concreta. Como consequência, surge um pensamento ontológico onde parece ser o direito penal ‘algo’ quando não é outra coisa senão “*um campo de forças onde os limites estão permanentemente limitando o poder punitivo e onde este está permanentemente pondo tensões e tratando de esquivar os limites e o sistema de garantias*” (Binder, 2006, p. 47), historicizado pelos fatores políticos, econômicos e sociais que lhe subjazem.

Vera Andrade pontua que a potencialidade deste desenvolvimento contraditório está inscrita nas bases fundacionais do próprio sistema, expressando a tensão entre um projeto jurídico-penal tendencialmente igualitário e um sistema social fundado na desigualdade real de acesso à riqueza e ao poder (igualdade formal e a desigualdade substancial), “*caracterizando-se por uma eficácia instrumental invertida à qual uma eficácia simbólica (legitimadora) confere sustentação*” (Andrade, 2003, p. 175).

Daí propõe que análise do real funcionamento do sistema penal apareça como o referencial básico da dogmática, sobretudo em sua dimensão de poder, violência e dominação, enquanto elementos que, embora sistematicamente neutralizados e recusados pelo seu discurso, imprimem-lhe significação plena. Trata-se de um ‘controle funcional’ consistente na desmistificação de sua ‘autoimagem’ (compartilhada pelos juristas sobre a atividade que realizam) por meio da conjugação de uma dimensão ideológica e funcional a sua dimensão metodológica, descortinando o descumprimento de suas funções declaradas.

O problema, portanto, não aparece na tentativa de racionalização decisória, mas nos pressupostos idealizados em que esta tentativa se apoia.

Se a Dogmática Penal apresenta uma extraordinária capacidade de permanência espaço-temporal e uma sobrevivência histórica secular, não obstante sua ‘debilidade’ epistemológica e divórcio ‘analítico’ com a realidade social, é porque ela mantém uma conexão funcional com a realidade, potencializando e cumprindo certas funções na realidade social, ao mesmo tempo em que traz inscrita uma potencialidade universalista que lhe permite funcionar fora de seu espaço e tempo originários.

Trata-se de um (contra) direito penal do autor que operando de forma latente a um direito penal do fato submete-o até deixá-lo imerso e condiciona a sua estrutural seletividade, o que acaba, paradoxalmente, por racionalizá-la. É a discursividade dogmática, legitimada pela

legalidade e pelos princípios liberais do estado de direito que permite ao sistema penal aparecer como um exercício de poder racionalmente planejado.

Assim, a ‘ficção da legalidade’ pode ser mantida porque o sistema penal oferece ao público uma ‘fachada de ouro’, uma aparência liberal como forma de encobrir a aberta discriminação, seletividade racial e direito penal do autor. O discurso dogmático declarado ao operar com o complexo de representações e símbolos do Estado de Direito, consubstancia, positivamente, um programa ou um metaprograma decisório para a prática penal contendo, neste sentido, potenciais garantidores do indivíduo. Mas, ao centrar-se discursivamente na simbologia jurídico-garantidora (‘de direito’) oculta - se, ideologicamente, a dimensão do poder e da dominação (‘capitalista’) que com ela se dialetiza, materializando uma visão ideologizada do seu funcionamento.

É nesta dupla e simultânea dimensão ideológica de seu discurso que se potencializa uma função legitimadora pela legalidade. Esta concorre diretamente para produzir um consenso (real ou aparente), dentro e fora do circuito profissional do sistema penal, em torno a uma imagem ideal e mistificadora de seu funcionamento. Em especial, um consenso em torno de um modelo liberal de funcionamento ‘dentro’ da legalidade, igualdade e segurança jurídica e, portanto, em torno ao monopólio da força assumido pelo Estado moderno, ocultando sua real funcionalidade.

### **3. NOTAS SOBRE A INCORPORAÇÃO DA DOGMÁTICA NO BRASIL**

Na América Latina como um todo o discurso jurídico penal constrói-se desde fim do século XIX sobre as bases do positivismo criminológico italiano com elevada carga racista e segregadora e corresponde politicamente a filiações ideológicas das Repúblicas Oligárquicas do momento: controle policial de negros, povos originários e imigrantes, principalmente asiáticos.

Após um discurso eminentemente teleológico de assentamento do controle repressivo colonial, as matrizes de Spencer, Darwin, Morel e Gouineau tomaram o posto de justificadoras ‘científicas’ da repressão, apontando a inferioridade humana do colonizado por um sistema de ideias menos afeito ao discurso episcopal, mas ainda completamente funcional ao poder colonial (Zaffaroni, 1988, p. 62).

*El poder necesitaba un discurso jurídico-penal sin datos de realidad y una criminología sin sociología. Le era menester un modelo ideológico que cumpliera esta doble función y que pudiese ser oficializado en sus usinas ideológicas como ‘científico’. La integración del discurso penal*

*y la sociología criminal en un 'modelo' solo se efectuó en el positivismo biologista (racista), pero luego de su disolución fue reemplazado por un modelo de integración del derecho penal con una criminología 'etiológica' a-sociológica (a-macrosociológica), que legitimaba al sistema penal y que prohibía al jurista asomarse a todo dato social (Zaffaroni, 1988, p. 188).*

Ocorre que o pensamento positivista e racista puramente médico- policial é incapaz de construções teóricas aprofundadas necessárias a um modelo de saber técnico judicial. Assim, como o desvincular das colônias do poder espanhol e português as novas bases 'científicas' para velhas demandas de controle social são reelaboradas pelos modelos de Franz von Liszt e Arturo Rocco, principais internacionalizações em nossa margem (Zaffaroni, 1988, p. 208).

Na Alemanha, o positivismo jurídico deu lugar ao nascimento da moderna dogmática penal com Karl Binding, Franz von Liszt e Ernst Beling, sendo Liszt identificado como o maior expoente da chamada 'Escola Sociológica' ou 'Jovem Escola' alemã. Já na Itália teve origem o tecnicismo jurídico que por seu menor apego histórico ao direito positivo, concentrou a discussão num terreno 'doutrinário'. As posições das Escolas positivistas alemã e italiana representam, de qualquer forma, posições conciliadoras entre as teorias da ilustração e o positivismo.

Franz von Liszt desenvolveu o que se chama modelo de 'ciência penal integrada', determinado por três mudanças: a centralização do poder de punir na construção do estado moderno, a racionalização promovida juridicamente pela submissão a lei e aos limites do poder de punir e a burocratização desenvolvida pela especialização dos saberes e práticas punitivas, referenciados na racionalização do poder punitivo e nas novas práticas e saberes integrados em um modelo de Estado intervencionista (Prando, 2013, p. 16).

A ciência liszteana baseava-se na 'integração' entre dogmática penal, criminologia e política criminal em função de fins práticos: para cumprir sua tarefa especificamente dogmática (elaboração sistemática dos conceitos que servem a aplicação do direito penal) a ciência penal tem que recorrer a conhecimentos e experiências criminológicas bem como assumir a tarefa de projetista da reforma penal que lhe apresenta a política criminal, orientadora do legislador na 'luta contra o delito'.

Liszt em *La Idea de Fin en el Derecho Penal* declara que "*La ciencia del derecho penal no es hostil a las explicaciones metafísicas de la pena, ni en sí las rechaza, pero necesariamente tiene que considerar extraños a ella todos estos intentos y permanecer alejada*

*de los mismos.*” (1883, p. 67) Enquanto corresponde a política criminal desempenhar uma ‘missão social’, compete a dogmática penal, numa posição de centralidade, desempenhar a função liberal do estado de direito, assegurando a igualdade na aplicação da lei, o que lhe rende a alcunha de "*Magna Carta do delinqüente*" / "*infranqueável barreira da política criminal*" (Liszt, 2003).

O novo ‘modelo integrado’ nega a identificação de relações de causa-efeito ou exercícios experimentais de verificação. Daí dizer-se que este combina o cientificismo propugnado pela criminologia positivista com a arquitetura liberal do direito penal, fortalecendo a herança liberal de maximização da segurança do cidadão por acreditá-la compatível com um direito penal que intervenha ativamente na vida social.

Como adverte Nilo Batista, a expressão ‘direito penal’ usada por Liszt confunde-se seja com ‘poder punitivo’ (na acepção do falacioso ‘direito penal subjetivo’) seja com seu próprio objeto, o direito penal objetivo (“*programação criminalizante*” ou simplesmente “*legislação penal*”, saber jurídico que se ocupa da interpretação das leis penais para um sistema orientador de decisões e contentor do poder punitivo inconstitucional, ilegal ou irracional). Ainda nas palavras do autor, por política criminal entende-se um conjunto assistemático de considerações sobre reformas da legislação penal, frequentemente perpassadas de paternalismo legal, moralismo vulgar contratualista e uma fé inquebrantável no preventivismo, completamente dependente, ainda que pregue autonomia, do método jurídico da dogmática jurídico-penal (Batista, 2007).

Em seu *Programa de Marburgo* (1882) as linhas filosóficas positivistas e os contornos naturalista e sociológico dessa conciliação ficam ainda claros: a adesão ao método empírico-indutivo, a adoção do princípio evolutivo ligado aos processos sociais, a investigação histórica atendendo a dados biológicos, utilização de material estatístico e outras observações empíricas, a classificação dos delinquentes com a vinculação do ato delitivo ao seu autor e o deslocamento da ideia retributiva pela preventiva são alguns exemplos (Rivacoba, 1994, p. 22).

Em suas palavras: “*La pena es coacción. Se dirige contra la voluntad del delincuente, deteriorando o construyendo bienes jurídicos en los que en su voluntad encontrara corporización*”, conforme sua dupla natureza, em coerção direta ou indireta (correção ou intimidação). “*Corrección, intimidación, neutralización: éstos son, pues, los inmediatos efectos de la pena, los móviles que subrayacen en ella y mediante los cuales protege los bienes jurídicos*” (Liszt, 1994, p. 111/2), aplicáveis conforme a ‘natureza’ do autor tal qual classificado pela antropologia jurídica: os irrecuperáveis, oriundos do “*proletariado*” (‘mendigos, vagabundos, prostitutas e prostitutos, alcoólotras, rufiões, degenerados espirituais e corporais’,

conforme ‘o exército de inimigos fundamentais da ordem social’, ‘delinquentes habituais e reincidentes’ determinados pelas estatísticas habituais principalmente em delitos contra a propriedade e os bons costumes para os quais na impossibilidade de ‘decapitar, enforcar ou deportar’ não resta outra solução que a ‘privação de liberdade pelo resto de suas vidas’) devendo ser neutralizados; os delinquentes corrigíveis (sem dar sobre este uma definição tão minuciosa) deveriam ser ‘corrigidos’ pela pena; e para os que não necessitem de correção resta a intimidação. (Liszt, 1994, p. 114 et seq)

Ora, estas colocações onde Liszt sugere a mais feroz resposta penal aos selecionados habituais do sistema de justiça criminal e dissidentes políticos da ordem estabelecida comprovam que a consolidação do paradigma dogmático na ciência penal corre paralelamente ao surgimento e consolidação do paradigma etiológico em Criminologia. Somente tendo o contratualismo como base da argumentação jurídica e o utilitarismo defensivista, de matriz organicista, como modelo de prática que é possível entender a continuidade ideológica entre a herança iluminista e a herança (jus)positivista, mesmo porque a primeira se define sob a égide da segunda (Andrade, 2003, p. 43)

Quanto a esta faceta de ‘aconselhamento’ que o modelo Liszteano atribui a política criminal, Francisco Muñoz Conde destaca que uma dogmática penal estabelecida sobre bases político-criminais poder ser convertida em uma dogmática de persecução penal de ‘inimigos’, completamente habilitadora de poder punitivo irracional e ilimitado:

El Derecho penal ya no es aquí una ‘barrera insuperable’ de la Política criminal, sino sólo un medio para la realización de fines político-criminales y, en tal carácter, un medio ilimitado. Esto conduce inmediatamente a un Derecho penal de autor, en el cual no es decisivo el hecho sino el autor. Y cuando el autor es incorregible y proviene del mundo del - por él denominado - ‘proletariado’ (...) es claro que esta concepción de la medida de la pena, respecto de la cual varios críticos ya se han pronunciado, puede transformar el Derecho penal en un ‘Derecho penal clasista’ y llevar a la destrucción el principio fundamental del Derecho penal del Estado de Derecho, esto es, el principio de legalidad. El peligro, pues, consiste en la creación de dos Derechos penales: - un Derecho penal con todas las garantías del Estado de Derecho para el ciudadano normal, que comete un delito ocasionalmente, y - un Derecho penal sin límites y sin garantías, puro poder penal destinado a lo que él denomina proletariado de la

criminalidad (delincuentes habituales) o también a los marginados que, aunque pueden no haber cometido ningún delito, son considerados ‘amenazadores’. (Conde, 2011, p. 33/5)

Muñoz Conde é categórico: a herança inocuidadora de delinquentes que está no âmago da doutrina nazista vem do trabalho de Franz von Liszt. Também Eugênio Raúl Zaffaroni (Zaffaroni, 1988) e Luis Jiménez de Asúa (Asúa, 1992, p. 72/3) recusam classificar como ‘liberal’ a teoria lizsteana, justamente por entender que paralelamente a frente ‘garantística’ que se lhe impõe (a dogmática como ‘magna carta do delinquente’) há uma mais profunda vinculação aos ideais positivistas.

O ‘Tratado de Direito Penal Alemão’ de Franz Von Liszt foi traduzido em sua sétima edição original (ou seja, um Liszt ainda sem Beling) para o português por José Hygino Duarte Pereira em dois volumes publicados em 1899.

Hygino no seu importante prefácio dá especial relevo ao modelo integrado em todas as suas consequências. Considera “*objecto especial do direito penal*” a “*responsabilidade dos que violam as normas sancionadas pela lei penal*”, define nas “*disposições da lei positiva que ligam ao crime como facto a pena como consequência*” a missão do direito penal como “*a analyse da materia jurídica de modo a formar um systema orgânico que condense as idéas, os princípios e as regras superiores, applicaveis á infinita variedade dos casos concretos*” sob o método técnico-jurídico, “*baseando-se na legislação, os crimes e as penas como generalisações ideaes*” (Pereira, 1899, p. 29).

[...] desenvolver, elevando-se até aos princípios fundamentaes e as idéas ultimas, as disposições da lei de modo a formar um systema completo; expor na parte geral do systema a idéa do crime e a da pena em geral, e na parte especial os crimes e as penas que contra elles a lei tem comminado. Como sciencia eminentemente pratica, a trabalhar incessantemente a bem das necessidades da administração da justiça e delha recebendo sempre a força que vivifica, o direito penal é, e deve ser, a sciencia propriamente sistemática; pois somente a disposição dos conhecimentos em systema torna possível sujeitar ao imperio dos princípios todas as particularidades, e sem esse prompto e seguro imperio a applicação do direito, abandonada ao arbítrio, ao azar, não passará de mero ‘dilettantismo’. (Pereira, 1899, p. 71)

O reconhecimento de que “*a pena é um dos meios á disposição do Estado na luta contra o crime nos leva além dos limites do direito vigente, e suscita a questão do fundamento jurídico e dos fins do poder de punir*” bem como a “*origem e natureza do crime.*” Mas é categórico: “*A solução científica de taes questões é objecto da Politica Criminal*”, ‘ciência’ cujo objeto consiste em “*dar-nos o critério para apreciarmos o valor do direito que vigora, e revelar-nos o direito que deve vigorar; cabe-lhe ensinarnos tambem a entender o direito á luz de considerações tiradas dos fins a que elle se dirige e a aplica-lo em casos singulares de conformidade com esses fins.*” (Pereira, 1989, 72)

A politica criminal exige, em geral, que a pena, como meio, seja adequada ao fim, isto é, seja determinada quanto ao género e á medida segundo a natureza do delinquente, a quem inflige um mal (lesa nos seus bens jurídicos- a vida, a liberdade, a honra e o patrimonio) para impedir que no futuro elle commetta novos crimes. Nesta exigência encontra-se, de um lado, o seguro critério para a crítica do direito vigente, e, do outro lado, o ponto de partida para o desenvolvimento do programma da legislação futura. (Pereira, 1989, p. 153)

A criminologia, como “*‘sciencia do crime’ (causal, naturalística)*” divide-se em “*biologia criminal*” e “*sociologia criminal*” onde a primeira “*descreve o crime como phenomeno que se produz na vida do individuo e estuda o penchant au crime na sua conformação e nas suas condições individuaes*” e a segunda descreve “*o crime como phenomeno que se produz na vida social e o estuda na sua conformação e nas suas condições sociaes*”, sem esquecer com isso que:

[...] o objecto da indagação é um só, e que apenas o methodo é que differe: alli emprega se a observação individual systematica, e aqui a systematica observação de massas (a estatística), pois o crime, como phenomeno social pathologico, compõe-se de um certo numero de crimes individuaes, e cada um destes é apenas um elemento de um facto social; 2. não se deve esquecer que somente com a união dos dois metthodos, de modo a verificar-se e a completar os resultados de cada um delles pelos do outro, pode-se chegar ao conhecimento do crime’.

(Pereira, 1989, p. 30)

Roberto Lyra Filho atentou que a pretendida construção interdisciplinar do modelo carrega em si uma petição de princípios: a ciência penal não normativa não tem uma noção de crime senão aquela arrancada à ciência ‘dita normativa’. Elas se distinguem apenas porque nesta última ainda predomina a exegese e construção de normas jurídico penais para o enquadramento de condutas, enquanto nas primeiras a tarefa principal é a análise destas condutas reputadas delituosas para compreendê-las e explicá-las (Lyra Filho, 19997, p. 27/28).

Com Arturo Rocco o positivismo também pretendia o rechaço de interferências filosóficas procedentes da realidade empírica por meio da eleição do direito positivo como único objeto da ciência penal, em que pese não seja este ecletismo nenhuma inovação no objeto ou método já atribuídos à ciência jurídico-penal. (Lyra Filho, 19997, p. 78/79)

Também, apesar de se apresentar como uma direção metodológica em todo contrária à do positivismo criminológico, cunhava soluções de compromisso entre o estudo do direito positivo entendido sob o método idealista com a observação empírica da realidade (naturalismo), muitas delas sugeridas pelo positivismo: a medida de segurança aplicável no caso de inimputáveis, semi-imputáveis ou na tentativa inidônea são um exemplo.

Arturo Rocco produziu a sistematização mais significativa e célebre do tecnicismo jurídico na aula inaugural do curso da Universidade de Sassari por ele proferida em 15 de janeiro de 1910, que se converteu na obra *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*. Nela o autor dirige-se, simultaneamente, contra a herança jusracionalista dos movimentos penais ilustrados e contra a herança criminológica da escola positiva eis que haviam “*esvaziado o conteúdo propriamente jurídico do Direito e da Ciência Penal*”, pondo sua identidade em ‘crise’ (Rocco, 1982, p 3-6).

Objetiva-se diz o autor, estabelecer as bases metodológicas e práticas para a constituição de uma “*ciência penal estritamente jurídica e dogmática*”, delimitando seu objeto, especificando seu método, tarefa e funções de forma inteiramente circunscrita ao direito penal positivo vigente (Rocco, 1913, p. 14/15).

Em suma, o direito penal é concebido em um aspecto taxativamente técnico, como exposição sistemática dos princípios que regulam os conceitos de delito, pena e responsabilidade desde um ponto de vista estritamente jurídico. A dogmática e a técnica jurídica são os critérios e instrumentos para sua construção e a defesa da sociedade seu fundamento. Isto denota a origem privatística do método jurídico e permite concluir que o âmbito de conhecimento do direito penal se limita à três ordens de procedimentos, uma indagação exegética, uma dogmático-científica e uma crítica, e que o trabalho do intérprete se reduz a

interpretar o texto, ordenar sistematicamente a matéria, extrair os dogmas e propor as reformas, todas estas sobre o único quadro do direito penal vigente.

A produção dogmática penal no Brasil construída nos auspícios e após o código Penal de 1940 é marcada, dentre outros influxos metodológicos, pelo tecnicismo jurídico. O Código Rocco foi seu principal modelo e um de seus principais redatores, Nelson Hungria, em uma clássica conferência em 1942 nega haver entre o direito penal e a criminologia qualquer ‘afinidade ou relação necessária’ (Hungria, 1945, p. 6/7).

Percebe-se, assim, que a promessa de realização de um *approach* juspositivista entendido em sua inteira significação, que preside a gênese da dogmática penal, foi uma promessa nunca inteira, mesmo no marco do próprio tecnicismo jurídico: De Binding a Welzel conceitos pré-jurídicos (ontológicos, metafísicos) foram tidos, tácita ou explicitamente, como dados genéticos das normas e da ciência penal ou suas categorias foram, como no neokantismo, essencialmente referidas a valores. (Andrade, 2003, p. 143).

Para Vera Andrade, o modelo de ciência integrada de Liszt traduz os dois históricos eixos de legitimação: pela legalidade, marcado especialmente pelas demandas iluministas; e pela legitimidade, desenvolvida a aprofundada pelo saber criminológico fundado na defesa social. (Andrade, 2003, p. 99)

Especificamente no caso brasileiro, pontuou Camila Cardoso de Mello Prando não houve sequer um jogo de forças entre as garantias de direitos do indivíduo e a defesa social como no referencial europeu pois “*a retórica criminológica, consolidada antes da construção de um saber técnico dogmático penal, garantiu um lugar central à defesa social, constituindo o eixo da justificativa pela legalidade.*” (Prando, 2013, p. 16).

Outra peculiaridade apontada por Nilo Batista é a lentidão com que incorporamos princípios liberais de política criminal, especificamente os contornos liberais do próprio princípio da legalidade, devido a nossa profunda raiz positivista e a decorrente regularidade do arbítrio das agências do sistema penal que dela emana (Zaffaroni, Batista, Alagia, Slokar, 2010, p. p. 46).

Este ‘eixo de legitimação pela legalidade’ é também desmistificado por Rosa Maria Cardoso da Cunha ao concluir que desde sua origem a tipicidade repousa justamente sobre o princípio da legalidade e a doutrina dogmática é unânime em afirmar que a tipicidade é a categoria jurídico-penal racionalizadora do princípio da legalidade, em que pese esta ao derivar de suas exigências de segurança e serem a ele reconduzidas as categorias tipo-tipicidade permita a dogmática reconduzir todo o sistema da teoria do delito ao princípio da legalidade que passa a fundamentar, assim, indiretamente, toda a sua arquitetônica. (Cunha, 1979, p. 56/7)

Para a autora as significações jurídico-penais são forjadas mediante um processo associativo que recorre a elementos ausentes da escritura penal, em que pese apresentados como elementos internos, constituindo o princípio da legalidade uma das regras retóricas invocadas para obscurecer esse procedimento, como ‘condição retórica de sentido’.

Diversamente do que supõe a dogmática, a lei penal não cria as significações dos termos que utiliza: ela reproduz significações ditadas pelos códigos linguísticos e por múltiplos processos de interação social. Os sentidos das expressões legais estão linguística e praticamente (no sentido de práxis social) determinados (Cunha, 1979, p. 23).

O princípio da legalidade, assim, na verdade, não constitui garantia especial do cidadão em face do poder punitivo, não determina precisamente a esfera da ilicitude penal, não assegura a irretroatividade da lei penal, nem assegura a taxatividade das incriminações tampouco impede o emprego de analogia com normas incriminadoras ou impede a criação de normas penais com conceitos vagos e indeterminados. O princípio na verdade possui caráter retórico na medida em que ‘o sentido das palavras da lei penal não emana de sua letra ou dos limites de sua legislação escrita’. Assim reconhece a própria dogmática penal ao prever exceções legitimadas por discursos circulares, como a interpretação analógica e a remissão a elementos extrajurídicos, extraleais e até meta-jurídicos. O tipo não cumpre a função de garantia que promete.

#### **4 - CONCLUSÃO**

Os postulados liberais clássicos desde sua gênese convivem no Brasil com normas e práticas de exceção que não são problematizadas como tanto.

A omissão institucional histórica do sistema de justiça criminal quanto a dados de sua operacionalidade concreta também possui papel relevante nessa consolidação. Seja por deliberada conivência dos seus atores sob fundamentos preventivistas, seja pela ausência de estímulo à pesquisa empírica, a doutrina e jurisprudência pátria se desenvolveram e se desenvolvem à margem e recusando muitos dados de operacionalidade concreta.

Na linha epistemológica foucaultiana é esta dissociação cognitiva que garante a sobrevivência do discurso dogmático na medida em que potencializa e cumpre as funções sociais que lhe cabem na realidade social ao mesmo tempo em que traz inscrita uma potencialidade universalista que lhe dá a aparência necessária ao não questionamento.

A gênese histórica da dogmática penal, principalmente quando analisamos sua incorporação no Brasil deixa essa convivência muito clara na medida em que tanto a obra de Franz von Liszt quanto de Arturo Rocco são conciliadoras entre as teorias da ilustração e o positivismo criminológico. O discurso jurídico penal "liberal" não rompe com as práticas escravistas do regime colonial, mas as potencializa pela legitimidade do discurso que lhes nega enquanto dado a ser considerado pelo jurista.

Não obstante, desmistificar os dogmas em que incorre a dogmática penal não significa, de forma alguma, negá-la enquanto principal instrumento de que dispõe a doutrina para contenção do poder punitivo irracional, ilegal e inconstitucional.

Dispor de uma dogmática penal estruturada é a garantia de dispor de mecanismos precisos para que o poder punitivo permaneça sob controle.

A sistematização levada a cabo com a dogmática penal sempre pressupõe uma determinada concepção acerca da legitimidade do direito penal. Seus 'elementos legitimantes' (teoria da pena) condicionam seus 'elementos orientadores' (teoria do delito e da quantificação punitiva). (Zaffaroni, Batista, Alagia, Alokar, 2006, p. 72) Não é por acaso que as grandes reformas históricas da justiça criminal são associáveis a grandes mudanças políticas (Batista, 2004, p. 04), "*un discurso jurídico penal bien estructurado no es otra cosa que un programa político criminal elaborado con precisión pocas veces vista.*" (Zaffaroni, 2002, p. 199).

Para Juarez Tavares, a vinculação entre direito penal e ordem social serve tanto "*ao propósito de elevá-lo sobre uma base matéria*" quanto "*à rediscussão permanente de seus elementos, que só se legitimam se utilizados como delimitadores da intervenção estatal, antes de constituírem características de configuração dos respectivos delitos.*" (Tavares, 2009, p. 273/4). A dogmática crítica tem que questionar os parâmetros de legitimidade sobre os quais se assenta a repressão de forma a primordialmente "*encontrar critérios de garantia individual diante da intervenção punitiva estatal, e só depois disso preocupar-se em justificar a incriminação e a respectiva sanção.*" (Tavares, 1992, p. 76).

Para tanto, a questão da (im)possível neutralidade da dogmática em interpretações 'puras' da realidade e tradução legal dos 'anseios coletivos', principalmente identificada nos mitos já denunciados pela criminologia crítica, ganha mais que nunca urgência. Afinal, os efeitos práticos da política criminal hodierna devem estar necessariamente na pauta dos modelos dogmáticos, mesmo que não tenham como objetos diretos de investigação as violências institucionais e as estratégias punitivas de controle social.

Zaffaroni pontua que o confronto entre expansão e contenção é próprio da dogmática penal. O direito penal compõe-se de uma constante coexistência e luta entre o Estado de Direito

e o Estado de Polícia, ideais que se combinam através de medidas diversas e de modo instável e dinâmico, o último visando conservar e reforçar o poder vertical arbitrário em benefício, latente, de múltiplos propósitos e interesses (sociais, econômicos e políticos) sob o permanente argumento da ‘defesa social’/ ‘segurança pública’, e o primeiro procurando limitar e horizontalizar tal poder. À dogmática penal compete conter o Estado de Polícia que sobrevive dentro do Estado de Direito (Zaffaroni, Batista, Alagia, Alok, 2006, p. 95 et seq).

Sendo o ‘poder punitivo’ um ato de ‘poder’, sua legitimação, mesmo que intencionalmente limitada como pretendeu o liberalismo penal, “*tende sempre a romper qualquer limite, tendo em vista não ser nunca racional e só poder basear-se em racionalizações, as quais, na condição de falsas razões, estão propensas a encadear e varrer qualquer limitação ao poder.*” (Zaffaroni, Batista, Alagia, Alok, 2006, p. 550).

Guilherme Merolli sugere “*num esforço de captação infradialética da realidade como forma de consolidar uma dogmática crítica, aberta, dinâmica e dúctil*” ter-se a Constituição Federal e sua positivação de direitos e garantias (originários ou decorrentes da recepção de tratados internacionais de direitos humanos que compõem seu ‘bloco de constitucionalidade’), como *locus* hermenêutico da interpretação principiológica das demais normas do ordenamento jurídico, seja para ajustar o seu sentido a materialidade delineada no texto constitucional (‘interpretação conforme a constituição’), seja para atestar sua (im)compatibilidade material (‘declaração de inconstitucionalidade’). (Merolli, 2014, p. 211).

Portanto, ainda quando o legislador altere o dispositivo legal de forma a implicar uma radical transformação dos objetos da ciência jurídica, *a dogmática não pode perder seu rumo e deverá da mesma forma transformar sua metodologia para o efeito de assegurar a validade daqueles princípios fundamentais da pessoa humana*, seja como garantia de uma teoria democrática do delito editada em função da liberdade (Juarez Tavares), minimalista (Alessandro Barata), funcional redutora (Eugênio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista) ou ‘garantista criminologicamente fundamentada’ (Vera Andrade).

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003

\_\_\_\_\_. **Dogmática Jurídica. Escopo de sua configuração e identidade**. 2.ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado Editora, 2003

\_\_\_\_\_. **Flagrando a ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica: que garantismo é possível do compasso criminologia - penalismo crítico?** Disponível em: [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/flagrando\\_a\\_ambiguidade\\_da\\_dogmatica.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/flagrando_a_ambiguidade_da_dogmatica.pdf) Acesso em 03 jan.2013

\_\_\_\_\_. Da recepção da Criminologia Crítica na América Latina e no Brasil à construção da(s) Criminologia(s) Crítica(s) Latino-Americana(s) e Brasileira(s): em busca da Latinidade Criminológica. In **Pelas mãos da criminologia. O controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan;ICC, 2012, p. 96-7 (Col. Pens. Criminológico 19)

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal. El Delito**. 5.ed. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1992. Tomo III.

BARATA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Tradução de Juarez C. dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002

\_\_\_\_\_. Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 2, nº 5, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 5-24

\_\_\_\_\_. Criminologia e dogmática penal: passado e futuro do modelo integral da ciência penal. In **Revista de Direito Penal**. N. 31. Rio de Janeiro, 1981, p. 7-10

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BEIRAS, Iñaki Rivera. **Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y Nuevas racionalidades punitivas**. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005.

BINDER, Alberto M. Relaciones entre la dogmática penal y la política criminal. In: CÓPPOLA, Patricia (Comp.). **Derechos fundamentales y derecho penal**. Córdoba: INECIP, 2006.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005 (Col. Pensamento Criminológico, v. 10)

\_\_\_\_\_. **O triunfo de Lewis Carroll**. In: A NOVA criminologia latino-americana. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2000

CONDE, Francisco Muñoz. La herencia de Franz Von Liszt. In **Revista Penal México, n. 2**, jul./dez.2011. Disponível em:

<https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/123/120> Acesso em: 27/01/2024

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre- RS: Ed. Síntese, 1979

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal. O criminoso e o crime**. (1928) Tradução de Paolo Capitanio. 2.ed. Campinas, Bookseller, 2003

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete, 36.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009

HUNGRIA, Nelson. **Novas questões jurídico penais**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito Ltda., 1945, p. 6-7.

LISZT, Franz Von. **La Idea de Fin en el Derecho Penal**. (1883) Trad. de Enrique A. G. México: Universidad Nac. Autónoma de México; Universidad de Valparaíso de Chile, 1994, p. 67 (Coleção Juristas Perennes)

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal Alemão. Tomo I**. (1899) Tradução e comentários de José H. Duarte Pereira. Atual. e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2003

LYRA FILHO, Roberto. **Criminologia dialética**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997 (Série Arquivos do Ministério da Justiça.);

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal. Dos Princípios Penais de Garantia**. 2.ed., São Paulo, Editora Atlas S.A., 2014

NINO, Carlos Santiago. **Consideraciones sobre la dogmática jurídica**. México: Universidad Nac. Autónoma de México. 1989

OLMO, Rosa Del. A América Latina e sua Criminologia. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004 (Col. Pensamento Criminológico, v.9)

PEREIRA, José Hygino Duarte. **Préfacio** In LISZT, F. V. Tratado de Direito Penal Alemão. Tomo I. (1899) Trad. e coment. José H. D. Pereira. Atual. e notas Ricardo R. Gama. Campinas: Russel Editores, 2003

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal - O debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940)**. Rio de Janeiro: Revan, 2013

RIVACOBBA, Manuel de R. e. Introdução. In LISZT, Franz Von. **La Idea de Fin en el Derecho Penal**. (1883) Trad. de Enrique A. G. México: Universidad Nac. Autónoma de México; Universidad de Valparaíso de Chile, 1994, p. 67 (Coleção Juristas Perennes)

ROCCO, Arturo. **El problema y el metodo de la ciencia del derecho penal** Tradução por Rodrigo Naranjo Vallejo. Bogotá: Temis, 1982, p 3-6;

\_\_\_\_\_. **El Objeto del delito y de la tutela jurídica penal. Contribución a las teorías generales del delito y de la pena**. (1913) Trad. de Gerónimo S. Buenos Aires-Montevideo: Editorial BdeF, 2013 (Col. Maestros del Derecho Penal);

- \_\_\_\_\_. Sobre el Concepto del Derecho Penal Objetivo. In: **Cinco Estudios sobre Derecho Penal**. Trad. de Bernardo Nespral. Montevideo - Buenos Aires: B de f - Euros, 2003
- TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora RT, 1992, p. 80)
- \_\_\_\_\_. **Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência**, in Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro: Revan, 2012
- \_\_\_\_\_. Teoria do Crime Culposos. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminologia: Aproximación desde un Margen**. Bogotá: Temis, 1988
- \_\_\_\_\_. Política y Dogmática jurídico penal. In. **Direito e Democracia**, v.3, n.1, 2002, p. 447-467
- \_\_\_\_\_. **Descolonização e poder punitivo**. Disponível em <http://www.iesla.com.br/artigo/descolonizacao-e-poder-punitivo/> Acesso em 20.06.2014
- \_\_\_\_\_. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006
- \_\_\_\_\_. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro, segundo volume: Teoria do Delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2010