

## DIREITO PENAL E PÓS-MODERNIDADE

JOÃO MESTIERI

A sanção do direito penal, por ser a mais contundente, é a responsável pelo diagnóstico das maiores aberrações do exercício do controle social formal pelas cortes de justiça. É na justiça criminal que identificamos as dicotomias mais salientes entre o que imaginamos seja o Estado e sua organização monopolista e aquilo que em realidade ocorre a cada vez que um seu tentáculo atinge um cidadão determinado sobre um fato determinado da vida de relação. Nesses momentos repensamos as regras básicas da igualdade dos homens perante a lei, o direito a um julgamento justo, etc.

Curiosamente, quase ninguém considera os antecedentes do fato objetivo e o universo que o cerca. Claro que é importante saber se o réu está com seus direitos garantidos, se a paridade processual está sendo observada, bem como considerar os princípios outros basilares do direito material e do processo, mas há outro nível essencial de preocupação: em que contexto bio-social se deu o fato? Houve interação significativa entre a omissão do Estado em prover ordem e estabilidade e o fato humano formalmente reprovado? Em que medida, e sob quais pressupostos, se pode reprovar o protagonista do fato praticado?

Os trabalhos de modernização ou reforma da legislação penal, do Brasil ou de qualquer outro país, especialmente quando a imensa clientela das cortes criminais seja composta de miseráveis, se levada a efeito setorialmente, sem se tomar em conta o dimensionamento maior de sua realidade, ou seja, que as regras de direito penal não são mais do que regras ou técnicas de controle social, que obrigatoriamente interagem com outras tantas de mesma natureza, mas de diversa intensidade, teremos o caos.

Tais iniciativas de reforma legislativa, vendendo-se a crença em uma melhoria social tão-somente através dos câmbios formais positivos, seria o que o Prof. Roberto Lyra Filho certamente chamaria de captação infradialética da realidade, ou seja, uma espécie de alienação teórica que pretende reformas,

melhorias, maior controle dos indivíduos desviados, prevenção dos ilícitos, sem considerar o universo maior no qual se insere essa mesma política, ou seja, as suas projeções sociais.

A percepção e conseqüente internalização dos valores da comunidade é essencial para qualquer política de controle social. Na sociedade moderna, sofisticada e alienada, essa tarefa básica torna-se quase impossível, a não ser quanto àquele núcleo de comportamentos negativos aos quais Carrara denominou de *naturais*. Como observou Durkheim, os números do crime tendem a se elevar na medida em que as sociedades se tornam mais complexas. Em algumas sociedades primitivas, diz o mestre, os laços entre os indivíduos são fortes e contínuos, e a aceitação dos valores dominantes é mantida por processos informais, como a reprovação pessoal, o sentido do ridículo, o ostracismo, e o banimento.

Nessas sociedades criminoso seria aquele comportamento que ofendesse a confiança coletiva. Como conseqüência — observa Durkheim — não devemos dizer que um comportamento choque a consciência comum por ser criminoso, mas que seja criminoso por chocar a consciência comum<sup>1</sup>.

A lição a tirar da posição de Durkheim deve ser a de que muito embora a regra de direito positivo seja um paradigma abstrato, percebido pela mente de seus destinatários, estabelecendo caminhos e limites para o comportamento humano, a eficácia da política legislativa depende de que tais regras sejam efetivamente internalizadas e que a representação pessoal subjetiva substitua, o mais completamente possível, esse conteúdo meramente simbólico e abstrato<sup>2</sup>.

A dogmática penal, expressão cultural da Europa Continental do século XIX, é o principal paradigma pelo qual ainda conjugamos as soluções *oficiais* do sistema jurídico.

A dogmática jurídico-penal pertence a este paradigma científico, dominante na modernidade. Cumpre-nos indagar, essencialmente, se ela tem cumprido o seu papel socio-científico na e para a modernidade, de prevenção do crime, de racionalizar a violência punitiva e especialmente garantir os direitos humanos individuais na administração da justiça penal (segurança jurídica), em nome da qual tem pretendido legitimar historicamente o seu ideal de ciência prática.

Essa ferramenta técnico-jurídica de interpretar e disciplinar a questão penal está, evidentemente, em crise; é uma crise complexa, uma crise que se move penosamente, agonizante, mas que, no dizer tão repetido de Gramsci, “a crise consiste precisamente no fato de que o velho está morrendo e o novo não pode nascer; neste interregno, surge uma grande variedade de sintomas mórbidos”<sup>3</sup>.

O hábito de se ver o *atual* como normal e aceitável ao invés de se procurar transmudá-lo no *ideal*, tendo presente uma visão global da realidade, estigmatiza a crítica conservadora à dogmática.

Esse tipo de análise crítica, *de si mesma por si mesma*, é infrutífero, de vez que para a reformulação desejada, tal posicionamento parte dos conceitos da própria dogmática, de seus pilares, de seus próprios fundamentos, para a criticar, visando aprimorá-la, corrigi-la de seus defeitos; procura-se, especialmente, — e sem sucesso — a evitação do engessamento da realidade em seus conceitos abstratos e genéricos.

Não há, em suma, proposta de câmbio *qualitativo*, análise descomprometida, independente da realidade pesquisada. Não há ousadia.

A verdadeira ciência é a ciência da criação, tomando os fundamentos existentes como pontos de partida para um impulso qualitativo *para frente, para além*, ao invés de se permitir um raciocínio restritivo, pré-delimitado e assim submetido ao contexto e limites de seu *confortável mundo conhecido*, de suas formas e estrutura tradicionais. A dogmática estaria mais preocupada com seu próprio desenvolvimento, ou seja, como dizia Max Weber, com a inteireza harmônica do seu corpo de normas do que com a completa e abrangente regulação dos fenômenos sociais; no dizer pitoresco de Pontes de Miranda, é “uma ciência jurídica que vê mais *instituições* do que *relações* jurídicas”<sup>4</sup>.

As críticas, de outra parte, hão de levar em conta o contexto histórico em que surgiu tal fenômeno de *condensação de princípios*, até mesmo para que se não reincida no vício que se quer combatido. A dogmática é conquista importante e surge bem estruturada no século XIX, como produto da própria dialética do desenvolvimento do direito naquele momento de evolução da ciência jurídica. Era, então, a forma *moderna* de apresentação do Direito, a forma *organizada*, hierarquizada, objetivando privilegiar o sistema, torná-lo claro, livre de contradições internas. Aqui privilegia-se, sacraliza-se o direito e não a *facultas*; no direito pós moderno privilegia-se *os direitos* e suas irradiações sociais e não *o Direito*.

Desejaríamos em realidade ver — este o grande anseio histórico — o uso efetivo do direito em sociedade; que o sistema formal de direito se mostrasse *funcional*, característica que se mostra vital para uma socioeconomia em rápida mutação.

Assim, artificialismo, formalismo, alienação e anêmica capacidade de abrangência dos fenômenos sociais, fazem do *direito dogmatizado* força inservível para a plena composição dos conflitos de interesses do mundo pós-

moderno, onde predominam os valores de abrangência e de comunicação entre as ciências<sup>5</sup>.

O desenvolvimento teórico e científico do direito tem sido, assim, *formal*, distante e, não raro, pouquíssimo consciente da realidade social que devera estar a disciplinar. Nesse direito *tradicional*, poder-se-ia dizer, dá-se a divinização do *a priori*. Se o século XX é da modernização, e se a característica desta é a interligação entre os diversos ramos do saber, ou *contaminação* de uma ciência por outras, para se usar expressão de Boaventura de Sousa Santos<sup>6</sup>, seria desejável ver o direito realmente *contaminar-se* da sociologia, da política, da antropologia, etc. A porta de entrada para esta operação está precisamente na aceitação, como verdade, da dicotomia entre a ciência jurídica *formal* e o conhecimento não-profissional do direito. É que diante das pressões da realidade psicosocial, o direito pode se manter estático pairando acima da realidade, enfiado em seu casulo dogmático e ser progressivamente ignorado ou procurar permear-se da dinâmica social e ser desvalorizado como referência normativa absoluta, *tertius non datur*.

Em outras palavras, a continuar sendo um sistema apriorístico, genérico, acentuadamente dedutivo, o direito tende, inexoravelmente, a ser colocado a um lado, cedendo lugar a formas mais diretas, mais *próximas*, *íntimas*, *verdadeiras* e eficientes de composição dos conflitos de interesse. Se, ao contrário, permitir a necessária *contaminação*, procurando refletir e viver institucionalmente as forças da dinâmica social, perderá o pretendido (sonhado) monopólio na solução dos conflitos sociais, será *desvalorizado*, ou seja, reduzido à sua verdadeira dimensão empírica como força de aglutinação social, força de adaptação, combinada com as demais forças de controle social.

Para *permear-se* devidamente, o direito deverá interessar-se pelo drama social em sua inteireza; é que na ótica do direito, o começo e o fim do “problema jurídico” se resumem no átomo de vida captado no mundo das regras e princípios e, segundo eles, espera-se seja solucionado; em suma, a indagação jurídica tradicional concentra-se exclusivamente nos sujeitos, no objeto da relação e suas conseqüências.

O direito como técnica de controle social há de *democratizar-se* dramaticamente. Este desiderato jamais será alcançado com o simples aperfeiçoamento do sistema mental, lógico e científico imperantes na ciência do direito tradicional, dito moderno.

É que o empirismo e, após, o racionalismo, esgotaram as suas forças de criação, expressaram-se absolutamente na dogmática *evoluída* do século XX; hoje, como ensina ainda Pontes de Miranda, “a dupla realização dos dois princípios — o da crescente dilatação e integração dos círculos sociais e o da

disseminação progressiva do *quantum* despótico — leva-nos a destinos novos, e novas soluções; em última análise, a fenômenos de simetria e de ritmo que nunca se observaram nos círculos estreitos em que viveram clãs, fraternidades, tribos, nações, Estados. E conclui: “a livre indução científica é a solução a que nos conduz a lei da democratização dos processos de estudar o direito”<sup>7</sup>.

O caminho da indução, iluminado da ciência e permeado da experiência do próprio direito tradicional e das outras ciências sociais, torna-se funcional para o desenvolvimento do *novo* sistema jurídico. Um tal caminho, como nós o vemos, exige a exploração de duas vertentes decisivas: (i) necessidade de a solução jurídica ter natureza *transcendental*, o mais possível indistinta das demais soluções sociais; há de estar arrimada, e em harmonia, com os outros dados da realidade social e com os processos de adaptação nos vários segmentos de sua manifestação, externa ou interna (internalizações subconscientes do direito e do *justo*, tradição, moral, religião); (ii) o caso *jurídico* é de ser visto e tratado, sempre, como caso *social*; o jurista deve preocupar-se com o fenômeno social como um todo, e não contentar-se com o exame parcial e faccioso da simples regra de direito; na mesma linha, a solução, a composição do conflito de interesses, não pode mais limitar-se à satisfação do direito do *vencedor*, mas deve recompor o tecido social, atender às necessidades e expectativas de todos os atores do episódio, bem como da comunidade<sup>8</sup>.

Colocada esta importante questão no plano das relações interpessoais lineares, temos lição proveitosíssima de Stephen R. Covey<sup>9</sup>. Covey observa que se pretendemos mudar o comportamento das pessoas, devemos mudar a maneira pela qual elas vêm os seus papéis sociais. Devemos levá-las a uma mudança qualitativa, substancial.

Se desejamos fazer pequenos câmbios, basta focarmos a nossa atenção e força de vontade em nosso comportamento e atitudes. Mas, ao contrário, se objetivamos verdadeiras mudanças, *qualitativas*, devemos mudar o inteiro enfoque de nossas vidas.

É exatamente isto que se deve passar com o direito como técnica de controle social; há que se fazer uma revisão *qualitativa* de seu enfoque, torná-lo distinto, mais realista, mais abrangente e, sobretudo, mais *comprometido* com todas as mais forças de adaptação, todas conscientes dos processos de adaptação social.

Posta a questão nestes termos, podemos distinguir, na solução ou composição de um dado conflito, a necessidade de a resposta do direito ser *permeada vertical e horizontalmente* de dados essenciais para que a decisão tenha representatividade e seja positiva na reconstrução do tecido social; em suma, a decisão jurídica deve ser fato positivo, que ao compor o conflito, contribua

para a adaptação social como um todo, por ser iniciativa que não atenda somente *ao caso*, a certa e determinada pretensão resistida, mas ao todo social.

O *permeiar-se verticalmente* leva em conta, exatamente, a necessidade de a solução jurídica ser *transcendental*, transbordar para além dos acanhados limites do interesse puramente jurídico do *caso*. Esse transbordar, que também é característica do *permeiar-se horizontalmente*, como veremos, aqui exerce o papel de harmonizar a solução jurídica com os demais parâmetros de valoração ativos na sociedade, em nível semelhante ao da regra jurídica, (preceito), e em níveis mais abstratos, menos condensados, mas informadores da *norma agendi*, ascendendo-se, verticalmente, e assim atingindo o sentido do *justo inter-nalizado*, a tradição, a moral, (o que seja moralmente errado, não pode ser politicamente certo), a religião.

Uma das características mais aparentes da insuficiência do direito moderno na composição oficial dos conflitos é exatamente a incapacidade de *ascender* nesta escala em busca de solução que atenda a todos os aspectos da questão *jurídica*; em outras palavras, a questão jurídica, em si, não é vista como realidade social, mas simples construção formal dogmática, artificial, interpretativa, quase metafórica. Tentar *solucionar* a questão jurídica e contentar-se com isso é, pois, um *nada*, se tal procedimento não for consciente do todo, se não estiver vertical e horizontalmente *permeado* das realidades imperantes e ativas no fato social correspondente. Haverá operação mais frustrante e deletéria do que aplicar simplesmente *a lei* para os casos de direito da família ou de direito penal do patrimônio?

Albert Einstein certa vez observou que os problemas importantes que enfrentamos não podem ser solucionados no mesmo nível de pensamento no qual nos encontrávamos quando os criamos. Fosse Einstein um jurista, provavelmente teria dito que para analisarmos um problema jurídico, correta e abrangentemente, haveríamos de ascender para níveis superiores de indagação, *contaminarmo-nos* dos princípios superiores, menos densos, que informam o dado do direito.

A *contaminação vertical* é, pois, essencial para uma solução abrangente e verdadeira dos conflitos sociais. A mediação, ocorrente nos sistemas tradicionais ou de base religiosa fornece interessante exemplo da implementação desta realidade.

Os sistemas comuneiros vigentes nos pequenos pueblos mexicanos, muito bem estudados pela antropóloga americana Laura Nader, na década de 60 e os magníficos exemplos de consciência dos valores coletivos de nossos índios vivendo em estado puro, perfazem a *contaminação vertical* explicitamente, uma vez que não há neles, e nem pode haver, diferenças substanciais

entre o plano jurídico e outros menos densos, superiores, como os da moral e da religião.

A par de a solução jurídica, judicial ou não, necessitar de alguma *transcendentalidade*, de modo igual, a composição jurídica de um conflito não mais pode limitar-se à satisfação do direito de *um vencedor*, mas deve procurar recompor o tecido social, atender às necessidades e expectativas de todos os atores do episódio e de todos os círculos de adaptação respeitando os mesmos atores.

Dissemos em trabalho anterior já citado, sobre o assim chamado *Direito Holístico*<sup>10</sup>, ser notória e indisfarçável a grande insatisfação de leigos e versados no direito quanto aos resultados obtidos com o sistema jurídico tradicional.

O *holismo* no direito parte de uma observação muito simples: se existe um *vencedor* existirá um *perdedor* na disputa judicial. Em batalha de tal natureza, *de oposição* das partes e não *de convergência*, um relacionamento, que pode ter sido forte e íntimo, é dilacerado e a reconciliação plena se torna impossível. Isto significa que o conflito foi formalmente composto, pela intervenção do direito, mas as vidas das pessoas envolvidas careceu de atenção, seja dos disputantes, seja dos amigos e familiares, indiretamente atingidos. A técnica de composição do conflito não foi consciente dos outros aspectos sociais e das relações de adaptação a ele iminentes: faltou a *contaminação horizontal*.

Os paradigmas de comportamento que levaram dois indivíduos em disputa a estabelecerem um relacionamento e depois desaguarem em um conflito, permanecem, prontos, vivos, para um novo conflito. A contribuição oficial não reparou a situação como um todo, nem mesmo a considerou em sua integridade, ao *compor o conflito*.

Fazendo um paralelo com a ciência médica, podemos afirmar que o estado de conflito gera um *estado de doença* no indivíduo; não há dúvida em que a existência do conflito, seja civil, seja criminal, causa impacto no indivíduo como um universo, atinge todos os seus aspectos, físico, mental, emocional e espiritual, irradiando-se de modo igual para as pessoas indiretamente envolvidas, vítima, parentes, companheiros de trabalho, amigos, vizinhos, observadores. Assim, a atividade do sistema na composição dos conflitos não será jamais completa se se contentar com a mera solução *do caso* juridicamente interpretado. As situações conflituais são questões de saúde social dos atores envolvidos e assim, à maneira médica, precisam ser tratadas e superadas com atenção a todos os aspectos essenciais dos indivíduos atingidos e interessados<sup>11</sup>.

Assim, o *certo* e o *errado*, o *culpado* e o *inocente* são em verdade não mais que aspectos quase acidentais de *histórias de vida*, indissociavelmente

ligadas, dialéticamente, às mais vidas circundantes, certas, erradas, próprias, impróprias. Para lidar com esses conceitos e de modo especial com a capacidade de culpa e de responsabilidade, criamos mitos, até mesmo uma mitologia particular do Direito.

O trabalho holístico consiste, pois, no vencer a mitologia criada por nossas mentes, vencer a pressão exercida pelos valores impostos pelos donos do poder e no transcender o papel que nos foi cometido na grande peça social.

A ação verdadeira compreende, pois, uma mudança radical, ou seja, não se trata de melhorar as instituições ou diagnosticar os seus erros e descompasso mas ter a coragem de enfrentar os mitos e criar *um novo paradigma*, em que não se tome em conta apenas um segmento de vida, mas em que o indivíduo é visto e tratado globalmente, universalmente, no seu ser, no seu protagonismo social.

O apequenamento e a imposição despótica de princípios que de modo algum são verdadeiros e que não resistem ao mais bisonho dos testes sociológicos, como o princípio da igualdade jurídica e o da culpabilidade penal tradicional, formaram o que já se chamou em meados do século XX de verdadeira *revolta do direito contra os códigos*, no sentido de expressar a insuficiência da visão puramente jurídica dos fenômenos, despreocupada dos outros dados essenciais.

O fato jurídico possui natureza sociológica; este o ponto de partida; o jurídico não pode ser mais do que uma visão particularizada, ou especializada do fenômeno mas sem o poder de reduzi-lo, apequená-lo, dominá-lo absolutamente ou redefini-lo em outro plano mais particular e mais denso, *ilhando* a sua significação e abrangência. A redução do *fato* jurídico ao *plano* jurídico induz perda de substância e de abrangência do fenômeno e cria, *a priori*, um defeito de adaptação social consistente na visão do fenômeno *conforme* o direito, (visão limitada, aprisionada), quando seria de se ter a visão *social* do fenômeno *segundo* o direito. Daí a indispensabilidade da contaminação horizontal aliada à vertical na composição dos conflitos.

## NOTAS

1. Emile Durkheim, *The Division of Labor in Society*, New York, 1947, p. 81.
2. Por aí se vê ser insatisfatório basear a sorte do direito puramente na eficácia da sanção. Nesse sentido é manifestamente insuficiente a definição de Talcott Parsons, *The Structure of Social Action*, New York, 1937, p. 75: “Uma norma é a descrição verbal de um segmento completo de ação ... vista como desejável, combinada com

uma sanção para tornar as futuras ações conformes a esse segmento. O sentido de uma norma é a afirmação: “soldados devem obedecer as ordens de seus oficiais comandantes”.

3. in Cadernos — seleções de notas da prisão, Rio, 1971, p. 25-26 (*apud* Vera Regina Pereira de Andrade, *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*, tese de doutorado, Florianópolis, 1994).

4. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1980, 354.

5. As lutas constitucionais para tornar realidade promessas e anseios inscritos nas cartas constitucionais brasileiras vem a ser a luta para a superação da igualdade formal pela igualdade material, substancial. Vivemos hoje um período de desmistificação dos conceitos idealistas de base moral; optamos por um caminho tecnológico de planificação dos ideais e direitos a serem efetivamente conquistados; assim, o direito, técnica de controle social de base moral, não tem outro caminho senão coexistir com as demais técnicas de controle social.

6. Boaventura de Sousa Santos, *Towards a Postmodern Understanding of Law*, in *Legal Culture and Everyday Life*, The Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1989, p. 113.

7. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Introdução à Sociologia Geral*, Rio de Janeiro, 1980, p. 15.

8. João Mestieri, *Direito Holístico*, in *Doutrina*, n. 8, Rio de Janeiro, 1999.

9. Stephen R. Covey, *The Seven Habits of Highly Efficient People*, audio book, The Covey Leadership Center, UT, USA, 1991.

10. Mestieri, *idem*, *idem*.

11. Mestieri, *idem*, *idem*.