

A DOGMÁTICA PENAL E A CIÊNCIA DA CRIMINOLOGIA: UMA APROXIMAÇÃO CRÍTICA



*Por Adriana Cristina Batista Santos**

[...] O enfraquecimento do Direito Penal tem ocorrido, sem embargo, por sua excessiva utilização, gerando com isso uma inflação de leis penais. A via alternativa passa, seguramente, pela expansão da Criminologia que, como Ciência que é, poderá encontrar novos rumos para o melhor enfrentamento da problemática criminal [...].

Muito se tem falado em crise do Direito Penal, na necessidade de encontrarem-se novas formas alternativas à pena de prisão, na busca de outras soluções para coibir-se a crescente criminalidade, enfim, em mudanças no paradigma até então vigente e nos padrões adotados pela dogmática penal. Enquanto isso, não se pode negar que ocorre um assustador recrudescimento da violência no mundo atual, sobretudo nos países em desenvolvimento.

Não se pode negar que há uma crise instalada. De um lado, o Direito Penal com suas fórmulas e construções teóricas, seus princípios e dogmas, seus institutos e fundamentos que não tem conseguido estancar a galopante criminalidade que se apresenta, e de outro, a Ciência da Criminologia, com a sua proposta bem mais abrangente e eficaz, dado o seu cariz interdisciplinar e polivalente, esta última debruçada sobre a etiologia e as consequências do delito, o que lhe possibilita bem mais condições de enfrentar a luta contra o crime, uma vez que pesquisa as suas causas e desdobramentos, enquanto procede a um detalhado estudo do delinquente, seu perfil e personalidade, suas influências e tendências, o meio em que vive e os fatores que o levam a adotar um comportamento desviante.

Não há dúvida que esse modelo retributivista e anacrônico adotado pelo direito penal de encarar o crime já não satisfaz e, por isso mesmo, não pode mais ser mantido. Beristain nos diz que:

[...] a noção retributiva do crime padece de múltiplos anacronismos, rejeitados na maioria dos tratados atuais, por exemplo, seu crasso maniqueísmo, sua

excessiva abstração filosófica, seu casamento com a moral religiosa, seu falso pressuposto de que toda a sociedade está de acordo com o Estado, com a classe dominante, etc. Esquece a (cada dia maior) diversidade de cosmovisões que convivem na sociedade e merecem respeito [...] (1)

Já vai longe o tempo em que se via na retribuição a razão de punir-se, bem como na admissibilidade de que a pena de prisão resolvia a questão da criminalidade. O tempo e a depuração da ciência demonstraram que isso não passava de puro sofisma penal, e o fato de que alguém esteve encarcerado não significa necessariamente que ele esteja regenerado. Muito ao contrário. Diante das condições dos presídios e penitenciárias, e mesmo pelo fator criminógeno presente nos estabelecimentos carcerários de um modo em geral, a circunstância de alguém ter permanecido privado de sua liberdade fatalmente fará com que retorne ao crime, gerando uma reincidência inevitável nas atuais condições do sistema penitenciário.

Não se pode mais conceber que o Direito Penal seja a panaceia para todos os males, muito menos que ele seja a solução para todos os conflitos que irrompem no meio social. Os regimes que continuarem insistindo nessa visão vesga e deturpada certamente incorrerão em lamentável equívoco e não terão como resolver os seus graves problemas relacionados à criminalidade. Nesses novos tempos em que se prega um direito penal mínimo e a mínima intervenção estatal, insistir-se num fortalecimento do Direito Penal seria retroceder-se no tempo e retornar-se aos primeiros passos da dogmática penal, num período em que os embates filosóficos se situavam entre Escolas ou movimentos penais, a exemplo dos clássicos e dos positivistas, tendo por tema o livre arbítrio e a responsabilidade do agente para definir a culpabilidade e, por consequência, poder aplicar-lhe uma sanção.

Zaffaroni, com a lucidez do seu pensamento, adverte-nos que:

[...] ante esta situación, que se nos ocorre de extrema pobreza fundamentadora y ante las críticas desencubridoras que desacreditan al saber jurídico mismo, pretendemos sostener la posibilidad de reconstruir la dogmática jurídico-penal conforme a las líneas de un derecho penal garantizador y estizado, assumiendo plenamente la realidad de poder del sistema penal y su deslegitimación, es decir, admitiendo basicamente la razon que le assiste al abolicionismo (o al 'minimismo penal', si se prefiere llamar 'derecho penal' al remanente). Adentrándonos por esto sendero, hemos topado com um modelo 'integrado' de derecho penal y criminología de corte diferente, com uma ética básica de la que derivamos la táctica doctrinaria y

judicial y con elementos para una cuidadosa reconstrucción de las garantías, em lo que sirvió de 'lazarillo' el derecho humanitário [...]. (2)

A reconstrução do discurso do sistema penal se faz necessária porquanto esse que aí está não mais convence, além do que, ao contrário de apresentar-se como um verdadeiro silogismo, o que muito consegue ser é um mero sofisma, já que as suas proposições são falsas, logo falsa vem a ser a sua conclusão.

Evidentemente que essa reconstrução não pode ser alcançada de um momento para o outro, mas deve ser fruto de uma meticolosa observação de todas as tendências atuais, deixando claro que o novo modelo não poderá ser mais tanto autoritário quanto o foi ao longo de todas essas décadas em que o Direito Penal imperou soberano, utilizando o carro-chefe da pena de prisão como o exemplo vivo de sua tirania, enquanto ameaçava a todos com a possibilidade de sua imposição (caráter intimidativo geral), muito embora somente viesse a aplicá-la sobre aqueles que infringissem a lei penal (caráter intimidativo particular). Durante muito tempo associou-se a ideia de crime à ideia de pecado, isso por influência da Igreja Católica, tanto que o aforismo *punitur quia peccatum est* foi um dos corolários do pensamento clássico que teve em Immanuel Kant o seu apogeu, com o famoso apólogo da ilha deserta. Dizia Kant:

[...] A pena jurídica (*poena forensis*) que difere da pena natural (*poena naturalis*), em que o vício é por si mesmo o seu próprio castigo, e com o qual nada tem que ver o legislador, jamais pode ser decretada como um simples meio de obter-se outro bem, mesmo em proveito do culpado, ou da sociedade da qual faz ele parte; mas ela deve sempre ser imposta ao culpado pela única razão de ter ele delinquido, porque nunca um homem pode ser tomado para instrumento dos desígnios de outro homem, nem ser computado no número das coisas, objeto do direito real; sua personalidade natural o preserva de semelhante ultraje, ainda que possa perder a personalidade civil. O malfeitor deve ser julgado digno de punição, punível, antes de se haver pensado em tirar-se da sua pena qualquer utilidade para ele ou para os seus concidadãos [...].(3)

A Criminologia é, sem dúvida alguma, o estuário dessas novas aspirações por reunir as condições ideais para que ocorram essas desejadas mudanças, bem melhor do que o Direito Penal, por seu caráter dogmático. Porém, uma criminologia crítica voltada para o debate dos verdadeiros questionamentos que importam ao deslinde da problemática.

A grande questão está, todavia, em encontrarem-se novas formas de se punir que não impliquem em mera retribuição como o foi no passado e tem sido inegavelmente no presente.

Aliás, a própria etimologia do termo punir já traz em si mesmo o estigma de um modelo arcaico e inoperante. Caberá à Criminologia esse relevante papel, já que o Direito Penal, através dos tempos, conquanto tenha se empenhado, não o conseguiu. Encontrar para um crime o castigo que convém, afirma-nos Foucault, “é encontrar a desvantagem cuja ideia seja tal que torne definitivamente sem atração a ideia de um delito. É uma arte das energias que se combatem, arte das imagens que se associam, fabricação de ligações estáveis que desafiem o tempo. Importa constituir pares de representação de valores opostos, estabelecer um jogo de sinais-obstáculos que possam submeter o movimento das forças a uma relação de poder.” (4)

O primeiro passo deverá ser o da revisão de conceitos e a reavaliação de estratégias. O discurso crime-castigo já está por demais obsoleto e apresenta-se inteiramente inviável. Por outro lado, não se pode dar inteira guarida às soluções radicais, como as que resultam do abolicionismo total ou do anarquismo penal, tão caras a Louk Hulsman e que geraram críticas exacerbadas, principalmente as de Ferrajoli, para quem o:

[...] abolicionismo engendra o perigo de alternativas piores que o direito penal: a reação vindicativa descontrolada, seja em mãos individuais ou estatais, e o disciplinarismo social, mediante a internalização de rígidos controles que atuam sob forma de autocensura ou como expressões de polícia moral, coletiva, ou ainda, em mãos estatais, através de técnicas de vigilância total em forma policial ou em forma de controle tecnológico [...]. (5)

Ninguém duvida que a prisão ainda é um mal necessário, mas que seja também um mal necessário de acabar-se. Não que se venha a extinguir de vez com ela, porém que se busquem fórmulas ou meios de se evitá-la cada vez mais. E isso não será possível com o Direito Penal, até porque é um direito que criminaliza, que estigmatiza, que gera encarceração. Essa possibilidade somente virá com a Criminologia, que descriminaliza, que despenaliza, que compreende a problemática do crime sem estigmatizar o delinquente. Deve-se isso ao próprio método científico por ela empregado, segundo afirma Lola Aniyar de Castro:

[...] Um modelo teórico de investigação em criminologia não deve deixar de levar em conta, que a teoria do conhecimento inclui, antes de mais nada, história do conhecimento e a prática social, quer dizer, o enfoque crítico e histórico das ideias e dos valores sustentados pelos científicos, seu estabelecimento em sua época concreta [...]. (6)

Importa, pois, que se proceda a um recomeço. O ponto de partida deverá ser sempre o homem e suas circunstâncias. Em “Esaú e Jacó”, o inigualável Machado de Assis relata-nos que

“a ocasião faz o ladrão”, refutando as conclusões lombrosianas de que o verdadeiro criminoso nasce criminoso. Jorge Amado, também se referindo ao criminoso, via nele uma ambiguidade, tanto para o bem, quanto para o mal, consoante nos apresenta Sérgio Habib, em primoroso estudo sobre a obra amadiana e suas ideias penais. (7)

De uma forma ou de outra, o essencial é o homem, com todas as suas idiossincrasias e perplexidades, como objeto de estudo da Criminologia, a sua conduta e os motivos e razões que o levaram a delinquir. Na lição de Juarez Cirino dos Santos:

[...] o comportamento criminoso pode ser definido sob o ponto de vista: a) das causas eficientes que o determinam, biológicas ou psicológicas (próprias do positivismo biológico), ou sociológicas ou ambientais (próprias do positivismo sociológico); b) das causas formais caracterizadas pelas definições legais de crime (originárias das teorias clássicas e radicalizadas pelo positivismo jurídico); c) das representações do sujeito desse comportamento, ao nível da experiência subjetiva como definida pelo próprio sujeito (desenvolvida pelas teorias fenomenológicas e naturalistas); d) da reação social dos aparelhos de controle social e dos processos de rotulação e estigmatização, e sua influência no comportamento futuro do sujeito (elaborada pelas teorias rotuladoras ou interacionistas); e) da natureza de classe da definição e repressão seletivas do comportamento criminoso, reveladas pela significação política ou conteúdo ideológico do controle social nas formações sociais divididas em classes sociais (teorias radicais fundadas nas categorias do materialismo histórico) [...]. (8)

Como forma de se obter um estudo mais abrangente da problemática da criminalidade, propunha Lyra Filho uma “Criminologia dialética”, na medida em que pudesse melhor examinar o sentido do crime e de seu autor.

Apesar desses novos ventos que arejam o ambiente rarefeito do Direito Penal, com a contribuição necessária da Criminologia, há ainda os que resistem e preferem formar trincheiras no antigo direito, ou pior, insistem em adotar o caminho da contramão da história com fórmulas mirabolantes e extremistas. Refiro-me, especificamente, a esses movimentos de *law and order*, que predominam em certos sistemas ou às teorias radicais de direita, como a que sustenta Günter Jakobs, com o seu *Direito Penal do Inimigo*, adotado por alguns países, a exemplo dos EUA no combate ao terrorismo.

A tarefa não é fácil, não há negar. Mas nem por isso deve-se desistir. Encontrar-se uma nova saída ou novas saídas é o desafio que se nos apresenta, conquanto saibamos que a luta será árdua. Como bem assinala Lopez-Rey, “las tendencias de la criminalidad no son constantes

ni fáciles de establecer. Su inconsistencia y variabilidad es resultado de la actuación condicionadora e interdependiente del poder, desarrollo, desigualdad, condición humana y sistema penal ya examinados”. E arremata, em crítica contundente: “Los países del tercer mundo, agrupados bajo la sigla de ‘los 77’, siguen dando pruebas de su incapacidad para crear outro diferente al capitalista y al marxista y, com ello, una criminología que les sea más propia que la constantemente importada *e imitada de los países*. Assim como ocorreu no final do século XIX e início do século XX, em que novas ideias predominaram no cenário jusfilosófico, com o surgimento das chamadas Escolas Penais, responsáveis pela transformação do pensamento em relação ao crime e criando a dogmática penal, dando-lhe feição de ciência, assim deverá ocorrer hoje em dia, criando-se novas fórmulas para o enfrentamento do crime e da criminalidade, que não sejam a mera repetição de antigas soluções, pois que já não mais satisfazem nem resolvem”.

Se o momento é de crise, toda ela implica em transição, em mudança. Na concepção de Bustos Ramirez:

[...] como en toda transición, estamos ante una disyuntiva. Por eso resulta importante la revisión crítica del Estado y el control y con ello de la criminología y el derecho penal, que nos permita aproximarnos a los ámbitos de una nueva ética social para una nueva época. De ahí asimismo la significación que adquieren las llamadas a las fuerzas progresistas para que revisen los presupuestos los límites de sus propios planteamientos [...].

A grande questão é, em primeiro lugar, de conscientização. Conscientizar-nos de que devemos mudar e para melhor. Se os nossos códigos penais já não conseguem reduzir a criminalidade, muito menos desestimular a violência, o que fazemos então? Nesse sentido, a mudança começará pelo novo posicionamento que haveremos de adotar. O enfraquecimento do Direito Penal tem ocorrido, sem embargo, por sua excessiva utilização, gerando com isso uma inflação de leis penais. A via alternativa passa, seguramente, pela expansão da Criminologia que, como ciência que é, poderá encontrar novos rumos para o melhor enfrentamento da problemática criminal.

Faz um bom tempo que Enrique Bacigalupo, analisando a “Reforma Penal en los países en desarrollo” já vaticinava:

[...] Más que un modelo de unificación, nuestro derecho penal requiere un modelo de reforma. Em esa reforma debemos comenzar por desterrar de nuestro lenguaje científico expresiones que traducen una actitud irracional

frente al problema del derecho. Es preciso terminar con la creencia de que el derecho penal es um “arma” y que su función es “la lucha contra la delincuencia”. El problema penal no se define hoy em día a través de la imagen del enfrentamento de policias y ladrones, sino como uma cuestión mucho más compleja de política social que debe encararse, ante todo, desde puntos de vista muy distintos si es que quiere encontrársele una solución que a la vez no sea un peso sobre nuestras conciencias [...]. (11)

A transformação da criminologia liberal em criminologia crítica é uma realidade da qual não se pode fugir se quisermos realmente entender os meandros da criminalidade sem os estrabismos de uma ciência comprometida com discursos de poder. Outro não é o entendimento de Alessandro Baratta ao afirmar que:

[...] com as teorias da criminalidade e da reação penal baseadas sobre o *labeling approach* e com as teorias conflituais tem lugar, no âmbito da sociologia criminal contemporânea, a passagem da criminologia liberal à criminologia crítica [...]. (12)

Toda mudança implica em coragem. Os jusfilósofos do século XXI certamente haverão de ter essa coragem necessária para mudar as bases e os fundamentos da ciência do direito penal, reaproximando-a da Criminologia, num autêntico esforço interdisciplinar. Por sua vez, os criminólogos haverão de encontrar saídas viáveis dentro da Política Criminal que, sem dúvida, poderá fornecer os meios de concretizar-se essa tão almejada transformação de que a sociedade pós-moderna tanto necessita. Parafraseando o Prof. Sérgio Habib:

[...] assim é o Direito, e tudo o que ele encerra. Afinal, a vida não estará sempre pautada pela experiência dos que viveram e pela imaginação dos que se propõem a construir o amanhã? Quem pensar o contrário sempre admitirá que o futuro continuará a ser o presente. E isso certamente não é possível [...].(13)

NOTAS

1 BERISTAIN, Antônio. *Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia*. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 176.

2 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. 1.ed.6.reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2013, p.10.

3 KANT, Immanuel. *Principes Métaphysiques du Droit* (Tradução Tissot), p. 199-200(Paris,1837) *apud* SODRÉ, Moniz. *As Três Escolas Penais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 215.

4 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução Lígia M. Pondé Vassalo. Petrópolis:Vozes, 1977, p.94.

5 In:ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Tradução Vania Romano Pedrosa, Auri Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p.103.

6 CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Reação Social*. Trad. de Ester Kosovsky – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983, p. 149.

7 HABIB, Sérgio. *Ideias Penais na Obra de Jorge Amado*. Prólogo de Eugenio Raúl Zaffaroni. Brasília: Consulex, 2014.

8 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia da repressão: uma crítica ao positivismo em Criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 30. Sobre o tema, interessante consultarem-se os estudos de Bergalli, Bustos Ramírez, González Zorrilla, Viladàs, Miralles e De Sola, reunidos em *El pensamiento Criminológico II. Estado y Control*. Bogotá: Temis, 1983.

9 ARROJO, Manuel Lopez-Rey y. *Criminologia*. Madrid: Aguilar, 1978, p. XIV; 194.

10 RAMIREZ, Juan Bustos. *El Pensamiento Criminologico*. Vol II, Bogotá: Editora Temis, 1983, p. 34.

11 BACIGALUPO, Enrique. *La Reforma Penal en los países en desarrollo*. Universidad Autónoma de México. México: Ciudad Universitaria,1978, p. 38.

12 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Tradução do original italiano por Juarez Cirino do Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1977, p.158.

13 HABIB, Sérgio. In: Prefácio ao livro *Tutela Antecipada em Revisão Criminal*, obra de autoria de Fabiano Pimentel (Brasília: Consulex, 2012, p.27).

***ADRIANA CRISTINA BATISTA SANTOS** é Estudante Regular dos Cursos Intensivos do Doutorado com área de concentração em Direito Penal da Universidade Federal de Buenos Aires(UBA-AR). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal da Bahia(UFBA-BA). Professora de Criminologia do Curso de Direito da Faculdade Batista Brasileira(FBB-BA). Associada ao IBCCRIM-Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.