

ESTRUTURA JURÍDICA DO CRIME

João José Caledira Bastos
Professor do CPGD- UFSC

Muitos penalistas brasileiros, à semelhança do que se passa, de modo particular, na Alemanha Ocidental, continuam preocupados com a estrutura jurídica do crime. Com uma desvantagem: ausência total de originalidade.

Consuma-se, de qualquer forma, o delito maior da subserviência metodológica numa área de estudos comprovadamente inútil, pedante e reacionária, ainda que se afirme o contrário, por motivos óbvios.

Examinemos o assunto com mais detalhes.

1. Preservação do folclore

Que os juristas alemães percam tempo com tanta futilidade não deixa de ser compreensível, vítimas que são do ambiente cultural respirado nos últimos séculos. Dificilmente o penalista germânico se libertará da convicção de que se encontra historicamente destinado a desvendar o falso enigma da anatomia jurídica do crime e da pena. Dir-se-ia que persistem, nele, as ilusões de uma vocação filosófica dirigida à perquirição cada vez mais profunda dos átomos e essências do “jurídico”, temporariamente escondidos à percepção humana. E

ele então vai à luta, dissecando a seu modo a mosca azul de Machado de Assis, sem que a veja fragmentada e morta, já que trabalha com a força da fé e o vigor da clarividência introspectiva. E escreve livros, artigos, conferências, distinguindo e subdistinguindo; consertando aqui, retocando ali, dinamitando mais abaixo, sob protestos ou aplausos de colegas que retornam ao tema com novas distinções, acréscimos e adendos. E não há mal nenhum, naquelas plagas, haja vista uma organização social e política que permite e estimula esses jogos e charadas de adultos altamente intelectualizados, de quem não se espera que, de repente, comecem a plantar batata.

Não, o folclore precisa ser preservado e, depois, as coisas não ocorreriam como ocorrem se inexistisse uma camada maior de penalistas menos letrados que se encarregasse de segurar o andor desses modernos alquimistas do direito criminal.

2 . Tentativa de transplante

Como seria de esperar-se, a procissão chegou até nós, com muita pompa e muito alarde. Aí estão esses escritos bizantinos definitivamente incorporados aos hábitos antipedagógicos da elite jurídico-penal brasileira. Os autores foram procurar no estrangeiro exatamente o oposto do que deveria procurar-se, ou seja, foram buscar a mentira,

o engodo, a encenação, a aparência, a falsa cultura.

E querem repassar o embuste a todos nós, estudantes e estudiosos do direito penal, numa tentativa de uniformização dogmática fadada, no entanto, ao insucesso. É que o estômago não resiste, começa a reagir, a rejeitar, mormente quando o cérebro confirma, a cada passo, o descabro das proposições.

3. Mitologia sofisticada

Está tudo errado, completamente errado, nessas premissas estratosféricas de explicação jurídica do delito. Age-

se como se existisse, efetivamente, um conceito universal de crime, superior às contingências históricas do mundo temporal. Elimina-se a realidade vivida, reputado ilusória, para trabalhar-se com o mundo sobrenatural das revelações primeiras, conformadoras do **ser** ou **essência** do delito.

“No começo era a ação”, diriam os novos sacerdotes, “a ação intrinsecamente finalista”. Tudo o mais é consequência: forma-se, aos poucos, um sólido edifício lógico-estrutural, enxertado inclusive de conteúdo, a impor-se por si mesmo ao jurista e ao próprio legislador. Mas como isso levou tempo, e é preciso ser fiel à história, tem-se ainda de engolir a pesada massa de informações acerca do caminho percorrido, através do exame das contribuições e retificações apartadas por um número infinito de zelosos construtores de labirintos.

Quem quiser ser penalista, no Brasil, precisa agora estudar mitologia sofisticada, inconfundível com as noções de direito penal exauridas no foro ou fermentadas em praça pública. O mito se impõe aos fatos, à realidade ético-social. Uma coisa, então, é ser penalista, que convive com a sabedoria; outra coisa é labutar como advogado, promotor ou juiz, meros executores das instruções e descobertas dos que fingem pertencer ao Olimpo das idéias jurídicas.

4. Deuses de barro

Prefiro a insensatez da dissonância. A mais consciente imprudência me induz a repelir esse distanciamento funcional que alcança as raias do absurdo. Recuso-me a lecionar o mito, nas universidades, quando os tribunais me prendem ao solo, de onde nasce, afinal, o direito.

O delito se define por ele mesmo, sempre a partir de uma teoria, e a melhor teoria é aquela que se aproxima da realidade histórico-social do objeto questionado? Teoria e prática se implicam de uma tal forma no campo jurídico-penal que até não mais se concebe a menor tentativa de enfoque parcelado, à guisa de análise. É o todo que carece de ser analisado, para que não se perca de vista aquele momento crí-

tico de intercomunicação recíproca de fatores e elementos, em perpétua dinamicidade unitária e autotransformadora. Os fatos sociais, com sua enorme carga valorativa, participam do delito como o sol participa do movimento dos planetas. A propósito, elimine-se o sol da vida dos planetas e se verá que não serão apenas estes que sentirão os efeitos do repentino cataclisma gravitacional das esferas celestes inseridas na Via Láctea.

O delito não existe sem o fato social que lhe regula ciberneticamente o rumo a ser alcançado, por via de alterações de sentido geradoras de novas formas e matizes. Deve ser definido por seu conteúdo, nos limites de sua própria efemeridade factual e contraditória, ao invés de ser aprisionado pelo método esquizofrênico de certas filosofias ontológicas ou essencialistas.

O delito e suas circunstâncias, historicamente condicionadas, não se amoldam a figurinos estanques desenhados por uma natureza intrínseca, como se nascessem de um mesmo e único ovo, idêntico a si próprio. Os milhões de anos de vida sobre a terra atestam exatamente o contrário. Não se há de construir o presente com dispensa dos materiais que lhe, servem de sustentáculo.

Sem a empiricidade dos fatos, potenciais ou consumados, não vale nenhuma teoria, se procura uma verdade ontológica. Fora dos fatos qualquer teoria tem valor, pois se alimenta de si mesma, de seu próprio enunciado unilateral. É **dolo** o que for como tal predeterminado. É culpa o que se encaixa no conceito inventado de culpa.

Os elementos do crime cabem no canto mágico da imaginação criadora de todo ser vivente, por menos culto que pareça. E assim por diante. Sob esse aspecto, ninguém pode ser contestado, na teoria do crime. A não ser que se queira endeusá-lo, como se procede com relação a certos juristas: deuses de barro que devem rir, às escondidas, de seus inocentes fiéis servidores.

5. HERANÇA SOCIAL

O estudo do crime, em suma, se mostra inseparável do estudo do direito e, pois, de toda uma estrutura política, social e econômica, delimitada no tempo e no espaço. O crime em si, como simples idéia, desligado do homem e da história, afastado das leis e dos costumes, constitui, aliás, uma impossibilidade lógica. É que ele implica, por definição, um juízo negativo de valor que só pode ser emitido e vivenciado pelo próprio homem.

A propósito, religião e pecado, correlatos de direito e delito, carecem igualmente da mesma necessidade lógica. Em princípio, é o homem que se volta para Deus. Nessa busca, serve-se dos meios de que dispõe, segundo a cultura de seu tempo e as potencialidades de seu psiquismo. O pecado, como juízo negativo de valor, exige também a presença inventiva do homem, em termos de emissão e vivência. Não fora assim, aniquilaríamos todas as religiões e todos os pecados e, por extensão, todos os direitos e todos os crimes, sob os olhares compassivos de um Deus que os quis, até agora, diversificados. A idéia pura de crime, de pecado, de direito e de religião, dentre tantas outras, reclamaria a nossa própria extinção física e mental, como se jamais tivéssemos existido. É sobrecarga demais para a visão empírico-racionalista de nossos dias, de que não abdicó.

Em verdade, herdamos o crime como quem herda uma linguagem, ou seja, herdamos o que não pedimos. E quando nos damos conta da herança, servimo-nos dela para eventualmente repudiá-la, se for o caso.

O crime, fenômeno social por excelência, já o encontramos delimitado. Configura-o quem nos antecede no **poder**. obra coletiva, supera o jurista de gabinete, assim como derrota, a seu tempo, o mais vitorioso dos déspotas. No fundo, não possui nenhuma estrutura, a menos que ela seja transferida ao próprio conteúdo, refratário, no entanto, à mais sofisticada de toda e qualquer teorização formal. Não há crime

sem direito e este, como fato objetivamente normativo, dinamita na base as definições idealistas, alimentadas, como sempre, de aéreas premissas lógico-rationais. Seu valor depende, então, da força expansiva desses gases, em função do prestígio de quem os lança no mercado.

6. PREMISSA DO CRIME

Ora, a premissa do crime é o fato social. Não é a tipicidade, nem a injuricidade, nem a culpabilidade. O crime já existia, na face da terra, antes que essas expressões fossem inventadas. Povos cultos e civilizados, mesmo nos dias de hoje, conseguem fabricar seus delitos sem que seus mais eminentes dogmas sequer conheçam o significado nuclear dessas mágicas palavras do moderno direito penal. Nem mesmo nós, no Brasil, eméritos copistas, nos últimos decênios, das elucubrações fantasiosas de divertidos penalistas alemães (com qual deles estaremos, nos próximos anos?), chegamos a nos entender no assunto, o que não é de causar espanto. As palavras, afinal, significam o que se espera que elas signifiquem, seja para quem fala, seja para quem escuta. Ninguém escapa à tentação (para evitar-se o termo incompetência) de acrescentar seu condimento preferido, na retransmissão da receita. Um condimento que se pretende coincidente com a norma legislada ou com os princípios avançados de justiça e equidade.

A premissa do crime é o fato social porque é este que sintetiza a tipicidade, a antijuricidade e a culpabilidade, sem que a recíproca se mostre verdadeira. É o fato social que controla e catalisa a punibilidade, marca registrada do crime ou delito. Fato social, ou seja: atitude, comportamento ou realidade intrinsecamente cativos ou persuasivos na vida de relação dos indivíduos.

Como fenômeno jurídico (ou antijurídico, pouco importa), depende o crime, para subsistir, da resistência que lhe opõe a ordem social estabelecida. Matar índios é crime entre os índios, mormente se pertencem à mesma tribo. Matar

índios é serviço à comunidade no período de implantação e expansão de colônias européias no Novo Mundo. Haveria seqüestro, entre nós, na confinção forçada de dissidente político em hospital psiquiátrico? Na U. R. S. S., ao que parece, a resposta seria diferente, como diferentes seriam as milhares de respostas a situações que apenas variam em razão de hora, lugar, protagonista e intérprete.

Verdades tão banais se relegam todavia a segundo plano, nos compêndios de direito penal, ou se reputam reservadas à pesquisa histórico-sociológica. Descobre-se que ao penalista cabe penetrar na estrutura ou essência jurídica do crime, auxiliado, ou não, pelo legislador. É assim que figuras como o estado de necessidade, legítima defesa, exercício de direito e cumprimento do dever ganham ares de autonomia ontológica perante os fatos do homem, os mesmos fatos que lhes fornecem, nada obstante, a mais concreta e tangível juridicidade ocasional. No arranha-céu dos dogmas até o vazio das paredes se transforma em estrutura. E como ele é invisível, resiste com altivez camaleonesca às mais disparatadas transformações da sociedade e do indivíduo, desde tempos imemoriais.

7. LÓGICA DO CONTEÚDO

A própria teoria finalista da ação, tão em moda na dogmática jurídico-penal, não passa de mais um engodo metafísico ofertado e aceito por quem parece desconhecer que ela se aplica em qualquer época e sob qualquer regime político, por mais despótico e cruel, porquanto destituída de conteúdo e desvinculada de fundamento ético transcendental. Nos tempos do Império, por exemplo, ao invés de combater a escravidão, no Brasil, justificaria dogmaticamente a condenação de quem prestasse fuga a um escravo. O auxílio à fuga, voluntário e finalista, esgotaria os limites de sua piedosa formulação.

Toda teoria jurídica vale por si mesma, na razão direta de seu egocentrismo, de sua autocontemplação, de sua esté-

ril fecundidade, sempre igual a si própria, repetitiva e cansativa no eco monótono de seu enunciado unilateral. O que conta, no direito, não é a forma nem a idéia, e sim, a forma e a idéia que se fizeram acompanhar de atitudes efetivamente tomadas pelo homem e pela sociedade, na senda e ao longo da história.

A história do direito penal, de sua parte, tem dispensado a teoria finalista da ação e pode, ainda, continuar sem ela. Os homens que constroem o direito - os homens e os grupos sociais, as sociedades e as nações - necessitam igualmente de espírito crítico para perceber a importância e a preponderância de valores mais elevados, inteiramente libertos, nessa autoconsciência, de um simples “fazer de conta” manipulador de vontades frágeis e inteligências imaturas. Não é com mentiras ou enganos, destruidores, justamente, desse espírito crítico, que se reconstruirá para melhor a correta visão do direito penal, camuflada em nossos dias pela busca de maior “tecnicidade” na conformação estrutural do crime e da pena.

Na lógica do direito o conteúdo prevalece, altaneiro, sobre a forma, ou deveria prevalecer, quando equacionado com retidão. Os apelos da sociedade estão aí, para quem quiser ouvi-los; o homem do povo continua por perto, mostrando pelo avesso os desacertos de legislações arbitrárias e auto-suficientes; fervilham ainda os fermentos da incompreensão, da indiferença e do comodismo.

Por outro lado, a pluralidade do fenômeno jurídico-penal requer um posicionamento realista que nos convide a refletir sobre nossas próprias potencialidades, no que tange à mudança. Também o penalista precisa conscientizar-se da necessidade de um enfoque crítico-sociológico do direito, capaz de redespertá-lo do marasmo do idealismo jusnaturalista e do positivismo legal, hauridos que são em fontes ilusórias. E a constatação empírica e realista de um direito penal essencialmente contraditório está a implicar uma corres-

pondente revisão metodológica em termos de apreensão, estudo e retransmissão acadêmica, inclusive no que concerne à essência do delito e finalidade da pena.

8. REVERSÃO DOS PAPÉIS

O penalista que se preocupa, ainda, com a estrutura jurídica do crime, nos moldes preconizados pela dogmática germânica, presta um desserviço a seu País na medida em que afasta os mais jovens de importantes questões convergentes de natureza ético-social. Assume, ao contrário, postura relevante ao advogar a preeminência destas últimas, em que se inclui a dogmática do consenso, postulada no entrechoque das idéias e praticada efetivamente no interminável processo de busca e procura de uma verdade inatingível no seu todo.

O crime ultrapassa o penalista. Reconhecer essa evidência somente incomoda a quem se habituou às próprias ilusões e teme enfrentar a possível dispersão de uma platéia convencida, enfim, da reversão dos papéis, no verdadeiro e único espetáculo da vida.