

De Volta à Relação Entre Doutrina e Jurisprudência

Juarez Tavares

Doutor e Mestre em Direito, Pós-doutor no Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie da Universidade de Frankfurt am Main, Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Foi membro de várias comissões de reforma do Código Penal e da legislação penal brasileira, inclusive do Código Penal para a América Latina. Sub-procurador-geral da República.

Sempre houve uma preocupação doutrinária no direito penal de buscar uma racionalização para seus institutos. Muitas foram as propostas dessa racionalização. Podemos recordar algumas: o esquema positivista baseado na causalidade e na ação instrumental, a adoção do método como forma de criação do objeto no neokantismo da Escola de Baden, a pretensão ontológica do finalismo, com suas categorias lógico-objetivas, a sedimentação organizacional do funcionalismo e seus critérios de utilidade, a postura estratégica do sociologismo weberiano, as contribuições da filosofia analítica em torno das aparências da linguagem e dos atos de fala e a substância de uma teoria comunicativa como forma de exercício de um critério de verdade com base na pretensão de validade e no consenso. Embora cada uma dessas concepções possa padecer de defeitos, contradições ou controvérsias, têm todas elas uma grande qualidade: elevar a doutrina penal a um determinado nível científico, capaz de servir de apoio à compreensão de todos os cidadãos e, principalmente, da jurisprudência. Lamentavelmente, porém, o que vemos, hoje, no direito brasileiro (também no direito de outros países, mas fundamentalmente no brasileiro) é um retrocesso incomensurável: em vez de a doutrina influenciar a jurisprudência para dar às decisões judiciais um mínimo de racionalidade, faz-se da jurisprudência o compêndio da doutrina. Quando a jurisprudência se torna a única fonte de elaboração do direito, pode-se dizer que o direito está destruído. Nem se trata de um empirismo, conforme poderia resultar de uma concepção de Alf Ross, mas, sim, de um casuísmo. O que vale é o que consta

dos informativos. Parece uma consideração pessimista, mas é a realidade: retrocedemos à fase da exegese, ou melhor, da exegese simplificada.

Por outro lado, a legislação penal pode ser deficiente, em alguns aspectos, mas não induz à construção de um direito saído exclusivamente dos tribunais. Nem estou jogando pedra na jurisprudência, a qual, em certos casos, tem contribuído para democratizar a própria lei, como se dá com decisões do STF em matéria de crimes hediondos ou no tráfico de drogas. Essa forma de democratização é própria da jurisprudência e constitui sua função. O que ressalto é a submissão da doutrina à jurisprudência, que passou a constituir a única fonte de uma discussão racional do direito. Quando isso acontece, o direito corre o risco de se transformar numa simples técnica, sem conteúdo de validade universal, um amontoado de casuísmos. Veja-se, por exemplo, a confusão mental que a jurisprudência criou na consumação do crime de sonegação fiscal ou na aplicação do princípio da insignificância. Pondo-se a valer as considerações da jurisprudência, ter-se-á, pela primeira vez na história universal, a consumação de um crime dependendo da ação de outrem e não como desdobramento da própria conduta do agente, ou a violação do bem jurídico se subordinando a um critério de reprovação social da própria conduta.

A decisão acerca da violação de bem jurídico deve estar orientada por outros critérios, principalmente, em face da intensidade da lesão aos valores de referência da conduta. Quando a violação do bem jurídico não pode mais servir para traçar com nitidez as zonas do lícito e do ilícito, tampouco poderá orientar a atividade de cada um. Aí reside a questão da insignificância, que é matéria do injusto penal, subordinada à decisão em torno do desvalor do resultado e do desvalor do ato. Pode até ser que a orientação da jurisprudência tenha perseguido uma fórmula para conter a expansão do direito penal, mas é uma fórmula errada. E os manuais de direito penal vêm repetindo essas ideias, só isso e nada mais, como sinal de progresso. A essa formulação doutrinária, com base nos informativos, chamo de ruptura de racionalidade. Não é à toa que os cientistas sociais e os psicólogos riem das construções jurídicas, que nada têm mais de científicas, são meras expressões da decisão do caso. O direito se transformou numa técnica igual à colocação de tijolos numa casa, e a doutrina se encarrega de apenas dizer como a argamassa está constituída. ♦