

# Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro

*Vera Regina Pereira de Andrade\**

**Sumário:** Introdução; 1. A Dogmática Penal como paradigma da modernidade; 2. Matrizes da Dogmática Penal; 2.1. Matriz mediata: o Iluminismo liberal; 2.2. Matriz imediata: o Tecnicismo Jurídico; 3. Modelos fundacionais da Dogmática Penal: quem entrou para a história?; 3.1. O modelo de Ciência Penal de Karl BINDING; 3.2. O modelo de Ciência Penal e de Ciência Integral (global, universal, total, ou conjunta) do Direito Penal de Franz Von LISZT – A Escola Sociológica Alemã; 3.3. A Escola Técnico-Jurídica e o modelo de Ciência Penal de Arturo ROCCO; 3.4. A auto-imagem da Dogmática Penal como um paradigma: o retrato do casamento do cientificismo com o garantismo; 4 O garantismo e a promessa de segurança jurídica na trilha do Direito Penal do fato; 5. A Dogmática como conceito e paradigma histórico: saber e poder; 6. A Dogmática como ciência do controle penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro. Referências.

**Resumo:** Tratamos, neste artigo, da construção e identidade da Dogmática Penal enquanto paradigma de Ciência Penal dominante na modernidade. E o fazemos através de três passos, a saber: demarcando suas matrizes e modelos fundacionais (num primeiro momento em nível do saber e, num segundo momento, em nível da relação saber-poder); demarcando o que é a Dogmática Penal desde sua auto-imagem (desde uma escuta à voz dos penalistas que protagonizam e compartilham seu paradigma) para, ao final, problematizá-la em nível funcional, apontando a contradição entre suas funções declaradas (garantismo prometido) e as funções realmente cumpridas na modernidade (garantismo prisioneiro). A Dogmática aparece, nesta perspectiva, como um protagonismo decisivo no processo de instrumentalização e legitimação do controle penal moderno e da ordem social que ele co-constitui.

**Palavras-chaves:** Paradigma; Modernidade; Dogmática Penal; Sistema Penal; Controle Social e Penal; Iluminismo; Classicismo; Tecnicismo jurídico-penal; Criminologia Crítica.

**Abstract:** This article deals with the construction and identity of the Penal Dogmatic, as a paradigm of the Penal Science, dominant in modernity. This is done in three steps: delineating their origins and foundational models (at a first moment at the level of knowledge and, in a second, in a knowledge power moment) determining what is Penal Dogmatic, since its self image (since a listening to a voice of penalists whom have carried out and shared their paradigm), to, at the end, transform it into a problem at a functional level, pointing out the contradictions between the declared functions (promise guarantism) and the real functions promised in modernity (prison guarantism). The Dogmatic appears, in this perspective, as a decisive carry out in the process of instrumentalizing and legitimating of the modern penal control, and of the social order, which it constructed.

**Keywords:** Paradigm; Modernity; Penal Dogmatic; Penal System; Social and Penal Control; Illuminism, Classicism; Judicial-penal Technicism; Critical Criminology.

---

\* Mestre e Doutora em Direito. Pós-Doutora em Direito Penal e Criminologia. Professora nos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da UFSC.

## Introdução

A duradoura convivência histórica entre, por um lado, um excesso de ensino e prática do Direito baseados na Dogmática Jurídica e, por outro, um déficit expressivo de esclarecimentos a seu respeito, mediados por um entrecruzamento de discursos, ora satanizadores, ora glorificadores da Dogmática, motivou (na condição de professora da disciplina em nível de Graduação e Pós-Graduação) nossa pesquisa de doutoramento, posteriormente consubstanciada em dois livros.<sup>1</sup>

E isso porque a Dogmática Jurídica, sendo um paradigma secular de Ciência do Direito e, nessa condição, secularmente reproduzida como base teórica e ideológica da educação e da prática jurídicas, formando sucessivas gerações de juristas e embasando gerações de decisões legislativas (produção de normas) e judiciais (produção de sentenças, acórdãos, petições, denúncias), convive, paradoxalmente, com um profundo déficit de teorizações sobre *qual é* sua origem, o que é (identidade) e como funciona.

Quanto ao primeiro interrogante, pode afirmar-se que – sem indagar sobre as origens, os alicerces e a construção da casa – podemos lidar com heranças e até memórias e lembranças, mas seguramente perdemos a história.

É de fundamental importância, pois, revisitar a historicidade do paradigma, eis que oportuniza, precisamente, o resgate do que aqueles déficit nos furtam.

Dada, entretanto, a extrema complexidade de fazê-lo, não se cogita, nos limites deste artigo, de “contar a história de”, restando, como metodologia adequada, uma indicação de caminhos, rotas, roteiros para sua compreensão. Assim, demarcaremos as matrizes e modelos fundacionais na construção da Dogmática Penal (num primeiro momento em nível do saber e, num segundo momento, em nível da relação saber-poder) para, ao final, problematizar sua funcionalidade; passos mediados pela demarcação do que é a Dogmática desde a sua auto-imagem, desde uma escuta à voz dos penalistas que protagonizam e compartilham seu paradigma.

De outra parte, buscar um saber no passado implica uma reconstrução, e quem reconstrói o faz aos olhos de uma lupa, na qual vai implícita uma visão da história e uma atitude metodológica: nem o saber se apresenta como dado objetivo, ontológico, que se possa desvendar na essência, nem podemos convertê-lo em estória, mero subjetivismo. Tampouco o saber se apresenta como uma evolução progressiva da barbárie à civilização, das trevas às luzes, culminando com o gozo da

---

<sup>1</sup> *A Ilusão de Segurança Jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, 2. ed., e *Dogmática Jurídica*: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, 2. ed. A tais obras remetemos o leitor para uma melhor fundamentação da argumentação aqui desenvolvida.

ciência, como seria o protótipo da Dogmática. Tais bipolaridades, mais do que timoneiros idôneos para a navegação além-mar, são armadilhas de pirataria.

O saber é sempre histórico, contextual e processual, movimentado pelas demandas – muitas vezes contraditórias, do contexto em que é produzido e sobre o qual exerce sua permanente ação de retorno (relação entre saber e poder, teoria e empiria). É, portanto, resultado da interação entre sujeito e objeto de conhecimento. E isto é precisamente visível no caso em questão.

## 1 A Dogmática Penal como paradigma da modernidade

A Dogmática Penal é um dos desdobramentos disciplinares da Dogmática Jurídica (que deita raízes na Escola histórica, como Dogmática do Direito privado) e, como tal, é o modelo de Ciência do Direito Penal que se consolidou desde finais do século XIX na Europa ocidental (especialmente desde Alemanha e Itália) e se transnacionalizou,<sup>2</sup> sendo posteriormente recebido em outros Estados da Europa continental (Espanha, Portugal, Grécia, Holanda...) e da América Latina (Brasil, Argentina, Costa Rica, Peru, Venezuela...) e assumindo então o estatuto de um paradigma<sup>3</sup>, com uma marcada vigência histórica<sup>4</sup> no centro e na periferia da modernidade – o que aponta para um potencial universalista do paradigma que lhe permite funcionar contextualizadamente e fora do lugar de origem. No Brasil é recepcionado pela comunidade de penalistas desde as primeiras décadas do século XX, por influência principalmente de Arturo Rocco e Vincenzo Manzini, e, por con-

---

<sup>2</sup> Nesse sentido, Hans WELZEL (1974, p.9) destaca a difusão espaço-temporal que o paradigma logo alcançou: “A dogmática, aprimorada na Alemanha, [...] foi acolhida, com fundadas razões, em muitos sistemas jurídicos estrangeiros: na Grécia, Itália, Espanha, Portugal, América do Sul, Japão, Coreia, sem falar na Áustria e Suíça. E sistemas jurídicos que ignoravam esta dogmática, empenharam-se em aproximar-se dela, por exemplo, os Estados Unidos da América do Norte”.

<sup>3</sup> Um paradigma, conceito central no âmbito da teoria das revoluções científicas de Thomas KUHN (1979, p.219) “é aquilo que os membros de uma comunidade científica partilham. E, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que compartilham um paradigma”.

<sup>4</sup> A vigência que se estende, explicita-se, da comunidade científica, no sentido à aplicação do Direito (Judiciário), passando pela sua criação (Legislativo) e ensino (Escolas), sendo possível identificar três âmbitos de vigência e funcionalidade da Dogmática Penal: 1) como matriz dominante da educação jurídica, exercendo, através dos professores, uma função pedagógica; 2) como matriz da criação e reforma de leis penais, exercendo, através de estudos e comissões de juristas, e, através dos legisladores, uma função político-criminal de orientação das decisões legislativas; e 3) uma declarada função racionalizadora das decisões judiciais, precisamente a que constitui objeto de análise e problematização aqui, tendo por referência a vigência regular da Dogmática no marco ao qual seu próprio discurso se vincula: a normalidade da vigência do Estado de Direito, pois os regimes de exceção, sejam os fascismos, nazismos ou ditaduras européias e latino-americanas, colocaram a vigência da Dogmática Penal, ao que tudo indica, total ou parcialmente sob suspensão.

seqüência, do Código Penal italiano de 1930, influenciando o Código Penal brasileiro de 1940.

## 2 Matrizes da Dogmática Penal

Quais são as matrizes da Dogmática Penal?

No campo do saber podemos estabelecer como marcos mais significativos da construção dogmática, respectivamente, o Iluminismo liberal (matriz mediata) e o Tecnicismo jurídico (matriz imediata), que condensa-redefine, a sua vez, uma tríplice herança: o paradigma dogmático já constituído no Direito Privado, do qual será um desdobramento disciplinar<sup>5</sup>; o positivismo cientificista (e seus princípios de especialização científica e autonomia disciplinar); e o positivismo jurídico (e seu *approach* e princípios normativistas).

É que a consolidação da Dogmática Penal, na transição do século XIX para o XX europeu (que corre paralela, por sua vez, ao surgimento e consolidação do paradigma etiológico em Criminologia, e da busca de um modelo integrado entre ambas), se dá no desdobramento de um conjunto de problemáticas enraizadas na fundação da modernidade, no ambiente cultural da Ilustração e da Filosofia liberal clássica (herança iluminista) e formuladas, posteriormente, pela matriz tecnicista, que representa o ponto de condensação-redefinição da herança privatista, da herança cientificista e da herança juspositivista, tendo como cenário central, como já se afirmou, Itália e Alemanha.

### 2.1 Matriz mediata: o Iluminismo liberal

O Iluminismo liberal constitui, pois, a matriz mediata da construção da Dogmática Penal enquanto demarca o projeto penal moderno como um promessa de racionalização do poder punitivo do Estado como garantia dos direitos individuais do acusado, como uma promessa de segurança jurídica, como um projeto garantidor (cuja matéria-prima é a dicotomia poder x indivíduo).

Desta forma, a produção de uma ideologia legitimadora do poder punitivo, baseada no garantismo, acompanha, desde o começo, a história do Direito penal moderno (BARATTA, 1986, 79-80 e 82), no marco de um projeto do “Direito Penal

---

<sup>5</sup> Dogmática Jurídica que se constrói, a sua vez, na esteira do Direito Privado e desde a Escola Histórica do Direito, com Savigny e particularmente Ihering recolhendo/redefinindo, também, uma tríplice herança, a saber: a herança jurisprudencial romana, a herança exegética medieval e a herança sistemática moderna (FERRAZ Jr., 1980), e sobre cuja construção também incidirá, maturando-a, o positivismo cientificista e jurídico.

do Fato”, construído através de um *continuum* que se inicia com a Escola clássica<sup>6</sup> ou, mais propriamente, com o classicismo, atravessa sua secular existência, passando suas duas grandes fases, e se consolida com a Dogmática que é precisamente o paradigma que emerge na modernidade, centralizando esta promessa garantidora da qual é a última, e pretensamente científica, versão.

Exerce a Dogmática Penal um protagonismo decisivo no processo de instrumentalização e legitimação do poder de punir pela legalidade e da construção do modelo Direito Penal do fato, que o traduz.

---

<sup>6</sup> Em sentido genérico, por Escola Clássica costuma designar-se as teorias sobre o Direito Penal, o crime e a pena desenvolvidas em diversos países europeus do século XVIII até meados do século XIX, no âmbito da filosofia política liberal clássica. Não existe consenso a respeito dos autores que devem ser incluídos na Escola. A denominada Escola Clássica não constitui, portanto, um bloco monolítico de concepções nem circunscreve um grupo de penalistas que tenha trabalhado junto ou em estreito contato. Suas tendências se desenvolveram em diferentes países por representantes que não se conheciam entre si. A denominação “clássica” era, inclusive, estranha ao tempo do seu advento e de seu apogeu, tendo sido cunhada apenas em 1880 por FERRI. Seja como for, entendemos que o que caracteriza a chamada Escola Clássica é, acima de tudo, uma unidade metódica (método racionalista) e ideológica, não obstante o reconhecimento dessa heterogeneidade. Mas, pelos motivos expostos, afigura-se ainda mais apropriado falar de classicismo, como movimento de idéias que se originou, desta forma, no marco histórico do Iluminismo e de uma transformação estrutural da sociedade e do Estado, inserindo-se, em seus momentos fundacionais, na transição da ordem feudal e do Estado absolutista (o “Antigo Regime”) para a ordem capitalista e o Estado de Direito liberal na Europa, desenvolvendo-se ao longo do processo de consolidação desta nova ordem. E, cobrindo este período de quase cem anos, que vai de meados do século XVIII a meados do século XIX, há uma especificidade no saber por ela produzido que deve ser fundamentalmente ressaltada. É que no próprio interior do classicismo assistimos a “um processo que vai de uma filosofia do direito penal a uma fundamentação filosófica da Ciência do Direito Penal, isto é, de uma concepção filosófica a uma concepção jurídica, mas filosoficamente fundada, dos conceitos de delito, responsabilidade penal e pena” (BARATTA, 1991, p. 25). Desta forma é fundamental distinguir entre as origens do classicismo, marcado por um saber essencialmente filosófico, no qual conflui, diretamente, toda a filosofia do Iluminismo europeu, especialmente o francês (e traduz, ao mesmo tempo, o movimento de reforma penal que vem no bojo daquela transformação), e seu posterior desenvolvimento e culminação, quando é marcado pela produção de um saber jurídico, embora ainda filosoficamente fundamentado e herdeiro, então indireto, do Iluminismo. Ao mesmo tempo, enquanto aquele saber fundacional é marcado por uma dimensão crítico-negativa (do *status quo* do Direito e da Justiça Penal), convivendo com uma dimensão positiva ou construtiva de projeção (de um novo Direito e uma nova Justiça Penal), o saber clássico da maturidade abandona a dimensão combativa e é essencialmente positivo, um saber de consolidação da nova ordem. Entre ambos, saliente-se, medeia o início do movimento europeu de codificação. No primeiro período, essencialmente filosófico, deve-se incluir a CESARE BECCARIA – e, como marco mais autorizado, sua obra *Dei delitti e delle pene*, publicada em 1764 –, JEREMIAS BENTHAM (1748-1832), GAETANO FILANGIERI (1752-1788), GIANDOMENICO ROMAGNOSI (1761-1835) e PABLO ANSELMO VON FEUERBACH (1775- 1833), entre outros. Como representantes mais significativos de seu segundo período deve-se considerar GIOVANNI CARMIGNANI (1768-1847), PELLEGRINO ROSSI (1781-1848) e, especialmente, FRANCESCO CARRARA (1805-1848) e sua obra *Programa do Curso de Direito Criminal* (1859), marco mais autorizado da culminação deste período e do pleno desenvolvimento do próprio classicismo.

## 2.2 Matriz imediata: o Tecnicismo Jurídico<sup>7</sup>

O Tecnicismo Jurídico opera, a sua vez, como matriz imediata de sua construção e identidade, traduzindo a problemática, quase obsessiva, de construção da Ciência Penal como ciência jurídica autônoma (dos juristas), na esteira do paradigma dogmático já consolidado no campo do Direito privado, que opera, como já se afirmou, como sua matriz intrassistêmica.

## 3 Modelos fundacionais da Dogmática Penal: quem entrou ~ para a história?

Nesta esteira podemos identificar modelos que se notabilizaram, que entraram para a história como divisores de águas na fundação da Dogmática Penal: tais foram, principalmente, os modelos de Karl Binding e Franz Von Liszt, na Alemanha, a partir da década de 1870, e de Arturo ROCCO, na Itália, já no início do século XX, no âmbito da Escola Técnico-Jurídica italiana, inspirada nas matrizes alemãs.

### 3.1 O Modelo de Ciência Penal de Karl BINDING

De fato, a primeira construção oficial é atribuída a Karl Binding. Apontado como o primeiro grande representante do positivismo jurídico – que se caracterizou pela pretensão de construir uma ciência do Direito Penal positivo especificamente jurídica e liberada de influências jusnaturalistas e sociológicas<sup>8</sup> –, Binding é situado como um divisor de águas para a consolidação do paradigma dogmático na Ciência Penal.

Afirma-se, nesse sentido, que no campo penal o paradigma dogmático não dá começo definitivo até Binding, na Alemanha, a partir de 1870, como fruto do mesmo positivismo jurídico que originaria, na Itália, o tecnicismo jurídico-penal (MIR PUIG, 1976, p. 197-8).

---

<sup>7</sup> Subscrevemos o argumento de ASÚA (1950, t.2, p.111) de que, embora de visíveis raízes alemãs (como reconhece inclusive expressamente, Arturo ROCCO em sua obra), é apenas na Itália que o Tecnicismo Jurídico assume o caráter de Escola (e de, acrescentamos, movimento de reação), tendo uma formação lenta e trabalhosa, através de seus principais representantes: ALESSANDRO STOPPATO (1858-1931), MANZINI, (1872- 1957), ROCCO (1876-1942), CIVOLI (1861-1932), CONTI (1864-1942), MASSARI (1874-1934), BATTAGLINI, DELITALA, CICALA, VANINI, DE MARSICO, ANTOLISEI, BETTIOL e PETROCELLI. Seja como for, parece ser consensual a consideração de ARTURO ROCCO como seu mais autorizado representante, mesmo se precedido na Alemanha por BINDING e LISZT, e na Itália por STOPATTO e MANZINI (cf. ASUA, 1950, t.1, p. 112; FERRI, 1931, p. 64; CANTERO, 1977, p. 91; BETTIOL, 1966, p. 64; PIMENTEL, 1983, p. 36-7).

<sup>8</sup> Cf. MUÑOZ COÑDE, 1976, p. 109; MIR PUIG, 1976, p. 208, e 1982, p. 10; BUSTOS RAMIREZ in BERGALLI e BUSTOS RAMIREZ, 1983a, p. 35.

Nesse sentido assinala KAUFMANN (1976, p. 345) que Eberhar Schmidt conferiu à obra de Binding o devido destaque no quadro da história dogmática do Direito Penal, designando-a como a “expressão mais grandiosa” dum “positivismo erigido sobre a base duma concepção visceralmente liberal do Direito e do Estado”.

## **4.2 O modelo de Ciência Penal e de Ciência Integral (global, universal, total, ou conjunta) do Direito Penal de Franz Von LISZT – A Escola Sociológica Alemã**

Franz Von Liszt, fundador e maior expoente da “Escola Sociológica” ou “Jovem Escola” alemã, de postura eclética entre a Escola Clássica e a Positiva<sup>9</sup>, também representa um dos modelos fundacionais do paradigma dogmático na Ciência Penal (e do modelo integrado entre Dogmática, Criminologia e Política Criminal).

Com efeito, neste modelo de *Gesamte Strafrechtswissenschaft* (“Ciência Integral do Direito Penal”), por ele formulado em torno de 1886, a Ciência Penal, como ciência eminentemente prática – a serviço da administração da justiça – somente poderia afirmar-se como ciência sistemática. É precisamente na ordenação dos conhecimentos na forma de um sistema que Liszt via a possibilidade de um domínio seguro e imediato dos casos particulares, apto a libertar a aplicação do Direito do acaso e da arbitrariedade. Mas, ao mesmo tempo em que assenta as bases do paradigma dogmático na Ciência Penal, é um modelo nitidamente conciliador das relações entre a Dogmática Penal e a Criminologia, tratando de fixar o objeto, o método e os confins de ambas as disciplinas. Daí sua conhecida polêmica com Binding, na medida em que reclama a tomada em consideração dos dados naturalísticos e sociológicos na elaboração dos preceitos jurídicos.

## **4.3 A Escola Técnico-Jurídica e o modelo de Ciência Penal de Arturo ROCCO**

Coube, entretanto, ao italiano Arturo Rocco produzir a sistematização mais significativa, acabada e célebre do Tecnicismo Jurídico, na aula inaugural dos cursos 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*, conhecida como “prolusão sassaresa”, e que expressa visivelmente a origem reativa

---

<sup>9</sup> E que correspondeu, na Itália, à “Terza Scuola”, com MANUEL CARNEVALE, BERNARDINO ALIMENA e JUAN B. IMPALLOMENE, que também se preocupava com a “autonomização” da Ciência Penal.

do tecnicismo jurídico italiano. Por seu caráter emblemático é importante deter-se nela um pouco mais.

Sob a égide do positivismo jurídico, em que ROCCO também se move, o problema apresentado para a Ciência Penal italiana, na viragem do século XIX para o século XX, era o de não ter delimitado seu horizonte (método, objeto, tarefa e função) em termos jurídicos, condicionada que se encontrava pela herança – híbrida – das Escolas penais. Sob a égide da “necessidade de especialização científica, origem de todo progresso humano e da Lei da divisão do trabalho científico” (ROCCO, 1982, p. 14-5), o problema apresentado era o da autonomização da Ciência Penal, objetivando liberá-la, a partir de um duplo enfrentamento, de toda contaminação jusnaturalista, antropológica ou sociológica. Partindo do pressuposto de “crise”, a preocupação central de ROCCO é a de estabelecer as bases metodológicas e práticas para a construção de uma Ciência Penal estritamente jurídica e dogmática, delimitando seu objeto, especificando seu método, tarefa e funções.

Baseando-se na constatação de que outras disciplinas jurídicas já tinham, há algum tempo, assumido a dignidade de Ciências Jurídicas e atingido uma notável perfeição técnica e sistemática, em relação às quais a Ciência Penal encontrava-se num estágio de lamentável inferioridade, ROCCO (1982, p. 17-8) prescreve-lhe, para ser útil à Ciência e à vida,

seguir a senda segura em que confiaram primeiro os estudiosos do direito privado e pela qual logo passaram de forma magistral os estudiosos do direito administrativo e processual; aquela mesma via pela qual parecem também já se encaminhar com passo seguro o direito constitucional e o direito internacional, apoderando-se simultaneamente dos procedimentos daquelas Ciências antes mencionadas que, como o direito privado, são evidente exemplo de perfeição técnica do direito.

A resposta de ROCCO (1982, p. 9) para a superação da crise seria, pois, trilhar o caminho do positivismo jurídico e do paradigma dogmático de Ciência Jurídica, na esteira de BINDING e de LISZT, além de LOENING, SERGIEWSKY, MERKEL, MAYER, BELING, FINGER, VARGHA, GARRAUD, CIVOLI, MANZINI e PESSINA (em seus últimos escritos), cujas posições expressavam, entre outras, aquela tendência juspositivista na Ciência Penal que ele via como um “estado geral da consciência jurídica”.

Quanto à delimitação do objeto, o que se quer

é tão só que a Ciência do direito penal, em harmonia com sua natureza de Ciência jurídica especial, limite o objeto de suas investigações ao estudo exclusivo do direito penal e, de acordo com seus meios do único direito penal que existe como dado da experiência, ou seja, o direito positivo (ROCCO, 1982, p. 10).

Quanto à especificidade do método e à autonomia da Ciência Penal, tratava-se de conferir mais relevância à distinção, o que não significa separação

da Ciência jurídico-penal com relação à antropologia, à psicologia, à sociologia e à filosofia do direito e à política criminal [...]. Esta é a orientação técnico-jurídica, que é a única possível em uma Ciência precisamente jurídica, e de caráter especial por acréscimo, como o é a que leva o nome de Ciência do direito penal (ROCCO, 1982, p. 9).

Quanto à função (prática), ROCCO argumentava que a elaboração técnico-jurídica, além de evidentes exigências de ordem científica, se fundamentava simultaneamente em evidentes exigências de ordem prática, sendo a ela endereçada uma função essencial, já que

qualquer um vê a utilidade de tal organização e sistematização lógica, não estamos dizendo formal, dos princípios do direito penal vigente; ela busca proporcionar o conhecimento científico das normas do direito àqueles que são chamados por sua missão na vida social a interpretar e aplicar o direito [...] trata, em outras palavras, de tornar útil a Ciência jurídica no campo prático da aplicação judicial, assim como manter a vida prática cotidiana do direito à altura de um conhecimento científico da lei (ROCCO, 1982, p. 15).

#### **4.4 A auto-imagem da Dogmática Penal como um paradigma: o retrato do casamento do cientificismo com o garantismo**

Apontar as matrizes e modelos de construção da Dogmática Penal como um paradigma é tarefa que ficaria incompleta sem demonstrar-se a existência do próprio paradigma. E para fazê-lo consideramos que a metodologia adequada e legítima é escutar a Dogmática desde o seu interior discursivo, ou seja, desde sua auto-imagem, retratada na Manualística, em cuja propedêutica os penalistas explicitam o trabalho que realizam, o seu *labor* científico-dogmático. E é precisamente capturando uma auto-imagem dogmática que se perpetua desde o passado até o presente, na Europa e no Brasil, que podemos capturar a evidência e a força deste paradigma, pois o que caracteriza a existência de um paradigma é precisamente o compartilhamento de um saber por uma comunidade fortemente sedimentada. Senão vejamos.

Já escutamos os modelos de K. BINDING, V. LISZT e A. ROCCO, na condição de modelos-fundadores da Dogmática Penal.

Importa agora ilustrar sua consolidação orgânica para além de seus momentos fundacionais, trazendo à colação o discurso de alguns dos mais importantes penalistas dogmáticos europeus e brasileiros, pois esta ilustração evidencia a formação de uma comunidade científica transnacionalizada, em cujo centro se encontra a Europa e em cujo epicentro se encontra o Brasil.

Procede, neste sentido, a observação de ROXIN (1972, p. 18) quando afirma que, com sua enunciação, Liszt proferiu as palavras-chaves que se repetem até hoje nos tratados e manuais dogmáticos para explicar a importância funcional da sistemática no Direito Penal.

Assim WELZEL (1987, p. 11), um dos mais significativos expoentes da Dogmática germânica contemporânea, reafirma aquela auto-imagem:

Missão da Ciência Penal é desenvolver e explicar o conteúdo das regras jurídicas em sua conexão interna, ou seja, ‘sistematicamente’. Como ciência sistemática estabelece a base para uma administração de justiça igualitária e justa, já que só a compreensão das conexões internas do Direito liberam a sua ação do acaso e a arbitrariedade.

Em conferência pronunciada em 1966, respondendo especialmente aos ataques contra a Dogmática alemã, de ter cultivado a disciplina jurídica do Direito Penal como “a arte pela arte”, sustenta que

a divisão do delito em três diferentes graus de juízo e valoração estruturados uns sobre e em seguida a outros [...] proporciona alto grau de racionalidade e segurança na aplicação do direito e ao diferenciar os graus de valoração, possibilita, além disso, um resultado final justo. [...] Efetivamente, este foi o desejo decisivo da dogmática. Já o havia entendido LISZT quando no prólogo da primeira edição de seu tratado (1881) exigiu ‘conceitos claros e bem delimitados’. [...] A dogmática não foi cultivada ‘unicamente’ na Alemanha como a arte pela arte, mas, sim, como firme baluarte contra invasões ideológicas. Isto aconteceu precisamente no Terceiro Reich. Nessa época a dogmática foi objeto de ataques severos, por ser ‘um pensamento liberal de divisão’. A tempestade foi contida, precisamente, pela dogmática. [...] É significativo, e em certo sentido lamentável (para nós), que não tenha sido um alemão mas um espanhol, que tenha recordado aos ruidosos ‘críticos da reforma penal’ o significado da dogmática [...] (WELZEL, 1974, p. 7-9).

O espanhol é precisamente GIMBERNAT ORDEIG (1983, p. 27) e o que recorda, na década de 1970, é que

A Dogmática jurídico-penal [...] trata de averiguar o conteúdo das normas penais, seus supostos, suas conseqüências, de delimitar os fatos puníveis dos impunes,

de conhecer, definitivamente, que é o que a vontade geral expressa na lei quer castigar e como quer fazê-lo. Nesse sentido a Dogmática jurídico-penal cumpre uma das mais importantes funções que tem encomendada à atividade jurídica em geral em um Estado de Direito: a de garantir os direitos fundamentais do indivíduo frente ao poder arbitrário do Estado que, embora se processe dentro de uns limites, necessita do controle e da segurança desses limites.

Desta forma, prossegue GIMBERNAT (1983, p. 30), em um autêntico Estado de Direito a Dogmática Penal é um instrumento imprescindível para manter o Direito Penal sob controle, para que a pena não chegue mais longe do que propôs o legislador.

E nesta função garantidora depositava, na década de 1970, a convicção no futuro da Dogmática Penal:

Porque a existência do Direito Penal é imprescindível e não depende para nada da possibilidade de demonstrar a livre decisão humana no caso concreto, porque toda idéia jurídica progressiva necessita de uma formulação legal que será tanto mais perfeita e eficaz quanto mais alto for o nível científico-jurídico, porque uma ciência desenvolvida do Direito Penal é a que torna possível controlar os tipos penais, porque a pena é um meio necessário e terrível de política social, porque temos que viver com o Direito Penal, por tudo isso a dogmática jurídico-penal tem futuro (GIMBERNAT, 1982, p. 32).

Também da Dogmática alemã reitera JESCHECK (citado por ROXIN, 1972, p. 18) que

sem a articulação sistemática do conceito do delito, a solução de um caso jurídico permanece ‘insegura e dependente de considerações sentimentais’. As características gerais do conceito do delito, que se resumem na teoria do delito, possibilitam, aliás, uma jurisprudência racional e uniforme, e ajudam, de um modo essencial, a garantir a segurança jurídica.

E da Dogmática espanhola subscreve MUÑOZ CONDE (1975, p.135-6), citando Gimbernart Ordeig, que

a Dogmática jurídico-penal cumpre uma das mais importantes funções que tem encomendada à atividade jurídica em geral em um Estado de Direito: a de garantir os direitos fundamentais do indivíduo frente ao poder arbitrário do Estado que, embora se processe dentro de uns limites, necessita do controle e da segurança desses limites.

Da Dogmática Penal brasileira, esta auto-imagem pode ser ilustrada na fala de HUNGRIA (HUNGRIA e FRAGOSO, 1980, p. 105-7), que desponta entre os penalistas dogmáticos mais clássicos, responsável pela própria recepção do paradigma no Brasil:

A Ciência do Direito Penal somente pode consistir no estudo da lei penal em sentido lato ou do complexo de normas jurídicas mediante as quais o Estado manifesta o seu propósito de coibir a delinquência. [...] Este, o irrefragável postulado do chamado tecnicismo jurídico-penal.

A autêntica Ciência Jurídico-Penal não pode ter por objeto a indagação experimental em torno ao problema da criminalidade, mas tão somente a construção do direito penal através de normas legais. Parte de premissas certas, que são as normas jurídicas, para chegar, logicamente, a conclusões certas.

É a Dogmática Jurídico-Penal ou Jurisprudência Penal, tomado o vocábulo jurisprudência no sentido romanístico. [...] Trata-se de uma ciência normativa, e não causal-explicativa. Tem por objeto, como adverte GRISPIGNI, não o ser, o *Sein*, mas o dever ser, o *Sein Sollende*, que são os mandamentos ou preceitos legais. Seu método, seu único método possível é o técnico-jurídico ou lógico-abstrato. Seu *processus* é o mesmo de todas as ciências jurídicas: o estudo das relações jurídicas (...), construção lógica dos institutos jurídicos [...] e, finalmente, a formulação do sistema, que é a mais perfeita forma do conhecimento científico.

SIQUEIRA (1950, p.22-3) escreve, no mesmo sentido, que

o método próprio do Direito Penal, enquanto ciência prática, é o subjetivo ou de observação interna, com os subsídios complementares do objetivo ou externo. É o chamado método técnico-jurídico que [...] toma como base [...] os textos legais ou a legislação repressiva vigente porque [...] só essa legislação ou direito positivo constitui uma realidade atual [...]. Dada essa base para a construção da Ciência Jurídica, é de se ver logo que outro método não pode ser empregado senão o técnico-jurídico. [...] A Ciência, portanto, do direito positivo, isto é, a Dogmática Jurídica, [...] é, e ficará sempre, uma disciplina de natureza lógico-abstrata.

GARCIA (1959, p.9-10) assevera, por sua vez, que a Ciência do Direito Penal é

disciplina eminentemente jurídica, assim pelo seu objeto como pelo seu método de investigação. [...] É graças a esses dois elementos – objeto e método – que a Ciência do Direito Penal se distingue das outras ciências penais, não jurídicas, como são geralmente designadas – causal-explicativas: a Antropologia Criminal, a Psicologia Criminal, a Sociologia Criminal, etc.

Segundo BRUNO (1967, p.42-3), igualmente,

A Ciência do Direito Penal em sentido escrito, isto é, a Dogmática do Direito Penal vigente, é [...] Ciência Normativa. O seu objeto de estudo é uma norma de comportamento, a norma jurídico-penal. Partindo das normas legais vigentes, para sobre elas construir um corpo de doutrina, descobrindo e formulando conceitos, classificando-os, dando-lhes unidade, a dogmática só tem um caminho natural, que é o lógico. Este é o método necessário de toda Ciência Jurídica e, assim, também, do Direito Penal.

Na voz de FRAGOSO (1986, p. 11), no mesmo sentido:

A Ciência do Direito chama-se Dogmática Jurídica, porque se trata de Ciência das normas [...]. Trata-se de Ciência do dever ser, cujo objeto é constituído por normas que estabelecem uma conseqüência jurídica em face de sua transgressão.

Não é missão do jurista estudar a realidade social para estabelecimento de conceitos, como pretendem as chamadas teorias sociológicas.

A Ciência do Direito do Penal não se distingue das disciplinas jurídicas que estudam os outros ramos do direito, senão pela natureza das normas que lhe constitui o objeto [...]. A Ciência do Direito Penal é a ciência teórica, no sentido de visar o escopo cognoscitivo, mas é também Ciência prática, no sentido de fornecer aos juristas os elementos necessários a aplicação da lei, atendendo-se aos fins da ordem jurídica. [...] O método do estudo é o chamado técnico-jurídico ou lógico-abstrato. É o único possível no estudo de uma Ciência Jurídica (FRAGOSO: 1986, p. 11-2).

NORONHA (1979, p. 13) enuncia que

Como Ciência Jurídica, tem o Direito Penal caráter Dogmático, não se compadecendo com tendências causal-explicativas. Não tem por escopo considerações biológicas e sociológicas acerca do delito e do delinqüente, pois, como já se escreveu, é uma Ciência Normativa, cujo objeto é não o ser, mas o dever ser [...]. Seu método é o técnico-jurídico, cujos meios nos levam ao conhecimento preciso e exato da norma. [...] Tal método é de natureza lógico-abstrata, o que bem se compreende já que, se a norma jurídica tem por conteúdo deveres, para conhecê-los bastam sua consideração e estudo, nada havendo para observar ou experimentar. Cumpre, entretanto, evitar excessos de dogmatismo, pois a verdade é que, como reação ao Positivismo Naturalista, que pretendia reduzir o Direito Penal a um capítulo da Sociologia Criminal, excessos se têm verificado, entregando-se juristas a deduções silogísticas infundáveis [...]. As reconstruções dogmáticas são formas jurídicas de conteúdo humano e social, donde o jurista não há de olvidar a realidade da vida [...] (NORONHA, 1979, p. 16-7).

JESUS (1979, p. 7) subscreve que

O Direito Penal, como Ciência Jurídica, tem natureza dogmática, uma vez que suas manifestações têm por base o direito positivo. Expõe o seu sistema através de normas, exigindo o seu cumprimento sem reservas. [...] O método do Direito Penal é o técnico-jurídico, que permite a ‘pronta realizabilidade do Direito’, no dizer de Hermes Lima. Segundo assinalou Jhering, o Direito existe para realizar-se, pois a sua realização é a vida e a verdade do Direito. Chama-se método técnico-jurídico o conjunto de meios que servem à efetivação desse objetivo.

MIRABETE (1985, p. 27) compartilha, enfim, a auto-imagem dogmática nos seguintes termos:

Diz-se que o Direito Penal é uma Ciência Cultural e Normativa. É uma Ciência Cultural porque indaga o dever ser, traduzindo-se em regras de conduta que devem ser observadas por todos no respeito aos mais relevantes interesses sociais. Diferencia-se, assim, das Ciências Naturais, em que o objeto de estudo é o ser, o objeto em si mesmo. É também uma Ciência Normativa, pois o seu objeto é o estudo da lei, da norma, do direito positivo, como dado fundamental e indiscutível na sua observação obrigatória. Não se preocupa, portanto, com a verificação da gênese do crime, dos fatos que levaram à criminalidade ou dos aspectos sociais que podem determinar a prática do ilícito, preocupações próprias das ciências causais explicativas, como a Criminologia, a Sociologia Criminal, etc. Como Ciência Jurídica, o Direito Penal tem caráter dogmático, já que se fundamenta no direito positivo, e exigindo-se o cumprimento de todas suas normas pela obrigatoriedade. Por essa razão, seu método de estudo não é experimental, como na Criminologia, por exemplo, mas técnico-jurídico. Desenvolve esse método na interpretação das normas, na definição dos princípios, na construção dos institutos próprios e na sistematização final de normas, princípios e institutos.

A chamada às vozes da comunidade científica poderia se multiplicar e a ampliação do espelho não deixa dúvidas: “A Dogmática jurídica certamente constitui o que há de mais paradigmático no âmbito do pensamento normativo moderno” (FARRIA:1988, p. 31).

## **5 O garantismo e a promessa de segurança jurídica na trilha do Direito Penal do fato**

A Dogmática penal afirma-se, portanto, desde sua gênese alemã e italiana até a hereditariedade que alcançou na América Latina e no Brasil, como um conhecimento “científico”, normativo, autônomo e sistemático, que encontra explicação em si mesmo através de uma postura metódica imanente, que não remete a considera-

ções de índole naturalística, filosófica, social, econômica, política, moral ou outra extranormativa.

Ela é, assim, autoconcebida pelos penalistas que protagonizam e compartilham seu paradigma (auto-imagem transnacionalizada) como uma Ciência do “dever-ser” e que, tendo por objeto o Direito Penal positivo vigente em dado tempo e espaço, e por tarefa metódica (técnico-jurídica, de natureza lógico-abstrata ou lógico-formal) imanente a “construção” de um “sistema” de conceitos elaborados a partir da “interpretação” do material normativo, segundo procedimentos intelectuais de coerência interna, tem por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito. Trata-se, pois, de uma ciência que tem função essencialmente prática: racionalizar a aplicação judicial do Direito Penal.

Podemos identificar, pois, no discurso dogmático, uma função declarada e oficialmente perseguida pelo paradigma e que denominamos “função instrumental racionalizadora/garantidora (ou função racionalizadora de *lege ferenda*)”.

E o sistema a que o discurso dogmático se refere e no qual enraíza a promessa de segurança é precisamente o sistema da teoria do crime, cuja construção centraliza sua atividade metódica ao ponto de se afirmar que o paradigma dogmático transplantado para o Direito Penal serviu sobretudo para construí-la (HERNANDEZ GIL, 1981, p. 37).

A Dogmática Penal (então dogmática do crime) insere-se, desta forma, como uma instância comunicacional, cientificamente respaldada, entre as normas penais em abstrato (programação penal) e a sua aplicação (decisões judiciais), estando interpelada a maximizar o processo comunicacional entre ambos os níveis, provendo o instrumental conceitual adequado e necessário para converter as decisões programáticas do legislador nas decisões programadas do juiz (LUHMANN, 1980, p. 32-3; BARATTA, 1982, p. 45).

E uma vez que ocupa posição funcional “dentro” ou no “interior” do sistema jurídico, exercendo função imanente a ele, trata-se de uma instância “do” sistema que medeia o tráfego jurídico entre programação (“dever-ser”) e operacionalização (“ser”) (LUHMANN, 1980, p. 20).

E, no marco desta função comunicacional racionalizadora (orientadora, preparadora, pautadora, programadora ou prescritiva) das decisões judiciais, desenvolve a tarefa de um “serviço para o reconhecimento da juridicidade” a qual, se pode conformar, relativamente, o conteúdo das decisões, dirige-se sobretudo à delimitação das fronteiras das decisões possíveis – pois ela prepara a decisão judicial ao proporcionar, antes que seu conteúdo, a estruturação completa do problema social regido pelo programa de decisão do legislador (LUHMANN, 1980, p. 52; BARATTA, 1983, p. 53). Ou, em outras palavras, ela prescreve “à lei, cuja aplicação está em jogo, um programa ao qual deve se adaptar” (POZO, 1986, p. 17).

O Direito Penal é, assim, uma enunciação normativa cujo sentido, alcance e finalidades são por ela decodificados ao assumir, perante a linguagem da normatividade penal, não apenas o estatuto de uma metalinguagem<sup>10</sup>, mas igualmente o estatuto de uma metaprogramação, tida por científica, para uma prática racional e segura do Direito Penal.

Nesta esteira podemos dizer com WARAT (1982, p.48), que

Em outras palavras, as normas jurídicas não têm um sentido pleno, independentemente das teorias jurídicas. Sem a teoria do delito [...] não se pode expressar uma plenitude significativa para nenhum delito. A teoria do delito nos dá, ademais, o limite das interpretações legítimas. [...] Ora, a dogmática jurídica é o código predominante de comunicação normativa.

Nessa esteira, a construção e o desenvolvimento da teoria do crime<sup>11</sup> constituem não apenas uma demonstração exemplar “da maneira como os penalistas consideram que desenvolvem um trabalho científico” (POZO, 1986, p. 16), mas também de como se materializa a referida conexão sistema científico-segurança jurídica, que conecta, em realidade, o discurso científico-conceitual (sistemático)

---

<sup>10</sup> Por “metalinguagem” designa-se a linguagem (L2) em que se fala de outra, que configura seu objeto lingüístico, a “linguagem-objeto” (L1). A respeito, ver: WARAT, ROCHA e CITTADINO, 1984, p. 48 *et seq.* Considerando que o Direito positivo, objeto da Dogmática Jurídica, se exterioriza mediante uma linguagem (objeto), ela assume, em relação a ele, a condição de metalinguagem, estando num nível lingüístico de segundo grau. E considerando que o Direito positivo “prescreve” uma programação legal a cumprir, a Dogmática Jurídica assume, em relação a ele, nos termos aqui indicados, a condição de metaprogramação ou programação de segundo grau, situando-se num plano mais alto de abstração.

<sup>11</sup> No desenvolvimento do sistema da teoria do crime podemos identificar quatro matrizes: o originário **positivismo naturalista** (sistema Liszt-Binding); o **neokantismo valorativo** (causalismo neokantiano), procedente da revisão operada pela matriz neokantiana de Baden sobre o sistema original; o **finalismo** ou teoria finalista da ação, de Hans Welzel, adotado no Brasil através da reforma penal e penitenciária de 1984; e o **estrutural-funcionalismo**, emblematizado, sobretudo, nos modelos contemporâneos de Claus Roxin e de Günter Jakobs (que diferem bastante entre si). Todo esse desenvolvimento, da fundação à contemporaneidade da Dogmática, consiste numa longa peregrinação intrassistêmica pelas categorias da tipicidade, ilicitude e culpabilidade, mantendo a auto-imagem garantidora do paradigma, exceto na versão do estrutural-funcionalismo de Jakobs, que rompe explicitamente com ela e, ao fazer escola no mundo ocidental, inclusive no Brasil, entreabre o interrogante sobre a identidade da Dogmática Penal como paradigma. Tal questão é de extraordinária relevância, pois, ao fazer transitar o eixo do Direito Penal do fato não apenas ao Direito penal do autor, mas ao Direito penal do inimigo, inverte o sistema dogmático do crime. Inverte-o, inclusive, em relação ao ponto de partida da construção dogmática, a saber, o conceito de ação, que se afirma desde o hegelianismo e, portanto, desde uma tradição anterior à própria Dogmática. Para Jakobs, o novo príncipe dogmático, o ponto de partida da construção, não é a ação, mas o sistema jurídico, e a segurança a ser defendida não é a do indivíduo nem dos bens jurídicos, mas do próprio sistema.

com o discurso liberal (racionalizador/garantidor). Pois, embora inadmitindo e neutralizando sua relação com o político, o fio cientificista com o qual a Dogmática tece a construção sistemática é o mesmo fio liberal com o qual promete enquadrar juridicamente o exercício do poder punitivo estatal.

Desta forma, na sua tarefa de elaboração técnico-jurídica do Direito Penal vigente, a Dogmática, partindo da interpretação das normas e tipos penais, desenvolve uma tecnologia nucleada no conceito analítico de crime e nas categorias tipicidade, ilicitude e culpabilidade e que, consubstanciada em requisitos objetivos e subjetivos para a imputação de responsabilidade penal pelos juízes e tribunais, objetiva vincular o horizonte decisório à legalidade e ao Direito Penal do fato-crime; ou seja, vincular as decisões judiciais à lei e à conduta do autor de um fato-crime, objetiva e subjetivamente considerada em relação a este, pretendendo exorcizar, por esta via, a submissão do imputado à arbitrariedade judicial.

Esta construção conceitual aparece na Dogmática com o nome de Doutrina ou Doutrinas e a ela denominamos “código tecnológico”: uma metaprogramação do código penal para as decisões judiciais.

Ela demarcaria, desta forma, o horizonte decisório e o limite das interpretações possíveis (pense-se na metáfora de uma janela), ao fornecer o instrumental conceitual adequado para vincular as decisões judiciais penais e as punições que delas derivam à legalidade e à conduta do imputado, objetivamente considerada em relação ao fato-crime por ele cometido, e não, subjetivamente, em relação à sua pessoa, exorcizando por essa via a submissão do imputado à arbitrariedade judicial.

A arquitetônica conceitual do crime corresponde, assim, a um secular esforço da Dogmática na construção de categorias que demarquem os parâmetros objetivos e subjetivos para a imputação da responsabilidade no processo penal.

E foi precisamente porque centralizou a promessa de segurança, tão cara ao ideário do Estado de Direito, que, no modelo integrado de Ciências Penais, recebeu a coroa e a faixa de rainha, reinando com absoluta soberania enquanto todos os demais saberes integrativos do amplo quadro das chamadas ciências criminais se consolariam, e bem, com faixas de segundas e terceiras princesas, conforme os modelos vitoriosos, nesse sentido, de LISZT e mesmo de ROCCO. Assim foi com a Criminologia positivista e a Política criminal, que passaram ao estatuto de ciências auxiliares da Dogmática Penal.

Ela seguirá, pois, na linha que vai do Iluminismo ao positivismo, a trilha do Direito Penal do fato, redefinindo a concepção de crime como “ente jurídico” sob as exigências metódicas de seu paradigma.

Se o Direito Penal do fato-crime e a promessa de segurança jurídica a ele vinculada não nascem, pois, com a Dogmática Penal, mas com a filosofia iluminista

e a Escola Clássica, é ela sua herdeira última, que, recolocando a teoria do delito no marco de um “sistema” conceitual e vinculando-o ao princípio da legalidade, procurará conferir-lhe um estatuto de cientificidade, operando o trânsito, por assim dizer, da legalidade à legalidade cientificamente decodificada.

A Dogmática Penal pode ser lida, nesta perspectiva, como uma longa e complexa tentativa de conferir à promessa iluminista de segurança uma formulação científica, no marco de uma razão prática.

## **5 A Dogmática como conceito e paradigma histórico: saber e poder**

A Dogmática, não obstante seu instrumental conceitual (código tecnológico) abstrato e forte potencial universalista (pela ruptura epistemológica e metodológica que propõe com o mundo do “ser”), é um conceito e um paradigma histórico – ou seja, que mantém uma conexão significativa e funcional com a realidade social, tanto em sua gênese quanto em seus posteriores desenvolvimentos. E o mantém de tal modo que a realidade social que a Dogmática pretendeu expulsar pela sua porta dos fundos é a mesma que teimosa e necessariamente reingressa pela porta da frente, historicizando-a.

Desta forma, a Dogmática Penal, apesar de ter sua gestação imediata no Iluminismo e no Classicismo, e de receber (e redefinir), pela força da tradição jurídica privatista, elementos gestados em tradições jurídicas de um passado mais remoto ainda (como a herança prática romana, a herança exegetica medieval e a herança sistemática moderna), não sendo lícito ignorá-las, bem como o grau de racionalização do conhecimento jurídico pelo paradigma acumulado, se configura como um produto do final do século XIX europeu.<sup>12</sup>

Não pode ser vista, portanto, como o produto de uma evolução linear e progressiva de conceitos e métodos através da história do pensamento, nem pode ser explicada pelos seus elementos gnoseológicos internos ou pela genialidade, esforço intelectual ou protagonismo de alguns homens, ainda que tenham se tornado célebres ou notáveis não por “inventar”, mas precisamente por traduzir, cognitivamente, as exigências e termos em que um saber se expressa.

A construção da Dogmática Penal é, desta forma, ininteligível pela referência, apenas, ao mundo do “dever-ser” (através do método lógico-abstrato que propõe)

---

<sup>12</sup> Foi apenas no final do século XIX que se definiram as grandes linhas-mestras do paradigma dogmático; ou seja, que se definiram os elementos característicos deste paradigma tal como se transferem à Ciência jurídica posterior.

porque só adquire sua significação plena quando relacionada às estruturas de saber e de poder de seu contexto histórico – ou seja, ao mundo do “ser”. E isso porque, em definitivo, o dualismo ser/dever<sup>13</sup> não é mais do que um recurso epistemológico e metodológico para recortar a realidade, jamais a cisão bipolar da realidade mesma, que é uma e complexa (contém a ambos), relacional e contraditória (e os faz relacionar, interagir e contraditar).

E a realidade social da qual falamos, e que condiciona a construção da Dogmática Penal, é, nessa perspectiva, a realidade complexa das sociedades ocidentais vivenciando a Revolução Industrial e a consolidação da estrutura sócio-econômica capitalista (o capitalismo industrial), na esteira de um patriarcado redefinido na forma de um capitalismo patriarcal; de sociedades que vivenciam processos de laicização e nas quais a ciência e a técnica se consolidam – contra a teologia e a filosofia – como o vetor central do controle social e da dominação, e, por isso, vivem o império do cientificismo e do positivismo, em diferentes versões que vão do naturalístico ao jurídico. É a realidade de sociedades vivenciando a consolidação da cultura e da engenharia, da ideologia e das instituições do monismo estatal (monopolização da violência física pelo Estado), do monismo jurídico (monopolização da produção e aplicação do Direito pelo Estado) e do Estado de Direito (Estado produzido pelo Direito e que, após criá-lo, a ele deve se submeter), nas quais sobressaem os processos de positivação e codificação do Direito, bem como a construção de uma cultura jurídica positivista, de inspiração liberal, a seguir calibrada com o intervencionismo estatal; de sociedades, portanto, em que o poder político e o poder jurídico, particularmente o poder punitivo, serão legitimados pela Legalidade e pelo cientificismo, e que trarão as marcas tanto de novas idéias e ideais – como o de liberdade, igualdade e fraternidade – quanto de novas formas de dominação, exploração, desigualdade e sujeição de classe, gênero e raça; novas assimetrias e hierarquias sociais. Daí a ambigüidade dessa nova ordem, cindida entre exigências de regulação social e de emancipação humana (SOUZA SANTOS, 2000 e 2006); ambigüidade que transferirá, inteiramente, para a Dogmática.

Tais são os modelos sócio-econômico, ideológico, cultural e político-jurídico que operam como matrizes históricas da Dogmática Penal, que estará imersa no projeto de consolidação dessa nova ordem (da qual é um espelho) e operará como um dos elementos importantíssimos na sua legitimação e operacionalização – e, portanto, na sua reprodução.

---

<sup>13</sup> Tal dualismo, que traduz o princípio da recíproca interpenetrabilidade dos mundos do ser e do dever-ser, tem uma importância fundamental na história do pensamento moderno, pois tendo sido formulado, entre outros, por David Hume, foi transplantado por Kant para a Teoria do Conhecimento, por Kelsen para a Teoria (Pura) do Direito e pelas Dogmáticas para seu paradigma.

Essa ordem precisa de estabilização e segurança; essa ordem, por todos os motivos, mediatos e imediatos, precisa de uma Dogmática Penal no singular e precisa de Dogmáticas no plural, que com ela se dialetizem, numa microfísica de saber-poder (FOUCAULT, 1987): o poder produz o saber adequado à ordem, e o saber, a sua vez, reproduz o poder e a ordem que o produziram.

## **6 A Dogmática como ciência do controle penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro**

Retemo-nos um instante ainda na questão do saber. É que o processo de construção da Dogmática Penal apenas adquire significação no marco de construção do saber moderno, em sentido lato – notadamente da Criminologia e do modelo integrado de ciências penais –, porque corresponde ao processo de cientificização do controle social e penal público na Europa e na América Latina, ou seja, de colonização deste controle pela racionalidade científica e tecnológica, dominada pelos ideais da monodisciplinariedade, da especialização e eficiência (decisória), e responde a esta exigência. É o momento em que a ciência ascende à principal “força produtiva do capitalismo” (SOUSA SANTOS, 2000 e 2006).

Trata-se da construção das ciências naturais e sociais (Biologia, Medicina, Estatística, Psicologia, Psiquiatria) e criminais (Dogmática, Criminologia, Medicina Legal, Política Criminal) necessárias à operacionalização e legitimação do controle social e penal moderno (legitimado pela legalidade e pela cientificidade), na qual a Dogmática será eleita com a faixa de rainha, enquanto a Criminologia e a Política Criminal, bem como outras ciências em torno dela gravitarão com ciências auxiliares (segundas, terceiras, quartas princesas).

O que está em jogo, em definitivo, para uma Dogmática como ciência do controle penal e seu cortejo disciplinar, é co-constituir um controle otimizado, mais especializado e eficiente, das “classes perigosas” (para o capital e o capitalismo industrial), num contexto histórico em que a luta de classes já não deixava dúvidas sobre quem eram os destinatários dos ideais revolucionários burgueses de liberdade e igualdade (esquecida a fraternidade) e dos direitos humanos universalmente prometidos, em nome da ordem e do progresso civilizatórios.

O vocabulário, entretanto, da periculosidade e da ideologia da defesa social, não é o vocabulário da Dogmática Penal, mas o da Criminologia etiológica (ainda que com passagem por Beccaria) e, por não sê-lo, avaliza sua pseudoneutralidade, mas reforça a hipótese de que o discurso dogmático não apenas se dialetiza com o criminológico, nos espaços de poder do controle social e penal, mas é ininteligível sem ele: são reciprocamente funcionais.

Refiro-me, então, a uma dialética entre Direito Penal do Fato e (contra) Direito Penal do Autor (construção criminológica), por dentro da qual o poder punitivo estatal e o controle penal moderno se exercem, seletiva e estigmatizantemente, ou, em uma palavra, violentamente, com recorte classista e também racista, sexista e outros *istas*, quando não genocida, como robustamente vem demonstrando ZAFFARONI (1993).

Portanto, para saber como a Dogmática penal funciona, temos que olhar para os resultados da criminalização que co-constitui, olhar para as agências de controle, que criminalizam (controladores) e para seus destinatários (controlados); olhar para as ações e decisões dos controladores e o destino dos controlados, e aí teremos o rosto de sua ação de retorno.

Para saber como a Dogmática penal funciona temos que olhar para o real funcionamento do controle penal, indagar para quem se fecham as portas da justiça e para quem se abrem as portas da polícia e da prisão (notavelmente homens adultos jovens pobres de cor), e concluir que uma igualdade e segurança tão seletivas não correspondem ao funcionamento prometido pela Dogmática Penal. O que aconteceu?<sup>14</sup>

Precisamente aí, nos labirintos da ambigüidade entre promessas declaradas de garantismo e exigências latentes de regulação social, encontramos a própria Dogmática na prisão e o garantismo dogmático prisioneiro da própria fantasia que cria.

O limite da Dogmática, o limite do garantismo prometido, não é outro senão o limite estrutural da própria sociedade: é o limite do espelho.

## Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

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

ASÚA, Luis Jimenez de. *El Criminalista*. t.1. Buenos Aires: La ley, 1947.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Penal*. t.1 e 2. Buenos Aires: Losada, 1950.

BARATTA, Alessandro. Criminología y dogmática penal: pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. In: MIR PUIG, Santiago et al. *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982a. p. 28-63.

<sup>14</sup> A esta questão nos dedicamos na obra já referida de nossa autoria *A ilusão de segurança jurídica*.

\_\_\_\_\_. Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad. *Nuevo Foro Penal*. Bogotá, n.15, p. 737-749, jul./set. 1982b.

\_\_\_\_\_. Sobre a criminologia crítica e sua função na política criminal. *Documentação e Direito Comparado* (Boletim do Ministério da Justiça). Lisboa, [s.n.], n. 13, separata, p. 145-166, 1983b. Relatório apresentado no IX Congresso Internacional de Criminologia. Viena, setembro de 1983.

\_\_\_\_\_. Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal. *Poder y Control*, Barcelona, n.0, p.77-92, 1986.

\_\_\_\_\_. *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*: introducción a la sociología jurídico-penal. Trad. Alvaro Bunster. México: Siglo Veintiuno, 1991.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. v.1. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. t.1. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología. In: BERGALLI, Roberto, RAMÍREZ, Juan Bustos (coords.). *El Pensamiento criminológico II*. Estado y control. Barcelona: Península, 1983. p. 11-35.

\_\_\_\_\_. *Manual de derecho penal español*. Parte general. Barcelona: Ariel, 1984.

FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica*. O Direito como instrumento de transformação social. São Paulo: Edusp, 1988.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A função social da dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal*. Trad. Luiz Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. História da violência nas prisões. Trad. Lúcia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: a nova parte geral. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. v.1., t.1. São Paulo: Max Limonad, 1959.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Tiene futuro la dogmática juridicopenal?* Colombia: Temis, 1983.

HERNANDEZ GIL, Antonio. *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*. Madrid: Civitas, 1981.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. v.1., t.1. São Paulo: Forense, 1980.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*. v.1. São Paulo: Saraiva, 1979.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sanchez. Madrid: Civitas, 1996.

KAUFAMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Concepto y método. Barcelona: Bosch, 1976.

\_\_\_\_\_. Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del derecho penal. In: MIR PUIG, Santiago (org.). *Derecho penal y ciencias sociales*. Belaterra: Universidade Autònoma de Barcelona, 1982. p. 9-31.

MIRABETTE, Julio Fabrinni. *Manual de direito penal: parte geral*. v.1. São Paulo: Atlas, 1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

\_\_\_\_\_. Para uma ciência crítica do Direito Penal. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, n. 25, pp. 7-12, jan./jun. 1979.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. v.1. São Paulo: Saraiva, 1979.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

POZO, José Hurtado. El principio de legalidad, la relación de causalidad y la culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal. *Nuevo Foro Penal*, Colombia, n. 39, p. 11-41, ene./mar., 1988.

PUCEIRO, Enrique Zuleta. *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*. Madrid: Reunidas, 1981.

\_\_\_\_\_. *Teoría del derecho: una introducción crítica*. Buenos Aires: Depalma, 1987.

ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Trad. Rodrigo Naranjo Vallejo. Bogotá: Temis, 1982.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de direito penal*. Parte geral. t.1. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. v.1. São Paulo: Cortez, 2000.

\_\_\_\_\_. *A gramática do tempo – para uma nova cultura política*. v. 4. São Paulo: Cortez, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Muertes anunciadas*. Bogotá: Themis/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993.

WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo; CITTADINO, Gisele. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984.

\_\_\_\_\_. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1982.

WELZEL, Hans. *A dogmática no direito penal*. Trad. Yolanda Catão. *Revista de Direito Penal*. São Paulo, n.13/14, p. 7-12, 1974.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Chile: Jurídica de Chile, 1987.

WEBER, Max. *O político e o cientista*. Trad. Carlos Grigo Babo. Lisboa: Presença, 1979.