

Título : Ciência Penal dogmática e sistema penal: do controle da violência à violência do controle sócio-penal
autora: Vera Regina Pereira de Andrade

RESUMO

A Criminologia fundada no paradigma da reação social representa um *approach* de importância particular para a análise de um aspecto ainda pouco explorado nos estudos sobre violência: o das funções da Ciência Penal dogmática (ou Dogmática Penal) no âmbito do moderno sistema penal e sua relação funcional com a violência punitiva.

Qual é a relação existente entre Dogmática Penal e violência? Funciona ela como instância de controle (limitação) da violência punitiva e garantia dos direitos humanos - segurança jurídica - ou como instância instrumentalizadora daquela mesma violência e do controle sócio-penal?

Dados de identificação da autora:

1.Nacionalidade: Brasileira

2.Naturalidade: Caçapava do Sul- Rio Grande do Sul- Brasil

3. Titulação: Doutora em Direito pelo Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina

4.Profissão:

Advogada e Professora da Universidade Federal de Santa Catarina, onde leciona as disciplinas "Direito Penal" no curso de Graduação em Direito e "Pesquisas em Criminologia e Políticas Criminais" e "Pesquisas em Dogmática Penal" no Curso de Mestrado em Direito.

5.Endereço Residencial:

Rua das Corticeiras, n. 130

Praia do Campeche

88.063-110 FLORIANÓPOLIS-SC-BRASIL

Fone e fax (048) 237-45-74

6.Endereço Profissional:

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

Curso de Pós-Graduação em Direito-CCJ-3 piso

Campus Universitário - Caixa Postal 476- Bairro:

Trindade

88.040-900- FLORIANÓPOLIS-SC-BRASIL

Fone: (048) 231-92-87 Fax:(048) 231-97-33

Dogmatic Penal Science and Penal System: from the Control of Violence to the Violence of the Social-Penal Control

I would like to start from the abstract of this talk, in which I say:

The Criminology based on the paradigm of the social reaction represents an approach of particular importance to the analysis of an aspect still not much explored in the studies about violence: the aspect of the functions of the Dogmatic Penal Science (or Penal dogmatic) within the modern penal system and its functional relation with the punitive violence. What is the relation between the Penal Dogmatic and the violence? Does the Penal Dogmatic work as an instance of control of the punitive violence and guarantee of the human rights - juridical security - or does it work as an instrumental instance of that same violence and of the social-penal control?

In this abstract, I point to the basic theoretical landmark, the object and the central problem of a research I finished last year and of which, in this talk, I will offer a brief outline though I am aware of the risks of an excessive reduction of the complexities of the issues discussed. In this research, I start from the empirical evidence that Dogmatic Penal Science (or Penal Dogmatic) is a paradigm with a secular existence both in central and peripheral regions of the capitalist world. Being historically configured in the mid-1870's in Germany, it is later received, by a transnationalization process, in several countries of continental Europe as well as in Latin America. In Brazil, the model was received in the first decades of the 20th Century and continues operating not only in the penal community itself but also as the dominant source of the teaching and practice of Penal Law. *What is the true identity of Penal Dogmatic? What function does it promise to fulfill?*

In its self-image, that is, in the view of the penalists sharing the paradigm, Penal Dogmatic is defined as "the" science of positive Penal Law of a given State, which having as its

methodical task the technical-juridical "construction" of a "system" of concepts elaborated from the "interpretation" of penal norms, would fulfill an essentially practical function: to provide the necessary conceptual instrumental so as to guarantee the greatest uniformity and previsibility possible of the judicial decisions, that is, equal decisions for equal cases, which, exorcizing arbitrariness, would guarantee juridical security.

The conceptual "system" to which the dogmatic discourse refers is the so called crime theory system, whose construction, centered in the concepts of typicity, illicitude and culpability, corresponds to a secular effort of Dogmatic to delimitate both the objective and the subjective requisites for the imputation of responsibility in the penal process. In other words, it constitutes a technique of limitation of the punitive violence, materialized in the judicial decisions, so that the condemnatory sentences be conditioned only by legality and by the fact-crime committed and not by the individual conditions of the author of the crime.

I call this declared and officially pursued function the "guaranteeing/rationalizing instrumental function" and the conceptual instrumental constructed to operationalize it, the "tecnological code" of the fact-crime Penal Law, which contains, I argue, a visible ideological legitimalizing code.

But, to what extent has this declared function been fulfilled? Has Penal Dogmatic been able to guarantee, with its conceptual construction, equality and juridical security? Has it been able to guarantee the individual human rights against the punitive violence? Does the secular guaranteeing discourse, on behalf of which Penal Dogmatic speaks and intends to legitimize its ideal of practical science, find congruence in the operability of the penal system?

In calling its actual functionality into question, we are led to conclude that, in spite of Dogmatic being secularly problematized, there has been an overproduction of epistemological and methodological criticism and an underproduction of functional criticism.

In face of this gap, I revisit the promises and evaluate the instrumental performance of this paradigm, inquiring about its actual functionality beyond its functional self-image. And since Penal Dogmatic made promises to be fulfilled in the operability of the Penal System, the need for a relational analysis between

dogmatic promises and system operationality was imposed. It is precisely at this point that the fundamental importance of Criminology, developed on the basis of the social reaction paradigm, is revealed, from its origin with the North American interactionist theories (or labelling approach) to its later European and Latin American developments, under the denomination of Radical Criminology, New Criminology or Critical Criminology. For it is this Criminology that provides the results, already considered irreversible, about the organizational structure, operationality and actual functions of the Penal System.

The Penal System is conceived, in this Criminology, as a subsystem of social control and criminalization. For this reason, it is designated as Social Penal Control or Penal control, structurally integrated by the Police, Justice and Penitentiary System as its operationalizing agencies.

As theoretically and empirically demonstrated by such a Criminology, there is a structural logic of operationalization of the Penal System, common to central and peripheral capitalist societies, which is, in fact, inverse to the logic of equality and juridical security, promised by Dogmatic, since it is a logic grounded in selectivity and arbitrariness, which, to a greater or to a lesser extent, is present in every existing penal systems. In very simple terms, this selectivity means that, instead of addressing itself to equalitarian incrimination of the behavior defined as crime, according to the gravity of the transgression or to its social damage, as promised by Dogmatic, the Penal System is directed to the unequal selection or criminalization of individuals, in accordance with their social status. This is empirically verifiable in the clientele of the penal system, composed, in every part of the world, of people belonging to the lowest social strata; whereas the highest social classes have the power of imposing on the system a quasi-total impunity in relation to their criminal behavior. This structurally selective functioning of the system is aggravated, particularly in Latin America, by the overt and extreme violation of legality and by the extremely high number of violent facts practiced by the very agencies of the penal system, particularly the police. That is, by arbitrariness.

The punitive violence to which we referred in the abstract is thus translated into both covert (selectivity) and overt (arbitrariness) violation of human rights, that is, into an intrinsic

institutional violence of the penal control which, ultimately, both gives expression to and reproduces structural violence. In Brazil, the selectivity of the system penal is empirically demonstrated by a census carried out in 1994 by an organ of the Ministry of Justice, the 'Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária'. These are the findings: At the time, the clientage of the penal system amounted to 129.169 prisoners, which represents, in the universe of the global population in Brazil - 147 million Brazilians - a percentage of 88 prisoners per eac 100 thousand inhabitants. Of this clientage, 93,51% are young males (53% under 30), 43% are negroes and "mulatos" and 95% from the poor sectors of society. The most expressive point of this survey was the official recognition of the selectivity in the following terms: (quote) " A seletividade do sistema penal atua, de modo incisivo, sobre os setores mais desfavorecidos da população'(end of quote), which translates as: "The selectivity of the penal system operates, in an incisive way, on the most deprived sectors of the population." As for arbitrariness, it has been extensively denounced in empirical research, reports of regional and international organs of human rights.

On the basic of these and particularly on those relative to the seletive judicial decisions, to wich Dogmatic promises, in a strict sense, to rationalize, the central argument put forward is the following: Dogmatic, contrary to its self-image as the neutral Science of Penal Law, that is, as an external scientific instance on it, turns out to be a Science of the socio-penal control, an internal and functional instance with a double code, technological and legitimatizing.

Insofar as Dogamtic is an internal instance of the Penal System, it has been captured by this logic, both integrating and partaking of its functioning, instead of controlling it. Thus the functional inversion of the system ends up making Dogmatic a prisoner of the very fantasy it creates, conditioning its limits and possibilities. This situation is clearly verifiable in Brazil. In this sense, the thread of the argument is to point out the contradiction which marks the paradigm. In other words, it is to show how Dogmatic fulfills, in the mark of the penal system, functions which are not only diversified from but also inversed to those promised in its official discourse. Conclusively, and answering the question

central raised in the abstract, Dogmatica promises to function as an instance of the punitive violence and as a guarantee of the human rights - providing juridical security - but ends up functioning as an instrumentalizing instance of that same violence and of the socio-penal control. Dogmatic instrumentalizes and rationalizes punitive violence, legitimating it, but cannot control it. In this sense, Dogmatic does not offer juridical security but, the illusion and the symbolism of juridical security.

This inverted instrumental effectiveness is not to be interpreted, therefore, as a paradigmatic malfunction, but as the actual function which explains the very historical survival of the paradigm.

Primeira versao que imprimir para Maria Lúcia

Move one: Establishing a territory (SITUAÇÃO)

I. mostrando a centralidade do trabalho : Marcada vigência e problematização

Tratarei de ilustrar brevemente, nesta comunicação, a pesquisa que realizei a título de tese de doutorado entre os anos de 1991 a 1994 e originariamente intitulada "Ciência Penal dogmática e sistema penal: do controle da violência à do violência do controle sócio-penal"

De um lado há uma marcada vigência da Dogmática Penal na região central e periférica do capitalismo. Mas ela é, também, um paradigma geneticamente problematizado. Pois a crítica à Dogmática, genericamente considerada, nasce com o próprio paradigma e se desenvolve até nossos dias seja do ponto de vista epistemológico, metodológico ou político.

Se a Dogmática Penal permanece em vigência para além desta problematização, se, assim, porque ele guarda uma profunda relação funcional com a realidade social. • porque cumpre uma função social. Que função, esta?

Nesta pesquisa, cujo objeto, a Ciência Penal dogmática (ou Dogmática Penal) parte da evidência empírica de que se trata de um paradigma com vigência secular no marco

cultural de onde procede , a saber, a Europa continental (especialmente a tradição ítalo-germânica) e naquele para o qual, por um processo de transnacionalização, posteriormente se estendeu, como América Latina, incluindo o Brasil.

Pois consolidando-se historicamente na Europa continental desde a segunda metade do século XIX, como uma das especialidades da Dogmática Jurídica, seu modelo , recebido posteriormente em diversos países da América Latina, incluindo o Brasil, permanecendo em vigência até, hoje neste marco cultural como o modelo normal de fazer Ciência Penal na comunidade científica e como fonte dominante do Ensino e da prática do Direito Penal. As escolas de direito e o Poder judiciário são, pois, as arenas fundamentais que sustentam, no prolongamento da comunidade científica, a sua reprodução.

1) A DOGMÁTICA PENAL

O paradigma de Ciência Penal vigente no Brasil é, regra geral, na América Latina, o paradigma dogmático de matriz ítalo-germânica que tendo se transnacionalizado da Alemanha e Itália para o Brasil desde as primeiras décadas do século XX permanece em vigência até, hoje como o modelo normal de fazer Ciência Penal na comunidade de penalistas brasileiros e como fonte dominante do Ensino e da prática do Direito Penal. As escolas de direito e o Poder judiciário são, pois, as arenas fundamentais que sustentam, no prolongamento da comunidade científica, a sua reprodução.

Auto-imagem e auto-imagem funcional do paradigma

A Ciência Penal dogmática(ou, doravante, Dogmática Penal) , assim concebida, pelos penalistas que protagonizam e compartilham do seu paradigma, isto é, na sua auto-imagem, como "a" Ciência do Direito Penal que, tendo por objeto o Direito Penal positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica a "construção" técnico-jurídica de um "sistema" de conceitos elaborados a partir da "interpretação" do material

normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, desempenharia uma função essencialmente prática.

Desta forma, na sua tarefa metódica de elaboração do sistema técnico-jurídica do Direito penal vigente a Dogmática, partindo da interpretação das normas penais produzidas pelo Legislador e explicando-as em sua conexão interna, desenvolve um sistema de teorias e conceitos que, resultando congruente com as normas, teria a função (prática) de garantir a maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito penal que, subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente a segurança jurídica.

É o "sistema" de que se trata e no qual a Dogmática Penal enraiza a promessa de segurança, precisamente o sistema da teoria do crime cuja construção, centrada especialmente nos conceitos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade (e sua constelação conceitual) corresponde a um secular esforço da Dogmática para delimitar os parâmetros (requisitos) objetivos e subjetivos para a imputação da responsabilidade no processo penal. Ou, em outras palavras, para que as decisões judiciais e as punições que delas derivam se fundamentem e se delimitem em torno da legalidade (códigos legais) e da conduta do autor, objetiva e subjetivamente considerada em relação ao fato-crime praticado e não da pessoa do autor, submetido à subjetividade do intérprete, exorcizando por esta via a sua arbitrariedade (código dogmático tecnológico)

Requisitos objetivos e subjetivos da imputação de responsabilidade penal na construção sistemática do crime para a maximização da segurança jurídica

O ponto mais avançado da construção dogmática do crime para a maximização das garantias do imputado (segurança jurídica) consubstancia-se, portanto, numa técnica de limitação da intervenção punitiva baseada nos seguintes

princípios (BARATTA, 1988, p.6663):

- a) princípio da responsabilidade pessoal , que exclui tanto a responsabilidade objetiva do autor, quanto a responsabilidade penal coletiva e de pessoas jurídicas;
- b) princípio da responsabilidade pelo "fato", diga-se, típico e ilícito, que exclui os critérios de responsabilidade baseados nas características das pessoas;
- c) princípio da culpabilidade fundado na possibilidade de conhecimento do injusto (fato típico e ilícito) e na exigibilidade de conduta diversa e cujo pressuposto , a imputabilidade penal.

Enquanto a verificação da tipicidade e ilicitude implicam juízos relacionais da conduta do autor (fato-crime) com os tipos penais de crime e o ordenamento jurídico; a verificação da culpabilidade implica um juízo relacional da responsabilidade do autor em relação ao fato-crime.

Desta forma, enquanto a tipicidade e ilicitude da conduta fática constituem os requisitos objetivos; a imputabilidade e a culpabilidade do agente constituem os requisitos subjetivos para a imputação de responsabilidade penal pelo juiz, no que concerne à motivação de "Direito" em que se funda a sentença penal; ou seja, à avaliação jurídico-penal dos fatos e a individualização e a quantificação da pena.

No Brasil," o grande prestígio da teoria dogmática do delito faz com que os juízes justifiquem invariavelmente a legalidade de suas decisões em termos de tipicidade, culpabilidade e antijuridicidade.

Art. 59?

A Dogmática do delito 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 ao fornecer o instrumental conceitual necessário para converter as decisões programáticas do legislador nas decisões programadas do juiz.

Trata-se de domesticar a praxis decisional através de um

sistema conceitual (inverso ao modelo do common law):
ideal de segurança jurídica x eq• idade

A promessa funcional: a função instrumental
racionalizadora/garantidora

Podemos identificar, pois, no discurso dogmático, uma
função oficialmente declarada e perseguida (ou uma
promessa funcional) que denominamos de
função instrumental racionalizadora/garantidora e ao
instrumental conceitual denominamos de código
tecnológico mediante a qual deveria funcionar como
instância de controle (limitação) da violência punitiva e
garantia dos direitos humanos - segurança jurídica
Trata-se de uma promessa de maximização das garantias
individuais e minimização da violência punitiva que se
materializa nas decisões judiciais.

Por outro lado, contudo, paralelamente à sua marcada
vigência histórica a Dogmática Penal convive com uma
marcada problematização. Pois a crítica à Dogmática
nascida praticamente com o próprio paradigma nunca
cessou de se reproduzir e se desenvolve até, nossos dias
a partir de diversas fontes e perspectivas.

Mas não obstante o acúmulo histórico desta crítica vir
expondo, crescentemente, os problemas do paradigma, a
Dogmática Penal, assim como o conjunto das dogmáticas
jurídicas parciais, demonstra uma extraordinária
capacidade de sobrevivência contra e apesar desta
problematização. O que a nosso ver confere procedência
a uma tese básica do funcionalismo sociológico: toda
instituição de marcada vigência, no caso, um paradigma
científico, , tal porque e enquanto satisfaz alguma
necessidade e cumpre alguma função social. Porque e
enquanto mantém uma relação funcional com a realidade
social. Conseqüentemente, a vigência da Dogmática Penal
somente pode ser apreendida a partir das funções
realmente cumpridas na realidade social. Que funções
são estas?

Por outro lado, pode-se constatar que há um excesso da crítica epistemológica em detrimento (d, ficit) da crítica funcional. (subprodução x subprodução): resgatar a importância do controle funcional

MOVE TWO: Establishing a niche (PROBLEMA)

I) Indicando um problema (problematizando o argumento)

II) Levantando uma questão

Revisitar suas promessas significa então indagar: A questão central que esta tese se propõe então a responder, a seguinte: em que medida tem sido cumpridas as funções declaradas da Dogmática penal na trajetória da modernidade? tem a Dogmática penal conseguido garantir, com sua construção conceitual, igualdade e segurança jurídica na Justiça penal; ou seja, os direitos humanos individuais contra a violência punitiva? tem sido possível controlar o delito com igualdade e segurança jurídica? encontra congruência na prática do sistema penal o discurso garantidor secular em nome do qual a Dogmática penal fala e pretende legitimar o seu próprio ideal de ciência? E, pelo cumprimento desta função declarada que se explica sua marcada vigência histórica e sua relação funcional com a realidade social ou ela potencializa e cumpre funções distintas das prometidas?

O que se propõe, portanto, nesta tese, o que, à falta de melhor nome, designamos por controle funcional da Dogmática Penal; ou seja uma análise (globalizante e exploratória) das funções cumpridas pela Ciência Penal Dogmática no âmbito do sistema penal (e sua relação funcional com a violência punitiva) que daí conta, que podem explicar sua marcada vigência histórica na modernidade. Trata-se de revisitar as promessas e avaliar o desempenho instrumental deste paradigma na modernidade.

Método utilizado para a solução

E como a relação da Dogmática com a realidade social, uma relação mediada pelo sistema da justiça penal - uma vez que elaborou promessas para serem efetivadas em seu âmbito - a resposta ...queles interrogantes reivindica apelar para o real funcionamento deste sistema, cuja análise constitui o referente básico no seu controle funcional da Dogmática Penal.

Impõe-se, neste sentido, a necessidade de uma análise relacional apta a contrastar as promessas e a metaprogramação construída para a sua realização com a operacionalidade (praxis) do sistema da justiça penal enquanto conjunto de ações e decisões, e, em especial, com as decisões judiciais. Pois, esta análise comparativa que possibilita emitir juízos de (in)congruência entre operacionalidade ("ser") e programação ("Dever ser"); ou seja, verificar se o sistema opera ou não no marco daquela programação e se o instrumental dogmático utilizado na argumentação judicial, particularmente o sistema do delito no qual a Dogmática enraíza suas promessas, tem conseguido pautar as decisões judiciais em torno da conduta do autor e, por extensão, gestado decisões igualmente seguras, além de justas.

Assim a correlação básica estabelecida nesta tese, que define a sua estrutura e o seu próprio título, entre os conceitos de Dogmática e sistema penal desde as suas bases fundacionais. E, este recorte temático que justifica o seu título: Dogmática e Sistema Penal em busca da segurança jurídica prometida.

Procuramos então realizar um tal controle funcional mediante uma reinterpretação da Dogmática Penal como ciência funcionalmente ambígua do sistema penal sustentando que a Dogmática Penal integra a trajetória da modernidade não apenas como uma Ciência do Direito Penal ou como uma instância científica externa "sobre" ele, mas como uma instância funcional interna do sistema penal e enquanto tal, co-constitutiva de sua identidade e integra o seu real funcionamento.

Neste sentido, o fio condutor da análise, apontar a contradição que marca geneticamente a Dogmática Penal entre promessas humanitárias garantidoras e a captura por exigências reguladoras do sistema penal, a partir da qual se desnudam suas funções latentes. • mostrar como ela potencializa, no âmbito do sistema, funções distintas das prometidas.

Vetores básicos que orientam a tese

- a) a problematização global do projeto da modernidade e da Ciência
- b) a problematização global do paradigma dogmático de Ciência Jurídica
- c) a problematização do moderno sistema penal

MOVE Three: Occupying the niche: (SOLUÇÃO)

I) estabelecendo objetivo perseguido na pesquisa

O objetivo geral perseguido, que formulamos como hipótese central da investigação, demonstrar que há, no âmbito do sistema penal, um profundo déficit histórico de cumprimento das funções declaradas da Dogmática Penal - ao mesmo tempo em que o cumprimento excessivo de outras funções (simbólicas e instrumentais) não apenas distintas, mas opostas ...s oficialmente declaradas, que seu próprio paradigma, latente e ambigüamente tem potencializado desde sua gênese histórica. E são estas, desenvolvidas com êxito por dentro do fracasso de suas funções declaradas, que explicam sua relação funcional com a realidade social e sua marcada vigência histórica. As promessas da Dogmática Penal não apenas se inscrevem na longa agenda das promessas não cumpridas da modernidade mas na própria "perversão matriarcal" da ciência moderna.

No desdobramento desta hipótese fundamental procuramos inventariar argumentos explicativos dos limites dogmáticos na garantia dos direitos humanos contra a violência punitiva e demonstrar, por outro lado, a profunda

separação cognoscitiva entre Dogmática Penal e realidade social estabelecendo a relação entre seus déficits de garantismo e seu déficit cognoscitivo, assinalando a própria funcionalidade deste último e, enfim, a especificidade da crise que, por estas contradições se pode imputar à Dogmática Penal, bem como os caminhos que visualizamos no desdobramento desta crise e no processo transformador da Dogmática Penal.

Estrutura, método, instrumental teórico

O trabalho está assim estruturado em cinco capítulos, segue um método de abordagem indutivo e um método de procedimento interno comparativo e baseia-se num instrumental teórico interdisciplinar, onde a Criminologia desenvolvida com base no paradigma da reação social ocupa o lugar central.

Genericamente, enquanto a primeira parte da tese (capítulos I, II e III) trata da Dogmática Penal desde as bases fundacionais da Dogmática Jurídica e do moderno saber penal em sentido lato, a segunda parte (capítulos IV e V) trata do moderno sistema penal, também desde sua fundação, da relação entre Dogmática e sistema Penal e do seu controle funcional baseado num procedimento comparativo, fundamentando a hipótese central e demarcando os seus desdobramentos.

Conclusões:

funcionamento inverso do sistema e dogmática capturada pela lógica de funcionamento: do controle da violência à captura pela violência do controle. Violência radicalizada na América Latina e, como o comprovam os dados empíricos sobre a clientela do sistema penal brasileiro. As conclusões da tese apontam assim para uma lógica estrutural de funcionamento dos sistemas penais nas sociedades capitalistas centrais e periféricas não apenas distinta mas inversa à lógica da igualdade e segurança jurídica prometida pela Dogmática Penal, isto é, para um desenvolvimento profundamente desequilibrado do sistema penal e para a Dogmática Penal como partícipe ao

inv,s de controladora . Isto ,, como ciência instrumentalizadora da violência...

As conclusões da tese apontam assim para uma relação complexa e contraditória entre Dogmática Penal e sistema penal na qual a Dogmática transita da promessa de controle da violência e segurança jurídica à captura por esta mesma violência institucionalizada no sistema penal e por uma eficácia instrumental inversa à prometida, acompanhada de uma eficácia simbólica das promessas: a "ilusão" de segurança jurídica.

Est ao final:

Conseq• entemente, a relação funcional da Dogmática com a realidade social e sua marcada vigência histórica se explica pelo cumprimento excessivo de uma função instrumental latente e oposta à declarada (instrumentalidade de eficácia invertida) e de uma função simbólica confirmadora desta (declaração de eficácia simbólica) não obstante seu déficit empírico. Até aqui tem se desenvolvido, exitosamente, como Ciência da legitimação. A Dogmática Penal não fornece segurança jurídica, mas a ilusão de segurança jurídica.

Daí porque, embora se trate de uma análise essencialmente interpretativa da Dogmática Penal e não prescritiva do seu futuro, o escopo que a orienta, resumir um quadro de contradições que, se desde o pilar da regulação apontam para o sucesso; desde o pilar dos direitos humanos apontam para o fracasso e a crise da Dogmática Penal e para a necessidade de uma suspensão e auto-crítica do dogmatismo na Ciência Penal. Seu escopo passa, neste momento conclusivo final, de interpretativo a transformador.

Dogmatic Penal Science and penal system: from the control of the violence to the violence of the penal control

Move one: Establishing a territory (SITUAÇÃO)

I. mostrando a centralidade do trabalho

Parto do abstract oficial desta comunicação no qual afirmo:

"The Criminology based on the paradigm of the social reaction represents an approach of particular importance to the analysis of an aspect still not much explored in the studies about violence: the aspect of the functions of the Dogmatic Penal Science (or Penal Dogmatic) within the modern penal system and its functional relation with the punitive violence. What is the relation between the Penal Dogmatic and the violence? Does the Penal Dogmatic work as an instance of control (limitation) of the punitive violence and guarantee of the human rights - juridical security - or does it work as an instrumental instance of that same violence and of the social-penal control?"

Pois bem, neste abstract aponto o marco teórico básico, o objeto e o problema central de uma pesquisa que concluí ano passado e da qual me limito, nesta comunicação, a fornecer uma ilustração parcial. Qual a justificativa e a importância desta abordagem?

Nesta pesquisa parto da evidência empírica de que a Ciência Penal Dogmática (ou Dogmática Penal) é um paradigma com vigência secular na região central e periférica do capitalismo mundial. Pois, configurando-se historicamente na Alemanha em meados do século XIX é posteriormente recebida, por um processo de transnacionalização, em diversos Estados da Europa continental (como Itália, Espanha, Portugal, Grécia, Holanda etc.) e da América Latina (como Argentina, Costa Rica, Peru, Venezuela, etc.). No Brasil, o modelo foi

recebido desde as primeiras décadas do século XX permanecendo em vigência até hoje na comunidade de penalistas e como fonte dominante do Ensino e da prática do Direito Penal. Que identidade possui e que função promete exercer a Ciência Penal dogmática? Na sua auto-imagem, isto é, na visão dos penalistas que protagonizam e compartilham do seu paradigma, ela é caracterizada como "a" Ciência do Direito Penal positivo vigente em determinado Estado que tendo por tarefa metódica a "construção" técnico-jurídica de um "sistema" de conceitos elaborados a partir da "interpretação" das normas penais, desempenharia uma função essencialmente prática, a saber, fornecer o instrumental conceitual necessário para garantir a maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, um aplicação igualitária do Direito penal (decisões iguais para casos iguais) que, subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente a segurança jurídica.

E o "sistema" conceitual destinado a racionalizar as decisões judiciais para a garantia da igualdade e segurança jurídica é o chamado sistema da teoria do crime cuja construção, centrada especialmente nos conceitos de tipicidade, ilicitude e culpabilidade corresponde a um secular esforço da Dogmática para delimitar os requisitos objetivos (conduta típica e antijurídica) e subjetivos (culpabilidade do agente imputável) para a imputação da responsabilidade no processo penal. Ou, em outras palavras, trata-se de uma técnica de limitação da intervenção punitiva que se materializa nas decisões judiciais para que estas e as punições que delas derivam se delimitem em torno da legalidade (isto é dos códigos legais) e da conduta do autor e não da pessoa do autor, submetido à subjetividade do intérprete.

A esta função declarada e oficialmente perseguida pelo paradigma denominamos de "função instrumental racionalizadora/garantidora" e ao instrumental conceitual

construído para operacionalizá-la de "código tecnológico" do Direito Penal do fato-crime o qual contém, aduzimos, um visível código ideológico legitimador..

MOVE TWO: Establishing a niche (PROBLEMA)

I) Indicando um problema (problematizando o argumento)

II) Levantando uma questAo

*****Emphasis has been on controle epistemológico e metodológico with little attention to controle funcional**

Mas, em que medida tm sido cumpridas as promessas (ou função declarada) da Dogmática Penal ? Tem a Dogmática penal conseguido garantir, com sua construção conceitual, igualdade e segurança jurídica na Justiça penal; ou seja, os direitos humanos individuais contra a violência punitiva? Encontra congruência na operacionalidade do sistema penal o discurso garantidor secular em nome do qual a Dogmática Penal fala e, se acrescente, pretende legitimar o seu ideal de Ciência prática?

Ao indagarmos, pois, sobre sua real funcionalidade somos levados a concluir que apesar da Dogmática ser também um paradigma secularmente problematizado o tem sido muito mais da perspectiva epistemológica e metodológica do que funcional.

OVE Three: Occupying the niche: (SOLUÇÃO)

I) estabelecendo objetivos

III)Anunciando a presente pesquisa

Método utilizado para a solução:

O que se propõe, portanto, nesta pesquisa, o que, à falta de melhor nome, chamamos de controle funcional da Dogmática Penal. Trata-se de revisitar as promessas (funções declaradas) e avaliar o desempenho instrumental deste paradigma perquirindo sua real funcionalidade no âmbito do sistema penal para além da sua auto-imagem funcional. O que impõe apelar, como referencial deste controle, para a real operacionalidade do sistema penal como um todo. É precisamente aí que se revela a importância fundamental da Criminologia desenvolvida com base no paradigma da reação social (desde o seu momento genético com as teorias interacionistas norte-americanas (labelling approach) até seus posteriores desenvolvimentos norte-americanos, europeus e latino-americanos sob o signo da Criminologia radical, Nova Criminologia ou Criminologia crítica. Pois é dela que vem os resultados já considerados irreversíveis sobre a complexa fenomenologia e operacionalidade do sistema penal e à qual chamamos de Criminologia da seleção ou da violência institucional.

O argumento central desenvolvido é o seguinte: a Dogmática Penal, contrariamente à sua auto-imagem como ciência (neutra) do Direito Penal, isto é, como uma instância científica externa sobre o Direito Penal, trata-se de uma Ciência do controle sócio-penal e de uma instância interna e funcional ao sistema penal com um duplo código: tecnológico e legitimador. Enquanto tal é co-constitutiva de sua identidade e integra o seu real funcionamento.

Como demonstrado teórica e empiricamente pela Criminologia da seleção há uma lógica estrutural de operacionalização do sistema penal, comum às sociedades capitalistas centrais e periféricas, que é, a rigor, inversa à lógica da igualdade e segurança jurídica prometida pela Dogmática. Eis que radicada na seletividade e na arbitrariedade que, em maior ou menor grau, se verifica em todos os sistemas penais vigentes. Na medida e que a Dogmática Penal é uma instância

interna do sistema penal ela tem sido capturada por esta lógica de funcionamento, integrando-a e co-participando dela ao invés de controlá-la. Assim, o desequilíbrio global do exercício de poder do sistema penal (que é precisamente a maximização da violência e minimização das garantias) acaba deixando a Dogmática prisioneira da própria fantasia que cria condicionando seus próprios limites e possibilidades; isto é, seus déficit e inversões funcionais.

Desta forma, ela promete funcionar como instância de controle (limitação) da violência punitiva e garantia dos direitos humanos - segurança jurídica - mas funciona como instância instrumentalizadora daquela mesma violência e do controle sócio-penal. A dogmática instrumentaliza e racionaliza a violência punitiva, legitimando-a, mas não consegue controlá-la. E isto se comprova especialmente no Brasil.

Neste sentido, o fio condutor da análise é apontar a contradição que marca geneticamente a Dogmática Penal entre promessas humanitárias garantidoras e a captura por exigências reguladoras do sistema penal, a partir da qual se desnudam suas funções latentes. É mostrar como ela cumpre, no âmbito do sistema penal, funções não apenas diversas mas inversas às prometidas (declaradas) em seu discurso oficial, caracterizando-se por uma eficácia instrumental invertida acompanhada de uma eficácia simbólica das promessas. Esta inversão funcional não deve ser interpretada, por conseguinte, como uma disfunção paradigmática, mas como a função real que explica a própria sobrevivência histórica do paradigma. A fundamentação deste fenômeno de falsificação empírica das promessas e eficácia invertida buscamos pois em dois grandes vértices dos dados criminológicos: a revelação da lógica da seletividade e, particularmente, das decisões judiciais seletivas (a que denominamos de violação encoberta dos direitos humanos) associada à arbitrariedade ou violação aberta dos direitos humanos que assume, nos sistemas penais latino-americanos, uma

dimensão radicalizada e extremamente grave. O núcleo da argumentação pode ser ilustrada nos termos que seguem. Precisamente desde o ponto de vista do processo de criminalização seletiva "o sistema penal se apresenta como um *continuum* no qual é possível individualizar o Legislativo, que exerce a criminalização primária, a Polícia e o Ministério Público que operacionalizam a criminalização secundária e o sistema penitenciário. A lógica da seletividade do sistema penal significa que desde o ponto de vista das definições legais de crime a criminalidade é um comportamento majoritário e ubíquo, isto é, da maioria ao invés da minoria, e existente em todos os estratos sociais. Mas a criminalização (isto é, o etiquetamento ou atribuição do *status* de criminoso) é, com regularidade, desigual ou seletivamente distribuída pelo sistema penal composta, em todos os lugares do mundo, por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais. Enquanto que os grupos poderosos na sociedade possuem a capacidade de impor ao sistema uma quase total impunidade das próprias condutas criminosas. Podendo ser traduzida na equação maioria criminal especialmente das classes altas regularmente impune x minoria pobre regularmente criminalizada a seletividade significa, pois, que o sistema penal ao invés de se dirigir para uma incriminação igualitária (ou uniforme) de condutas definidas como crime, de acordo com sua danosidade social ou gravidade de infração à lei (como promete a Dogmática Penal) se dirige para a seleção desigual de pessoas de acordo, quase sempre, com seu *status* social (a posição ocupada pelo autor potencial na escala social) que parece ser, à luz das investigações mais avançadas, a principal variável explicativa das decisões seletivas. Assim sendo a explicação das decisões seletivas dos agentes do controle sócio-penal, especialmente dos juízes tem sido atribuída a influência de um código social (o denominado por CICOUREL *second code*) que integrado por mecanismos latentes de seleção tais como

"estereótipos" de criminosos e criminalidade e "teorias de todos os dias" (every days theories) dos quais são portadores estes agentes assim como a opinião pública em geral e ainda por processos derivados da estrutura organizacional e comunicativa do sistema penal reenviam ao *status* social do processado em detrimento do instrumental dogmático construído para a imputação da responsabilidade penal e administradas através da técnica jurídico-penal que deveria reenviar à sua conduta. Desta forma, enquanto o *second code* judicial é o que geralmente pauta e condiciona as decisões judiciais seletivas mas não se submete à obrigação de motivação fática e jurídica da sentença permanecendo, por isto, invisível e fora do controle público; o código tecnológico do Direito Penal do fato, embora impotente para pautá-las, é o que aparece regularmente junto com os Códigos legais na motivação formal e na justificação da legalidade das decisões seletivas fornecendo-lhes uma justificação técnica de base científica e assim legitimando-as.

A revelação deste código social extra-legal permitiu concluir, pois, que a clientela do sistema penal é constituída de pobres (minoría criminal) não porque tenham uma maior tendência para delinqüir, como sustentava a Criminologia positivista, mas precisamente porque tem maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como delinqüentes. A uniformização e previsibilidade das decisões judiciais prometida pela Dogmática Penal aparece, conseqüentemente, como probabilidade de que alguns serão selecionados pelo sistema e outros não, dependendo sobretudo de seu *status* social; ou seja, como probabilidade da desigualdade e arbítrio perante a lei.

Ademais, o processo de criminalização seletivo acionado pelo sistema penal se integra no *continuum* e na mecânica do controle social global da conduta desviada de tal modo que para compreender seus efeitos é necessário apreendê-lo como um subsistema engravado dentro de um sistema de controle e de seleção de maior amplitude. Por

isso mesmo caracterizado como controle sócio-penal. Reconduzido ao controle social global o sistema penal aparece, por um lado, como filtro último e uma fase avançada de um processo de seleção que tem lugar no controle informal (família, escola, mercado de trabalho) mas os mecanismos deste atuam também paralelamente e por dentro do controle penal formal como o demonstram os conceitos de *second code* e *basic rules*.

Por sua vez, a Criminologia Latino-americana tem enfatizado que em nossa região o exercício de poder estruturalmente seletivo do sistema penal é agravado pela violação aberta e extrema da legalidade penal e processual penal e pelo altíssimo número de fatos violentos e de corrupção praticados pelos próprios órgãos do sistema penal especialmente a agência policial. E se a Polícia exerce um poder seletivo fundamental, na América Latina é o *locus* do maior arbítrio, no qual o sistema caminha da seleção à morte sumária ou ao extermínio e para um sistema penal subterrâneo. Mais do que pela clientela do sistema a perda de legitimidade do sistema penal se dá na região, pela magnitude do fato morte. (genocídio em marcha) testemunhado em pesquisas empíricas e informes sérios de organismos regionais ou mundiais de direitos humanos.

Globalmente considerada, a lógica de operacionalização do sistema penal se traduz numa subprodução (déficit) de segurança jurídica e numa sobreprodução (excesso) de seletividade, arbítrio e legitimação, (minimização das garantias e maximização da violência) cuja violência institucional expressa e mantém um nexo funcional mais profundo com a reprodução das desigualdades sociais, isto é, com a violência estrutural. O limite do sistema é, neste sentido, o limite da própria sociedade. Seja como for, deste desequilíbrio resulta a grave crise de legitimidade experimentada pelo moderno sistema penal e cuja radiografia é, também, uma radiografia direta e um testemunho definitivo do profundo déficit histórico de cumprimento da função instrumental

racionalizadora/garantidora prometida pela Dogmática Penal (subprodução de segurança jurídica) ao mesmo tempo em que uma radiografia indireta do cumprimento excessivo de uma função instrumental racionalizadora e legitimadora da criminalização seletiva (sobreprodução de seletividade e legitimação) que seu próprio paradigma, latente e ambigualmente tem potencializado. A Dogmática não fornece segurança jurídica mas a ilusão e o simbolismo da segurança jurídica. Até aqui tem se desenvolvido, exitosamente, como Ciência da legitimação. A inversão funcional ou a "perversão matriarcal" deste paradigma consiste assim na dupla verificação de que não apenas não tem conseguido minimizar a violência seletiva e arbitrária do sistema como tem, ao que tudo indica, co-participado dela, via técnica jurídica, transitando da promessa de controle da violência punitiva à captura e co-participação na violência do controle penal e sua promessa garantidora aparece colonizada por sua vocação técnica e legitimadora. E, este o argumento que justifica o título conferido a esta comunicação "Ciência Penal dogmática e sistema penal: do controle da violência à violência do controle sócio-penal".

E por constituir uma marca essencial de seu exercício de poder não pode ser eliminada sem a supressão dos próprios sistemas penais.

Pari passu, ao visibilizar a abrangência e complexidade do fenômeno do controle sócio-penal, evidencia também que, em definitivo, o campo de intervenção vital e o poder racionalizador/garantidor da Dogmática Penal nesta fenomenologia é muito menor do que o dogmaticamente idealizado e prometido.

Numa perspectiva macrosociológica, o limite do sistema penal é o limite da própria sociedade e, conseqüentemente, não pode ser atribuído unicamente a limitações dogmáticas. Mas numa análise microsociológica é possível apontar visíveis limitações estruturais do paradigma.

É que e espaço dentro do qual a Dogmática Penal poderia

fazer surtir seus efeitos garantidores está assim duplamente limitado.

Dogmática não racionaliza porque seu código tecnológico não cobre a fenomenologia da seleção e do arbítrio e cobre só parcialmente as variáveis da decisão judicial às quais, *stricto sensu*, promete englobar. Impossível racionalizar o sistema incidindo sobre a agência judicial. Em primeiro lugar porque a incidência da agência judicial - e da Dogmática Penal - dá -se numa fase parcial e já avançada do processo de seleção formal e informal, cuja intervenção sucessiva de filtros anteriores determinam uma seletividade estrutural que lhe é submetida à decisão. que ela não apenas não consegue controlar mas acaba por racionalizar (é capturada)

Em segundo lugar, o campo de intervenção vital da Dogmática Penal está limitado pelo fato de que o seu código tecnológico, isto é, o instrumental construído para a racionalização garantidora das decisões judiciais não cobre o *second code* judicial e os processos de influência que, excluídos e predominando sobre aquele, condicionam, latentemente, a seletividade das decisões judiciais

E este é, a meu ver, um dos grandes desafios criminológicos do final de século

Enquanto os sistemas penais seguem a marcha de sua violência aberta e encoberta contra os sujeitos que vivem em simbiose com ele e vivemos o império da insegurança jurídica "com" uma Dogmática Penal simbólica, esta segue ancorada

E seja da análise micro à macrosociológica fornece um approach estrutural podendo com razão ser chamada de Criminologia da seleção e da violência institucional.

Mo marco de uma fenomenologia totalizadora do processo de criminalização que relaciona a violência institucional do sistema penal com a violência estrutural, isto é, com a desigual distribuição do poder e dos recursos na sociedade

No marco da Criminologia crítica a descrição da fenomenologia da seletividade pela Criminologia da reação social receberá uma interpretação macrosociológica que, aprofundando-a, evidencia o seu nexó funcional com a desigualdade social estrutural das sociedades capitalistas e a dominação classista isto é, com a violência estrutural.

- Déficit ou subprodução de garantismo e limites estruturais na racionalização da violência punitiva e garantia dos Direitos Humanos: da onipotência à ilusão de poder . Excluída a chamada "criminalidade oculta" que não é objeto da intervenção do sistema penal devido, em grande parte, a sua própria incapacidade operacional, os casos que são submetidos à agência judicial (decisão dos Juízes e Tribunais) representam o resultado de um processo de seleção sumamente avançado no qual já intervêm todos os poderosos filtros específicos do sistema penal (Legislativo, Polícia e Ministério Público) cada um deles criadores de cifras negras , além dos filtros anteriores e paralelos do controle social informal.

Desta forma fica fora da intervenção dogmática, embora seja por ela legitimado, o exercício do poder policial que, juntamente com o poder penitenciário (execução penal) são responsáveis, como se tem demonstrado, pela maior arbitrariedade e violação dos direitos humanos.

E embora intervenha sobre a agência do sistema mais abrigada da arbitrariedade porque mal ou bem suas decisões são pré-programadas pelo Legislador e a Dogmática, ela se encontra plenamente inserida na lógica da seletividade encoberta à qual não tem revertido, mas integrado, convalidado e racionalizado.

Assim "Se nos referindo a CICOUREL e a outros introduzimos conceitos como *basic rules* ou *second code* e aludimos com eles à totalidade do complexo de regras (e dos mecanismos reguladores) que determinam efetivamente a aplicação que faz o juiz da lei, podemos dizer que as regras administradas pela metodologia e a dogmática do Direito Penal e processual penal, cobrem somente parte do processo decisório. A maioria das regras derivadas de fatores como o comportamento e a socialização do juiz penal, regras que encontram expressão em seus prejuízos e esterótipos, escapam da competência da ciência jurídico-penal. Igualmente escapam a ela outras condições de aplicação da lei que não dependem da consciência individual dos juízes, mas

que influem de maneira não menos intensa em sua atividade decisória, como por exemplo os processos de influência derivados da estrutura organizativa e comunicativa do aparato judicial." (BARATTA, 1982b, p.51-2)

Enquanto sua eficácia instrumental tem sido excessivamente inversa à declarada (instrumentalidade de eficácia invertida) sua eficácia garantidora tem sido simbólica (declaração de eficácia simbólica) devido a aptidão do código ideológico do discurso dogmático para (re)produzir um certo número de representações. E o sucesso no cumprimento de tais funções instrumentais e simbólicas por dentro do fracasso de suas funções declaradas tem sido tamanho que ela se mantém vigente contra mais de um século de problematizações e críticas.

. Título depois substituído por Dogmática e sistema penal: em busca da segurança jurídica prometida
.se articula a partir de uma dupla constatação

.A segurança jurídica significa então segurança de que ninguém será punida arbitrária e desigualmente

. Daí retemos a idéia básica de que se a Dogmática se encontra, como a crítica tem demonstrado, cognoscitiva ou teoricamente separada da realidade social, funcionalmente ela não se encontra. E é a sua relação funcional com a realidade que explica sua marcada vigência histórica.

. O conceito de violência é utilizado em sentido amplo. A violência institucional, ínsita ao controle penal se materializa através da seletividade encoberta e da arbitrariedade aberta

.A violência punitiva a que nos referimos no abstract se traduz assim na violação encoberta (seletividade) e aberta (arbitrariedade) dos direitos humanos isto é, numa intrínseca violência institucional que expressa e reproduz, em última instância, a violência estrutural.

.Nesta fenomenologia da seletividade assume especial relevância a explicação da seleção dos criminosos ao nível da chamada criminalização secundária exercida pela Polícia, o Ministério Público e, especialmente, das decisões judiciais seletiva às quais a Dogmática, em sentido estrito, promete racionalizar. (que remontam, por sua vez, a uma Sociologia empírica dos Tribunais)

. Os resultados do Censo Penitenciário Nacional de

1994 realizado no Brasil pelo Conselho Nacional de Política criminal e penitenciária do Ministério da Justiça corroboram empiricamente a seletividade com os seguintes dados.

Existem no Brasil um total de 129.169 presos o que representa, no universo da população brasileira total de 147.000.000 uma percentagem de 88 presos por 100mil habitantes. Desta clientela prisional 96,31% são homens sendo que 53% possuem menos de 30 anos, 43% é constituída por negros e mulatos e 95% de pobres. Apenas 3,69% são mulheres.

É conclusão oficial do Censo que "a seletividade do sistema penal atua, de modo incisivo, sobre os setores mais desfavorecidos da população."

As condutas mais criminalizadas são também, corroborando a seletividade classista Roubo (33%), Furto (10%), Homicídio (17%), Tráfico de Drogas (10%), Lesão corporal (3%), Estupro (3%), Estelionato (2%), Atentado Violento ao Pudor (2%), Extorsão (1%).

O primeiro dos problemas humanos mais acentuados na prisão e "vítima do sistema de justiça".