

# METODOLOGIA DA DOGMÁTICA PENAL

Tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade: eis as palavras mágicas de que se serve habitualmente o penalista na apresentação da estrutura jurídica do crime, do ponto de vista analítico-formal. Quer dizer, na tarefa de análise do delito, ele acaba descobrindo os elementos que existiriam sempre enquanto forma, idéia ou essência, independentemente de conteúdo ético-social.

Essa maneira de encarar o crime, nada obstante, só encontra justificativa como simples processo de comunicação do pensamento, ligada, obviamente, a unilateral proposição teórica, de prévia dogmatização de conceitos, não tem o poder de antepor-se à realidade que procura desvendar. É que o crime, como realidade jurídica, não se revela por métodos puramente racionais, de lógica abstraía. Pelo contrário, se forma e se concretiza historicamente, no contexto das interações humanas. Exige assim de seu intérprete uma certa submissão intelectual, em termos de constatação empírica, objetiva, inconfundível com eventual juízo de valor que vier a ser acrescentado.

Examinemos, como exemplo, a própria **tipicidade**.

## **1. Tipicidade**

O que é tipicidade? Inútil procurar a resposta nos dicionários especializados, nos livros de doutrina, nos repertórios de jurisprudência. Ninguém sabe o que é tipicidade. E por quê? Porque

tipicidade, à semelhança de tantas outras, não passa de expressão lingüística destituída de significado intrínseco. O significado de uma palavra, se for o caso, nasce com quem a pronuncia em primeiro lugar. E muda no minuto seguinte, por ato de vontade do interlocutor. Nada impede, é claro, que surja um certo consenso em torno dos enunciados, detalhe que ape-nas reforça a tese da origem arbitrária dos conceitos, significados e definições.

Inútil igualmente procurar a resposta no mundo das idéias platônicas, ou no âmago da própria mente, por via introspectiva. Esses caminhos não conduzem a nada, porque conduzem a tudo: cada um de nós encontraria, por certo, a sua própria resposta, nem sempre coincidente com a resposta de terceiros. E não vale o conhecido recurso ao argumento de autoridade, no deslinde da questão, ainda mais que as "autoridades" andam falando línguas muito diferentes.

Em suma: o vocabulário técnico dos penalistas é útil, no máximo, como instrumento de comunicação recíproca, notadamente quando evocativo de conceitos de enorme carga sintética ou de fácil manipulação. Não serve, em absoluto, como conceito prévio, inscrito em algum código sobrenatural, inacessível à maioria dos mortais. Mais ainda: nesta perspecti-va, se mostra incapaz de retransmitir qualquer estrutura do crime, a qual, se existe, participa dialeticamente do mundo fático, ou fático-normativo, da vivência e convivência dos homens.

## **2. Revisão Metodológica**

Há, pois, que deslocar-se, de modo radical, no plano metodológico, o centro de atenção do penalista. Não lhe compete, por impossível, arrancar das palavras sentidos ontológicos que no fundo, isto sim, lhes são forneci-dos pela vontade final de quem se encontra, eventualmente, no exercício do poder de ação, ou de decisão. Não lhe cabe esboçar teorias dogmáticas substitutivas da realidade jurídica desagradável a seus olhos. Ao reverso, cumpre-lhe tomar essa realidade como objeto de suas reflexões e, em conseqü-ência, alargar seus próprios horizontes de conhecimento na diversificação e alternância de enfoques explicativos dessa mesma realidade. A começar, por exemplo, pela realidade histórica do sistema legal em vigor.

Trata-se de um bom começo, diante de seu indiscutível prestígio ideológico. Além disso, elimina-se o insolúvel/problema do significado das palavras. Estas, agora, fariam parte de um sistema empírico de significações arbitrárias mas identificáveis historicamente, no tempo e no espaço.

Com efeito, o legislador, e mais ninguém, seria o dono de seu sistema. Tipo, dolo, pena, prescrição, decadência, atenuantes, agravantes, primariedade, livramento condicional: como as demais, seriam expressões que se fazem acompanhar, no contexto legislado, de sentido próprio, a ser desco-berto pelo intérprete. Até mesmo o conceito de ação, na teoria do crime, se resolveria nesse plano meramente normativo, em contraposição aos que buscam ontologias nos confins da Via Láctea, como se passa ainda hoje com os incautos propagadores da teoria da ação finalista.

Sem dúvida, portanto, um bom começo. Mas começo provisorio. O sistema legal, enquanto projeto de direito, carece efetivamente de operadores que, de alguma forma, jamais se afastam de si mesmos, de sua pessoal e insubstituível capacidade de compreensão e valoração dos fenômenos.

Vejamos, por exemplo, a legítima defesa. Percebe-se com facilidade que o legislador não a definiu. Fornece-lhe apenas contornos gerais. Em que consiste o "uso moderado dos meios necessários" à repulsa? O que é "agressão"? O que é agressão "injusta"? Agressão "atual"? Agressão "iminente"? Ainda que outros dispositivos legais possam ser chamados à colação, o conteúdo da legítima defesa acaba transferido, em última instância, para o grupo social. Este, mesmo que não o saiba, se faz legislador. Legislador efetivo, real, insofismável, na medida em que forja ou aceita as ideologias valorativas subjacentes à sua própria atuação.

Legislador, aliás, em todas as outras matérias de direito penal, comezinhas ou relevantes: estado de necessidade, cumprimento do dever, exercício de direito, coação irresistível, obediência hierárquica, imprudência, negligência, imperícia, concurso material e concurso formal de crimes, crime continuado, consumação, tentativa, arrependimento eficaz... Um legislador, bem se vê, tantas vezes incongruente: através de seus intérpretes - magistrados e demais operadores do direito, no mais amplo sentido da palavra - ele aciona, ou não, os dispositivos legais e constitucionais em vigor; facilita ou imobiliza a ação administrativa, fornecendo ou sonegando informações; condena ou absolve os acusados, sem embargo da identidade-de das situações sob julgamento; aceita ou renega, dentro de suas possibilidades, direitos que sempre constrói ou reconstrói em seu próprio gesto de opção mais ou menos consciente e refletida.

Daí dizer-se que o direito, em seu todo, ainda não se libertou do sim e do **não** configuradores, por sinal, de sua essência.

### 3. Contradições Sociais

No estágio atual da civilização ainda permanecem as contradições sociais no comando da **juridicidade-injuridicidade** das ações humanas. E a verdade é que lei, ideologia e intérprete se sobrepoem dialeticamente à unilateralidade das visões dogmáticas, inconsistentes e reacionárias.

Paradoxalmente, porém, o crime não está na lei, nem no grupo social, nem no magistrado. O crime, do ponto de vista jurídico, apenas implica a interação desses agentes e fatores para uma eventual escolha ou opção, em função do grau de liberdade - física e psicológica - reciprocamente desfrutado. Liberdade que, à sombra exatamente dessas contradições, conduz ao disparate do crime-não crime, dialeticamente nivelados. O delito e a pena se inserem no contexto bem mais amplo das lutas, aspirações e interesses humanos concretos do direito de cada dia. Leis e ideologias, por isto mesmo, na aparência de suportes retóricos, podem apenas refletir ou esconder a impositividade factual, mas legiferante, da vontade do mais forte.

Emergem assim do exame da realidade jurídico-penal fatores outros, e preponderantes, que não aqueles que se preocupam ainda hoje penalistas de escol. Lei, ideologia, intérprete; ação, vontade, liberdade: estas palavras contêm mais verdades que as invencionices teóricas de dogmas e simesmos, inconscientemente, na priorização do supérfluo.

De nada vale dissecar o crime, em sua anatomia, através de artifícios analíticos que terminam ganhando foros de cientificidade pueril, ilógica, inconsequente. Ciência é conhecimento. Conhecimento de alguma coisa necessariamente diversa dos instrumentos racionais e operacionais utilizados no processo. Assim, quando se redefine o crime à custa da inspiração divina, dos ditames da reta razão ou, como ocorre atualmente, da verdade ontológica de sua estrutura, se desvia o curso dos acontecimentos à maneira dos mágicos de fraque e cartola.

Consultem-se os compêndios de direito penal. A pretexto de modernidade, confinam o dolo no tipo, depois de previamente amputado; emagrecem a culpabilidade, ou lhe cassam os direitos; exorcizam o dolo específico; canonizam o tipo subjetivo, e assim por diante. No entanto, nada muda. O crime jamais dependeu, para subsistir, da elegância ou deselegância "técnica" com que o enxergam os penalistas de plan-tão.

#### **4. Em Síntese**

Lei, ideologia e intérprete, interligados dialeticamente, é que determinam, como fontes primárias, a juridicidade das ações humanas. Por outro lado, se o produto dessa dinâmica depende, de certo modo, das motivações valorativas e do grau de liberdade dessas fontes - vontade e liberdade de ação - é claro que o direito penal, enquanto ciência, necessita do sopro renovador de metodologia mais abrangente compatível com seu objeto e, pois, com sua revigorada visão teórica.