

OS OBJETOS SIMBÓLICOS DA PROIBIÇÃO: O QUE SE DESVENDA A PARTIR DA PRESUNÇÃO DE EVIDÊNCIA

Juarez Tavares

Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Subprocurador-Geral da República

1. A partir dos postulados inseridos nas constituições de Virgínia, Maryland e dos Estados Unidos (1776), por um lado e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa (1789), por outro, estabeleceu-se que o crime e a pena estariam subordinados a uma prévia definição e cominação legais. A adoção desse princípio da legalidade foi estendida, praticamente, a todos os países, inclusive o Brasil, que já passa a contemplá-lo na Constituição Imperial de 1822 (art. 175 n° 11). Dada sua característica de princípio delimitador do poder punitivo do Estado, o princípio da legalidade vem sendo, desde há muito, cultivado pela doutrina jurídica como o grande baluarte das liberdades individuais. E, de fato, sem este princípio parece que, à primeira vista, todas as pessoas ficariam inteiramente vulneráveis em face dos caprichos dos governantes e de todas as entidades que, utilizando-se do poder do Estado, quisessem fazer valer seus interesses por meio de uma repressão generalizada, a ser exercida sobre seus opositores. Ninguém duvida, portanto, da importância de se manter esse princípio nas constituições e nos respectivos códigos penais. Há, de certo modo, uma parcimônia doutrinária em admitir sua extensão, também, ao processo penal, mas, dependendo das vinculações que o processo penal venha a ter com o direito penal, sua adoção no âmbito processual se deve ter como necessária e como consequência de uma ordem jurídica democrática.

2. Assentada, assim, a inquestionável validade do princípio da legalidade, não custa especular sobre se, efetivamente, esse princípio pode assegurar uma verdadeira proteção à pessoa humana diante do Estado. Uma vez garantida a liberdade humana, não só por este princípio, mas também na própria Constituição (art. 5°), poder-se-ia supor que a simples invocação desses preceitos já seria suficiente para que nos convencêssemos de que estaríamos juridicamente protegidos.

3. A questão, entretanto, parece que comporta alguns desdobramentos na realidade, que são esquecidos ou relegados pela doutrina. O que se observa é que uma vez adotado o princípio de que qualquer crime deva estar, previamente, definido em lei, se de fato isso ocorrer, ou seja, se uma certa conduta vier a ser capitulada, legalmente, como criminosa, a primeira conclusão a que se chega é que essa criminalização é legítima, ou seja, a definição legal de uma conduta como criminosa torna essa criminalização uma evidência, à primeira vista, incontestável. Portanto, o princípio da legalidade, que inicialmente se apresentava como uma garantia da liberdade, passa a servir de legitimação dos atos destinados a suprimir essa liberdade. Por esta característica, portanto, da aplicação prática da legalidade dos crimes em face de sua, inicial, previsão teórica, já não se poderá dizer, com tanta convicção, que o princípio da legalidade constitui um baluarte intransponível de defesa da pessoa humana. Neste caso, a realização prática da legalidade, como forma jurídica, implicará uma transmutação, ou seja, uma metamorfose: do herói para o vilão. A pergunta que fica é a seguinte: que faz a pessoa diante desse quadro? Há muitas respostas, mas parece que nenhuma delas é muito confortante.

4. Há uma passagem interessante na obra de *Rudolf Carnap* e *Martin Gardner* que, independentemente da sua filiação científica ao neopositivismo, bem pode caracterizar os efeitos dessa metamorfose. Ambos, na verdade, não estavam preocupados com a relação entre legalidade e evidência, mas sim com a impropriedade da linguagem para retratar a explicação objetiva dos fenômenos. De qualquer forma, sua referência é muito interessante e posso valer-me dela para, modificando um pouco sua exposição, ilustrar o pensamento. Se eu sou xingado por alguém, que me humilha com palavras ofensivas à minha honra, ou até me bate, lesionando-me, tenho sempre à minha disposição um dado empírico, que me torna capaz de reagir a essa interferência: posso mesmo redarguir à ofensa, xingando também meu ofensor ou me defender da agressão, vindo, igualmente, a lesioná-lo. Mas se saio de casa e me vejo colhido por uma tempestade, que me surpreende e me encharca, o máximo que posso fazer, diante da minha falta de domínio

sobre o fato empírico da natureza, é proferir imprecisões.¹ Parece que a pessoa, frente ao princípio da legalidade, se encontra mesmo nessa última posição, ou seja, à primeira vista, só lhe resta protestar. Poder-se-ia dizer que isso não é verdade, que a pessoa sempre dispõe de meios jurídicos para se opor a incriminações injustas, indevidas ou absurdas, de modo a invalidá-las por sua ilegitimidade. Mas aí é que está o nó górdio da questão: como desatar esses meios jurídicos de forma a transformá-los em instrumentos de efetiva defesa da pessoa?

5. Na definição dos delitos, ou seja, na origem e no cerne da questão da evidência, que caracteriza a legitimidade da incriminação, está inegavelmente presente a tradição jurídica de que, uma vez produzido um certo efeito, há de se buscar um culpado por sua realização. Essa herança positivista, que conduz a querer transformar a causalidade no fundamento de qualquer indagação jurídica, jamais se viu afastada de nossas especulações. E, do mesmo modo que o princípio da legalidade, a causalidade também conduz a evidências e a formas de legitimação. Pense-se, por exemplo, nos acidentes de trânsito. Verificado um acidente, mais do que depressa se age para atribuí-lo a alguém, sempre ou quase sempre ao motorista infrator, cuja atuação produtora de efeitos (no caso, a morte ou lesões na vítima) é sempre levada como fundamento para a punição. Na medida em que a punição se exerce em função da causalidade do ato, mais se afirma a presunção de legitimidade da criminalização imposta na lei, quer dizer, a ocorrência de uma lesão material torna evidente a validade da norma. Essa fundamentação da causalidade está presente não apenas na ordem jurídica, mas na própria consciência de cada um, que orienta sua ideologia repressiva a assinalar a culpa e exigir a pena.

6. Por outro lado, não podemos esquecer que o direito trabalha também com certa dose do que se denomina de racionalidade, o que significa que, embora a atribuição de culpa tenha por base a causalidade, o direito não pode, sem mais, desnudar seus propósitos, porque ficaria enfraquecido. Precisa, assim, de mais um argumento, que perpetue a legitimidade de suas normas e, assim, transforme um princípio de garantia em evidência

¹ *Rudolf Carnap e Martin Gardner*, Einführung in die Philosophie der Naturwissenschaft, München, 1974, p. 10.

criminalizadora. Esse argumento, nossa tradição foi encontrar na racionalidade. Mas nossa tradição jurídica não quer se contentar com a racionalidade vista a partir de um dado da pessoa, que deu lugar a toda uma escola personalista, senão tomar a racionalidade como uma expressão da vontade do Estado, que advém de uma célebre tradição hegeliana. Se é o Estado que detém o privilégio de dizer, por meio da legalidade, o que é a racionalidade, a legitimação das normas penais a partir dessa racionalidade nada mais será do que a evidência decorrente de sua legalidade. Cai-se, assim, num círculo vicioso: legítimo é o que Estado declara como tal por meio da legalidade, que por sua vez é racional, porque o Estado a declara como legítima. A expressão de que todo real é racional e todo racional é real não está, portanto, distante de toda a argumentação jurídica que nos é destilada por nossa tradição doutrinária. Mais uma vez, assim, a argumentação sobrepõe à garantia da pessoa humana para justificar a incriminação de seus atos.

7. Mais evidente ainda se pode notar essa metamorfose da garantia em incriminação, quando se procede a uma análise de nossa legislação penal, a partir de seus objetivos, que nem sempre correspondem aos respectivos enunciados. Isto já foi tratado por *Hassemer*, que o tira por base para fundar o que ele chama de direito penal comunicativo em oposição ao direito penal simbólico.² Não é meu objetivo trabalhar, minuciosamente, o simbólico e sua relação com o comunicativo. O que me importa é analisar a relação entre o processo de legalização e o uso do simbólico. De qualquer modo, podemos utilizar aqui um ponto de partida de *Hassemer*. Geralmente, diz *Hassemer*, as leis portam dois objetivos diversos, em um mesmo contexto: um objetivo direto ou manifesto e um objetivo oculto ou latente. A existência desses objetivos, por sua vez, está inserida no próprio processo de racionalização da incriminação. Se à incriminação não basta a ocorrência da causalidade, mas também a sua identificação com uma certa racionalidade, que no fundo está centrada na própria legalidade, os objetivos contidos nas normas incriminadoras são formas de manifestação dessa racionalidade criminalizante. Daí os motivos de certos autores justificarem e até mesmo aplaudirem esta dicotomia de objetivos, como meio pelo qual se encontra a justificação e, assim, a legitimação da

² *Winfried Hassemer*, Das Symbolische am symbolischen Strafrecht, Festschrift-Roxin zum 70, 2001, p. 1017.

incriminação.³ Isso é fácil de ser compreendido. Se o direito penal tem como objetivo a proteção de bem jurídico – isso é o que dizem os expertos, ainda que sem qualquer prova empírica de sua eficácia –, suas normas incriminadoras devem estar sedimentadas em obter das pessoas um certo comportamento, de modo a tornar eficaz aquele objetivo. Ocorre, porém, que essa proteção é absolutamente ilusória, é produto de pura ficção racionalista e todos os doutrinadores sinceros sabem disso, mas, apesar disso, trabalham com isso, ou seja, querem acreditar (é uma questão de vontade de crença, nada mais) que o direito penal tem alguma utilidade racional. Parece contraditório que se possa combinar racionalidade com utilidade, mas no direito penal, em benefício de propósitos nitidamente incriminadores, essa aparente contradição faz cair por terra toda a tradição kantiana, que sustentava a sua divergência. É muito conhecida a assertiva de *Kant* de que um ato moral não pode seguir objetivos utilitários, mas unicamente centrar-se no cumprimento do dever.⁴ O problema é que, da mesma forma como se dá com os hegelianos, o dever aí nada mais é do que o dever imposto pelo Estado. *Kant* busca superar a referência do Estado, imaginando uma suposta lei universalizante desse dever, mas depois irá ceder e dizer que o Estado, no fundo, é quem encarna essa norma universal. Veja-se, por exemplo, sua frase muito citada, mas pouco refletida: “A lei penal é um imperativo categórico”.⁵ Nada mais do que uma expressão de candente defesa da legalidade racionalizada.

8. A discrepância entre os objetivos manifestos ou diretos e os ocultos ou latentes dá lugar à discussão em torno da questão da ilegitimidade das normas penais e da pretensão à sua legitimação simbólica. Na medida em que a doutrina busca enfrentar as dificuldades de uma racionalização das normas penais a partir de sua identificação com a legalidade, está claro que cada vez mais irá se valer de argumentos e objetivos simbólicos, os quais passam a se entranhar em toda produção jurídica. O simbólico passa a fazer parte da argumentação, como meio pelo qual a doutrina se faz comunicar com a realidade, justificando as normas incriminadoras como obra de uma legalidade racionalizada. Da

³ *José Luis Díez-Ripolles*, *Symbolisches Strafrecht und die Wirkung der Strafe*, in: *ZStW* 2001, S. 516 (518).

⁴ *Immanuel Kant*, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, Werke in sechs Bänden, Stuttgart, 1995, V, p. 181.

⁵ *Immanuel Kant*, *Metaphysik der Sitten*, Werk in sechs Bänden, Stuttgart, 1995, V, p. 399.

mesma forma como ocorre com a tradição hegeliana, que identifica legalidade e racionalidade no Estado,⁶ o argumento em torno de objetivos simbólicos visa a demonstrar a validade de uma incriminação na medida em que esta, por meio da legalidade, se comunica com seus destinatários, direta ou indiretamente. O argumento simbólico se insere como um reforço da legalidade. Em vez de o simbólico representar um avanço no sentido de uma apreciação crítica da realidade, quer fazer crer aos destinatários da legalidade que esta é não apenas legítima, mas útil. Desde os tempos mais remotos, quando o simbólico era usado para representar os dados de parentesco, em torno do totem ou, mesmo depois, nas trocas de pedaços de pedras ou colares, que davam legitimidade à alegação sobre a origem de seus portadores (na Grécia, o simbólico era representado por uma pedra repartida em vários pedaços e distribuídos aos diversos parentes como forma de sua identificação)⁷, guarda ele uma certa dose de utilidade. Aliás, mesmo nos cultos religiosos do ocidente, em que o simbólico quer concretizar em cada ato a ressurreição, há sempre, por detrás disso, a atitude de, por meio do mistério, induzir a submissão dos crentes à necessidade daqueles cultos. Outra não era a função do totem (o símbolo), como meio de indução à submissão das relações de produção impostas pela comunidade, portanto, também uma função de utilidade.

9. Se o simbólico é, agora, a expressão de uma utilidade, na verdade, seu uso está associado à necessidade de justificar de qualquer modo a legalidade, ainda que esta legalidade não corresponda aos interesses diretos da comunidade, ou seja, ainda que ela careça de legitimidade. Visto desta forma, também os códigos contêm, sempre, uma natureza não apenas protetiva, como quer a doutrina, mas simbólica e, portanto, justificativa. É justamente diante dessa natureza oculta dos códigos que se revelam os interesses dos próprios julgadores, muito bem representados por *Kafka*, quando o Sr. K verifica que os textos de lei pelos quais será, afinal, julgado, não passam, na realidade, de esboço de pintura erótica e de uma história trágica da mulher que é maltratada pelo

⁶ *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Hamburg, 1995, p. 207.

⁷ *Georgi Schischkoff*, *Philosophisches Wörterbuch*, Stuttgart, 1991, p. 708; *Manfred Lurker*, *Wörterbuch der Symbolik*, Stuttgart, 1991, p. 719.

marido.⁸ Veja-se que o acesso à realidade dos textos, ou seja, ao esboço erótico ou à história trágica, é vedada ao imputado Sr. K, o qual só a apreende em virtude de sua própria insistência e atitude um tanto ao revés das vedações judiciais, reforçadas pelas circunstâncias de uma simpatia ou desejo erótico pessoal da camareira. A verdade do conteúdo dos textos vai indicar que a lei não é aquilo que se apresenta como tal, ou seja, que se apresenta como legítima, na medida em que é expressa pela voz da autoridade, que tanto pode ser o legislador quanto o juiz; mas, pelo contrário, encerra outros objetivos, tão diversos quanto diversos os interesses da autoridade que os manifesta. Os verdadeiros objetivos, portanto, não estão na própria evidência de legalidade, mas naquilo que expressa os sentimentos e os interesses da autoridade. O julgador quer apresentar os códigos como legítimos e, ao mesmo tempo, inacessíveis, simbolizando, por seu lado, a necessidade de sua aplicação. No fundo, os códigos do julgador do Sr. K são absolutamente ilegítimos, mas essa ilegitimidade é ocultada graças precisamente à sua legalidade, imposta pela autoridade. Não é à toa que os partidários do positivismo veem a validade de uma norma a partir de sua emissão por ato de autoridade.⁹

10. Passando-se da ficção à realidade, vemos que também o conteúdo de nossos códigos é, ao mesmo tempo, inacessível e simbólico. Inacessível, na medida em que, por exemplo, nos chamados crimes de perigo abstrato, prescinde de uma demonstração empírica de necessidade ou de um juízo de probabilidade acerca de que determinada ação esteja em condições de produzir uma lesão em alguém ou um dano a seu patrimônio, ou seja, que tenha carga suficiente para gerar um perigo de dano. Mas, ao contrário disso, a simples legalidade do enunciado da conduta induz uma legitimidade decorrente de uma presunção, não apenas de que o perigo esteja presente, quanto de que seja evidente a proibição da própria conduta. Se não importa para o deslinde da legalidade que se demonstre o contrário, de que o perigo jamais teria sentido em função da prática concreta

⁸ *Franz Kafka*, *Der Prozess*, in *Das Werk*, Frankfurt am Main, 2004, p. 245: “K schlug das oberste Buch auf, es erschien ein unanständiges Bild. Ein Mann und eine Frau saßen nackt auf einem Kanapee, die gemeine Absicht des Zeichners war deutlich zu erkennen, aber seine Ungeschicklichkeit war so groß gewesen, dass schließlich doch nur ein Mann und eine Frau zu sehen waren, die allzu körperlich aus dem Bilde hervorrugten, übermäßig aufrecht dasaßen und sich infolge falscher Perspektive nur mühsam einander zuwenden (...) des zweites Buches auf, es war ein Roman mit dem Titel: Die Plagen, welche Grete von ihrem Manne Hans zu erleiden hatte. Das sind die Gesetzbücher (...)”

⁹ *Peter Koller*, *Theorie des Rechts*, Wien-Köln-Weimar, 1997, p. 25..

da atividade em si proibida, então chegaremos aos mesmos argumentos do inspetor de polícia, quando diz ao Sr. K: *nós não buscamos a culpa em alguém, nós somos atraídos pela culpa.*¹⁰ Buscar a culpa significaria demonstrar que alguém produzira uma situação que pudesse gerar uma atribuição de culpa, quer dizer, a culpa necessitaria de um elemento empírico, sem a qual a busca seria inútil. Agora, ser atraído pela culpa significa tomar a culpa como evidente e, portanto, absolutamente manifesta para assegurar a legitimidade da punição. A culpa passa a representar, assim, não um juízo de atribuição formulado e desdobrado sobre dados concretos, que tenham que ser demonstrados com provas e contraprovas, mas, sim, apenas um símbolo, ou um rótulo, que deverá ser fixado na cabeça do autor, e tão-só, para legitimar a legalidade da incriminação e da aplicação da pena. E como bem observa o inspetor: “(...) como se diz na lei (...)”, ou seja, a atração pela culpa estaria legalmente legitimada. O decisionismo cogente inexistente, portanto, sem o respaldo da legalidade.

11. Em um Estado Democrático, entretanto, a incriminação não pode ser enunciada como evidente apenas pela circunstância de que seja legalizada. Se a legalização é importante para conter, em um primeiro momento, as ânsias punitivas do poder, deverá, também, submeter-se a um procedimento de verificação de sua legitimidade, que não pode, portanto, confundir-se nem com a legalidade nem com a racionalidade. Esse procedimento de verificação pode se dar por meio de um confronto empírico com o mundo vital ou por um processo de desconstrução interna.

12. Em qualquer caso, enfrentar a evidência de legitimidade decorrente da legalidade não é uma tarefa muito fácil, porque deve superar tanto a presunção de evidência quanto a tradição jurídica que a sustenta. Geralmente, a doutrina traça uma lista de exigências que devem ser atendidas para conter o déficit de legitimidade das normas incriminadoras: da necessidade da lesão do bem jurídico, da clareza e taxatividade dos enunciados, da observância dos princípios da fragmentariedade, da intervenção mínima e da humanidade e da necessidade e idoneidade da intervenção. Além disso, exige-se que a incriminação se

¹⁰ *Franz Kafka*, *Der Prozess*, p. 214: “(...) sucht doch nicht die Schuld (...), sondern wird, wie es im Gesetz heißt, von der Schuld angezogen (...)”.

refira a uma ação, que essa ação produza um resultado, que esse resultado possa ser empiricamente aferido e que seja possível reconhecer um sujeito como condutor da ação e que tenha atuado com certa autonomia na produção do evento. Estes enunciados, que correspondem, em certa medida, a parâmetros empíricos, são esgrimidos pela doutrina com certa maestria, mas não dizem respeito diretamente à questão da legitimidade decorrente da legalidade. Para se enfrentar a evidência de legitimidade decorrente da legalidade será preciso, antes de tudo, desvendar os símbolos que são utilizados para justificar a intervenção punitiva, portanto, fazer-se uma desconstrução interna da incriminação.

13. Revendo novamente a relação entre o empírico e o legal, é preciso ter em conta que o simbólico se contrapõe ao empírico. Assim, o primeiro pressuposto desse embate deverá estar centrado na necessidade de se exigir que toda e qualquer proibição esteja lastreada em fundamentos empíricos. O legislador usa o simbólico como forma de ocultar, primeiramente, o déficit de legitimidade de normas incriminadoras que não correspondam a um dano concreto. A ausência desse dano concreto, que deveria estar presente na norma incriminadora, mas não está, induz o legislador, de conformidade com sua pretensão punitiva, a presumir sua ocorrência, o que faz, elaborando normas que passam a valer por elas mesmas, a partir de uma presunção de que esse dano, embora não esteja presente, poderia estar, desde que, e tão-só, fosse realizada a conduta proibida. O perigo abstrato constitui, portanto, a modalidade exemplar da utilização de um símbolo, que é esse mesmo perigo presumido, como meio de justificação e legitimação da incriminação. Se o que se quer é desvendar a evidência da legitimação, então, a tarefa inicial deveria ser a de exigir do legislador que indicasse onde, quando e como esse perigo apareceria, o que implicaria vedar que por meio de sua mera alegação de existência se pudesse criminalizar uma conduta. Com isso se poderia sedimentar, desde logo, que a proibição seria ilegítima se tivesse como evidente tão-só a presunção de perigo. A presunção de perigo, dada sua inconsistência e pura normatização, se choca com qualquer forma de argumentação científica, que não pode prescindir de dados concretos que a sustentem. Convém, por outro lado, não cair na armadilha de também justificar a incriminação, uma vez que o legislador tenha anunciado que a existência do

perigo deva ser comprovada concretamente. Mais uma vez será preciso, então, verificar, se essa indicação do perigo concreto não é também uma forma de iludir a investigação de evidência. Há muitos casos, por exemplo, em que a simples indicação de um perigo concreto não é suficiente para legitimar a incriminação. Casos em que a manifestação da conduta só adquire sentido em face do dano e não apenas do perigo, ainda que concreto, como ocorre nos delitos de furto, roubo, apropriação indébita, receptação, estelionato e outros. O furto não estará completo se não houver o dano patrimonial. A apropriação indébita é crime de dano e não de perigo, como se poderia falsamente evidenciar a partir do ato de inversão do título da posse, que caracteriza sua consumação. Quando se diz, assim, que a incriminação deve estar submetida à demonstração de um fundamento empírico não se quer dizer que basta que o legislador transforme os delitos de perigo abstrato em perigo concreto. Ele precisa atentar para as características empíricas da conduta e de seu sentido para aquela incriminação evidenciada legalmente.

14. Mas o legislador usa ainda o simbólico para, politicamente, justificar seus objetivos que estão por detrás da manifestação de legalidade. O confronto que se deve fazer, então, não é simplesmente exigir-lhe a demonstração do dano que quer evitar, senão que enuncie com clareza a norma, pondo de manifesto seus objetivos para que essa norma possa se submeter aos reparos quanto à sua legitimidade. O confronto aberto dos objetivos da lei e dos interesses da comunidade é uma condição de um Estado democrático. A norma deve ser, assim, entendida como um instrumento de comunicação e, como tal, deve expressar exatamente o objetivo de seu emissor. O emissor da norma não pode, pois, usar o simbólico para, usurpando seu mandato, confundir o seu destinatário, fazendo crer que regula certo ato, quando, na verdade, persegue outros objetivos, que, uma vez postos à mostra, evidenciam a ilegitimidade da proibição ou do comando.

15. Ademais desse pressuposto, a proibição e o comando devem estar subordinados a um rigoroso procedimento de produção, no qual se exija muito mais do que o simples atendimento a formas jurídicas de aprovação parlamentar. No mundo moderno, tem adquirido força uma concepção que busca legitimar as normas mediante um

procedimento de obtenção do consenso.¹¹ Parece que a doutrina repete essa máxima como se fosse uma proposição universal inquestionável, como base inarredável de um Estado democrático de direito. Isso vale tanto para a doutrina do direito constitucional quanto para a doutrina penal. Essa busca ao consenso não se resume a uma questão legislativa. O consenso, a partir de certo momento, passa a ser usado também como critério de verdade, ao qual estarão subordinadas todas as investigações científicas.¹² Mas o problema não está propriamente na adoção do consenso, mas sim na sua identificação. Afinal, como se pode obter o consenso?

16. Em uma sociedade absolutamente desigual, fica difícil afirmar que houve consenso em torno de determinada norma. Ademais, não há em todo mundo uma sociedade em que não haja exclusão social, mesmo nas democracias mais avançadas. Por outro lado, todos os procedimentos usados para dar legitimidade ao discurso, pelo qual se manifesta o consenso, são muito atraentes, mas, ao mesmo tempo, absolutamente teóricos e imprecisos. O consenso, portanto, obtido por meio do chamado domínio do “melhor argumento” é tão ficcionista quanto a afirmação da doutrina de que o direito penal protege bens jurídicos. O consenso, no fundo, é mais outro símbolo ou, como diriam os semiólogos, um argumento simbólico a legitimar a evidência. Mais uma vez se cai no mesmo círculo vicioso: o consenso produz a norma, a norma se expressa pela legalidade, a legalidade é a forma de expressão do consenso e, portanto, não há consenso se não houver norma que o sedimente; a incriminação é legítima, na medida em que é expressa por uma norma assim obtida. Se o consenso quis servir de argumento para afirmar que a norma é legítima, esse argumento não passa de um argumento simbólico: o consenso como símbolo de uma sociedade organizada, democrática, livre e igualitária. Mas, desde quando as classes sociais desapareceram? Se isso ainda perdura, então será mais racional, se quisermos usar a palavra “racional”, acolher-se o dissenso e verificar como será possível legitimar uma norma apesar do dissenso. Para tanto, o consenso deverá deixar de

¹¹ *Jürgen Habermas*, *Philosophische Texte*, Frankfurt am Main, 2009, tomo 3, p. 410: “Wenn alle möglicherweise Betroffenen in praktischen Diskursen gemeinsam zu der Überzeugung gelangt sein sollten, dass in Ansehung einer regelungsbedürftigen Materie eine bestimmte Handlungsweise für alle Personen gleichermaßen gut ist, werden sie diese Praxis als verbindlich ansehen. Der diskursive erzielte Konsens hat für die Beteiligten etwas vergleichsweise Definitives”.

¹² *Karen Gloy*, *Wahrheitstheorien*, Tübingen e Basel, 2004, p. 203.

ser o símbolo de uma mera ficção, mas então, o consenso desaparece e não serve para mais nada. Na medida em que o dissenso passe a também ser acolhido na discussão de uma norma incriminadora, chegar-se-á à conclusão de que toda incriminação é, então, ilegítima, porque não se pode conceber uma norma incriminadora que contrarie parcelas relevantes da própria comunidade. A incriminação transparece, portanto, como meio de produção e intensificação de conflitos e não de instrumento apto a solucioná-los.

17. A norma incriminadora não pode implicar, além disso, uma dessocialização da pessoa, que resulta da imposição do rótulo da culpa e da execução da pena, quer dizer, a incriminação só deixa de ser ilegítima se puder demonstrar que a pessoa por ela afetada não foi objeto de um procedimento de exclusão social. Como isso é, praticamente, impossível, em termos empíricos, parece que, mais uma vez, também por essa via a incriminação é injustificável. Além do mais, a prevalecer a evidência dos fatos, todos sabem que a incriminação conduz a uma exclusão social, maior ou menor, conforme a posição concreta de classe da pessoa afetada. Não desnatura essa evidência o aparecimento de casos excepcionais, nos quais a pessoa de comportamento desviante se diz recuperada, depois de haver sido condenada ou cumprido pena. A condenação importa sempre um desconforto psicológico duradouro, decorrente da humilhação contida no juízo condenatório, a qual não pode ser contornada pelo retorno ao emprego, pela obtenção de uma ocupação lícita ou pela própria declaração do afetado de que se sente ressocializado. *Fabricius* demonstra muito bem como se processa o juízo de culpabilidade e como isso interfere para sempre, de maneira profunda, na estrutura psicológica do condenado, não apenas em função exclusiva de seu pronunciamento, mas da própria obediência a que é submetido.¹³

18. Resta verificar duas outras propostas: contrapor liberdade à incriminação e liberdade à pena. Se a incriminação não se pode legitimar com fundamentos empíricos, nem pelo consenso e nem em função de sua utilidade social em face do processo de exclusão

¹³ *Dirk Fabricius*, *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*, tradução de Juarez Tavares e Frederico Figueiredo, Curitiba, 2006, p. 25: “Na medida em que a regulação através da obediência se torna dominante, o verdadeiro *si mesmo* (Selbst) é empurrado à *clandestinidade* e a consciência é narcotizada e silenciada.”

social, parece que entramos em um beco sem saída. A consequência imediata seria a completa abolição do sistema penal. Esta proposta não é desarrazoada em função de seus efeitos. Abolir a punição não é, assim, uma proposta indecorosa.¹⁴ Se isto é uma ficção, como querem esgrimir contra ela seus opositores, também é uma ficção toda a base sobre a qual se assenta o direito penal, mas com piores consequências: justifica-se uma incriminação, sem mais, pela evidência de sua legalidade. Este é o fato. Mas a questão pode conduzir a outros contornos. Se pudermos compreender que a liberdade humana é o fundamento de toda ordem jurídica, as normas que compõem esse ordenamento só têm legitimidade se foram editadas em função dessa liberdade. Poder-se-ia pensar que o fundamento da ordem jurídica seria a dignidade da pessoa humana, mas a dignidade está muito mais para um instituto de estrutura metafísica ou racional do que como dado empírico concreto e absolutamente tangível, como a liberdade. A própria noção de dignidade, que no direito penal, por exemplo, vem de certa forma associada à chamada honra subjetiva das pessoas, como no crime de injúria, é derivada de um enunciado, de origem kantiana, de que a ordem jurídica só seria moral se tratasse a pessoa como um fim e não como simples meio. Vê-se, então, que essa expressão “dignidade” só ganha significado a partir do direito, daí se dizer que constitui um princípio ou um postulado normativo, pelo qual se orientariam as demais normas. Se a dignidade só tem sentido em função de sua adoção normativa, ou seja, como uma norma superior, não está ela apta a fundar legitimamente a ordem jurídica. Em seu nome, condutas podem ser bem criminalizadas, sem a mínima atenção a pressupostos empíricos ou a demonstração de um dano material a alguém. Veja-se, por exemplo, a criminalização no Brasil da clonagem de seres humanos (Lei 11.105/05, art. 26), cujo objeto de proteção, o chamado bem jurídico, não foi até hoje suficientemente esclarecido e cuja punição vem sendo justificada como uma forma de defender a dignidade da pessoa humana.¹⁵ Afinal, qual dignidade? Da

¹⁴ *Mauricio Martínez Sanchez*, La abolición del sistema penal, Bogotá, 1990, p. 7: “De todas formas consideramos que los planteamientos abolicionistas nos *son muy útiles* para reducir al mínimo la intervención penal; que la reforma radical del sistema por el que propugnamos, debe tener en cuenta las denuncias contra la inhumanidad del sistema formulado por dicha corriente de la criminología contemporánea o crítica; que la represión estatal ejercida a través de lo penal en terrenos que no debe intervenir, dificulta el ambiente de relaciones democráticas que requieren las fuerzas sociales promotoras del cambio y del progreso.”

¹⁵ Há uma corrente doutrinária que considera que o bem jurídico no delito de clonagem seria a “irrepetibilidade do ser humano”, o que, está claro, contraria todos os substratos do conceito de bem jurídico, que não pode ser confundido com uma simples relação. O bem jurídico só pode ser tratado como

pessoa que é clonada e dá seu consentimento para isso ou do próprio clone? Em face desses problemas, parece que a liberdade pode ser tomada como o paradigma empírico de construção de uma ordem normativa. Pode-se dizer que a vida também entra nesse rol de paradigma essencial. Parece que sim, mas a liberdade está também presente na própria execução da pena, quando é ela suprimida para assegurar, como dizem, os bens jurídicos. Daí sua importância atual na configuração dos opostos à incriminação. Se a incriminação implicar ainda a supressão da vida, a vida igualmente deverá ser vista como o paradigma básico da ordem jurídica. Por outro lado, se elegêssemos a vida como paradigma essencial, sem levar em conta suas particularidades, teríamos que dar conta das justificativas para descriminalizar o aborto ou permitir a ortotanásia, com argumentos não muito convincentes. Se assim é, então, a proteção da liberdade deve constituir a essência do direito e se contrapõe, portanto, à incriminação. Por outro lado, pode-se argumentar que a liberdade pode, às vezes, ser perturbada por outros que abusam dessa mesma liberdade. Isso de fato ocorre e justamente por isso devemos encarar essa questão da oposição entre liberdade e incriminação como a questão a ser enfrentada pelo direito.

19. Há um dado, ademais, que não podemos desconsiderar: que todo processo criminalizador visa, de forma direta ou indireta, à supressão da liberdade. A pena, então, constitui um componente necessário nesse processo. Ainda que, hoje, por exemplo, se substitua a pena de prisão por uma pena alternativa, essa mesma pena alternativa, tal como vigora em vários delitos – agora, em especial no uso de droga ilícita –, tem um caráter aflitivo, que implica uma forma de constrangimento. A liberdade, portanto, não deixa de ser afetada quando se vê restringida por imposições de cumprir certas tarefas, de se submeter a tratamento médico ou frequentar cursos que busquem reorientar a ideologia

algo substancial, pelo qual se torne viável um processo de refutação e pelo qual se possa orientar o destinatário da norma. Afinal quais são os parâmetros que podem ser usados para questionar a adoção da irrepitibilidade? Como se comprova empiricamente a necessidade de não se repetir alguma coisa? Como se pode conferir um valor à irrepitibilidade? Como posso orientar minha conduta em face de um valor referenciado a uma simples vedação à repetição? A não repetição pode valer como uma regra formal, a impedir, por conveniência administrativa, que atos já consolidados possam ser revistos, como, por exemplo, nos concursos públicos, que só admitem uma revisão de prova. Mesmo assim, a vedação à revisão repetida pode ser, a qualquer tempo, questionada no judiciário, em face da lesão de direito individual. Mas daí não se está mais procedendo a uma análise da repetição em si mesma, senão do conteúdo do ato de correção. O que ocorre, na verdade, com o conceito de bem jurídico é bastante simples: é mais um elemento simbólico, usado semanticamente, para legitimar a incriminação.

do imputado conforme as regras dominantes de convivência. Não ilide essa argumentação tampouco o fato de ser aplicada a algumas infrações a pena de multa. A multa como pena, embora não possa ser convertida em prisão, caso não seja paga, também implica um constrangimento. A obrigação de pagar, com as repercussões secundárias que envolvem seu inadimplemento, é um ato que afeta a liberdade, não apenas o patrimônio. Dizer-se que a multa afeta só o patrimônio é desconhecer a realidade daqueles que, sendo muito pobres, mas não insolventes, tenham que se sacrificar com jornada de trabalho dobrada para pagá-la. Se não há uma ofensa direta à liberdade por meio da forma tradicional de constrangimento, se faz presente uma modalidade especial de restrição, que afeta a liberdade de conduzir sua vida conforme suas próprias perspectivas e não as do órgão criminalizador. Se, pois, a liberdade se contrapõe não apenas à incriminação, mas também às penas em geral, a questão está em se decidir se a imposição de uma pena em face de uma ofensa à norma proibitiva, de cuja confecção o autor não participou nem poderia participar, está de conformidade com uma ordem jurídica legítima.

20. As pessoas em geral buscam uma punição para quem tenha causado um dano em outrem. Como disse, isso faz parte de nossa herança cultural, positivista e, contraditoriamente, religiosa. Mas se estamos demonstrando que o objetivo de todo processo de produção da punição nada mais é do que camuflar o verdadeiro interesse do poder punitivo do Estado, com muito maior razão não poderemos nos deixar levar por sentimentos nem da pessoa individual nem da comunidade. A questão, porém, não pode ficar resumida a isso. Temos diante de nós uma legalidade, pela qual o Estado impõe a punição. Se esta punição não pode ser legitimada, só nos resta eliminá-la. Ocorre que o Estado não aceitará essa abolição do sistema penal, porque isto implicará retirar-lhe a própria capacidade de legislar, a qual lhe dá sustento e poder. Estamos, assim, diante de uma crise institucional praticamente insuperável. Ainda que se conserve ao Estado sua capacidade de legislar e dada a característica dessa legislação, de que a presunção de evidência que disso resulta está sempre associada à imposição de uma pena, como forma de poder, a legitimação dessa capacidade estatal jamais poderá ser obtida, caso persista o confronto entre punição e liberdade. Por outro lado, o Estado tem que demonstrar que suas proibições normativas são legítimas, mediante todos aqueles argumentos trazidos

anteriormente à discussão. Mas o Estado não pode demonstrar essa legitimidade, a não ser mediante um processo de presunção de evidência, decorrente de uma legalidade racionalizada e por isso mesmo imposta pela autoridade. Isso, porém, solapa derradeiramente as bases supostamente consensuais e legitimantes de uma democracia. Se é a autoridade que afinal decide acerca da incriminação, então, para que serve o consenso? Como o Estado, portanto, não pode demonstrar essa legitimidade, parece-lhe restar apenas um modo de fazer executar uma proibição ou comando normativo: mediante uma sentença declaratória de culpa, sem a consequente imposição de pena. Claro que se estará, então, desconstruindo todo o objetivo do processo de imputação, que está centrado na imposição da pena. Na verdade, a pena sempre foi usada pela autoridade na estrutura da legalidade, como forma de justificação dessa mesma legalidade e também como símbolo de sua legitimidade. Mas se a legitimidade tem sua própria base desconstruída, em termos de procedimento democrático baseado no consenso e se a legalidade, como já se viu, não passa de um apelo simbólico de justificação do poder, só cabe mesmo ao Estado exaurir o faro da culpa também em um procedimento simbólico, sem qualquer outra consequência. Tal deverá ser a única e verdadeira missão do sistema penal. Será que estamos falando em ficção? Mas, afinal, o que no direito penal não está impregnado de ficção?