

As condições da pesquisa científica em direito penal

*Ricardo de Brito A. P. Freitas**

RESUMO. Pretende-se neste ensaio demonstrar que a pesquisa em direito penal pode se revestir de características assemelhadas à da pesquisa científica, desde que observados certos pressupostos capazes de conferir legitimidade a este tipo de investigação teórica.

Palavras-chave: Direito Penal. Pesquisa científica. Método Comparado.

Introdução

A dogmática penal não é um saber como os outros, o que certamente explica o fato de que apenas os estudiosos do direito a considerem uma ciência. É realmente difícil não apenas para os cientistas das ciências da natureza, mas também para os cientistas sociais, identificar a dogmática penal como algo além de um simples conjunto de prescrições subjetivas formuladas com base em preconceitos políticos e ideológicos de toda espécie. Infelizmente, os denominados cientistas do direito penal pouco fazem de construtivo para alterar esta percepção. O estudioso do direito penal é um pesquisador que, desde a graduação nas faculdades de direito, acomodou-se a uma tradição em pesquisa que desfavorece o entendimento de que a dogmática penal pode vir a ser considerada, senão um saber verdadeiramente científico, pelo menos algo muito próximo disto.

Pretende-se, neste ensaio, estabelecer algumas condições reputadas como essenciais para que a pesquisa em direito penal

* Professor da cadeira História das Idéias Penais no Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado e Mestrado) da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Direito Penal da Faculdade Damas. Doutor em Direito. Procurador da Justiça Militar.

possa ser considerada minimamente científica. Esta pretensão não se explica em razão de inquietações porventura existentes no tocante ao prestígio do direito penal no universo das ciências, mas sim em face da necessidade de se produzir conhecimento mais confiável, mais objetivo, mais preciso, em poucas palavras: mais útil aos fins práticos perseguidos pela ciência do direito penal.

Naturalmente, a pesquisa dogmática não é a única que se interessa pelo direito, ou seja, que tem o direito ou mesmo o fenômeno jurídico como objeto. A ciência penal ou dogmática penal é apenas uma das maneiras possíveis de se estudar o delito, dedicando-se a investigá-lo na sua dimensão propriamente jurídica. Ao seu lado, outras disciplinas não dogmáticas estão voltadas para o estudo do crime e das leis penais a partir de um outro enfoque, como por exemplo, a sociologia criminal, a história do direito penal, a filosofia penal, dentre outras. Porém, este ensaio é dedicado com exclusividade à reflexão sobre as condições da pesquisa científica em direito penal, isto é, as condições da pesquisa dogmática em matéria penal. Ressalte-se, desde logo, que a pesquisa dogmática não dispensa o enfoque político-criminal. Dogmática e política criminal são saberes que se encontram entrelaçados. A ciência do direito penal está inevitavelmente invadida pela política criminal, na medida em que as normas penais, objeto da disciplina, são expressões das opções político-criminais do legislador. Por outro lado, afirmar a possibilidade de pesquisas em torno do problema penal no âmbito de disciplinas não dogmáticas não implica em considerar indesejável a existência de pesquisas interdisciplinares. O problema penal pode ser encarado sob diversos e variados ângulos correspondentes a cada saber particular, porém eles podem e devem se articular em torno do objeto material comum representado pelo crime.

A formulação da doutrina não é a única tarefa do estudioso do direito penal, competindo-lhe contribuir, na medida, de sua capacidade para o avanço metodológico da disciplina e este texto se insere nesta linha de preocupação. Desde logo, registre-se que esta reflexão não é científica ela

mesma, na medida em que apresenta uma preocupação predominantemente prescritiva.

O ensaio inicia-se com o exame da discussão sobre a cientificidade da ciência do direito penal. Em seguida, são abordadas as características peculiares deste saber partindo de uma investigação cuja perspectiva é histórica. Em um terceiro momento, procura-se analisar e comparar os modelos peculiares das ciências sociais e da ciência jurídico-penal no que diz respeito ao seu método, ao seu objeto e aos seus fins. Por fim, busca-se sugerir algumas condições necessárias à pesquisa científica em direito penal, de modo a adequar a disciplina às exigências metodológicas comuns à generalidade das ciências.

1 - A cientificidade da ciência do Direito penal

Afirma-se que a sistematicidade é a qualidade que confere caráter científico ao pensamento dogmático (FERRAZ, 1988, p. 13). A ciência do direito penal (dogmática penal) seria científica porque reuniria certos conhecimentos sistematizados mediante a utilização de metodologia própria da disciplina. Estaria na peculiaridade do método o principal elemento de caracterização da ciência do direito penal, da mesma forma, aliás, de toda e qualquer disciplina científica. De fato, segundo os estudiosos do problema, “é como maneira de visar seus objetos que o pensamento científico se diferencia essencialmente de qualquer outra espécie de conhecimento” (GRANGER, 1994, p. 45). Assim, por possuir método próprio e por sistematizar o conhecimento produzido a partir do método, a dogmática penal seria, por assim dizer, uma verdadeira ciência¹.

¹ O termo “método” é polissêmico. Pode significar um conjunto de técnicas de investigação colocadas à disposição do pesquisador. Nesta acepção, funciona como um manual de instruções para viabilizar a coleta de dados na pesquisa empírica. Num segundo sentido, refere-se a uma determinada orientação teórica conferida ao trabalho científico. Com este significado, o método não é simplesmente a maneira pela qual os dados são coletados ou os diversos procedimentos de investigação, mas sim uma “perspectiva de conhecimento e explicação”, vinculando-se à teoria (MEIER, 1985, p. 11). Neste ensaio, o termo “método” é utilizado com este último significado, isto é,

Essa noção, entretanto, embora costumeiramente aceita pelos cientistas do direito penal, pode ser considerada insuficiente não só por aqueles que encaram o problema da cientificidade do conhecimento a partir do modelo das ciências da natureza, como também pelos que o fazem com base nas exigências de caráter epistemológico comuns às ciências sociais em geral.

Questiona-se a cientificidade da ciência do direito penal, em primeiro lugar, em razão de seus enunciados não serem suscetíveis à verificação ou à refutação, ao contrário do que ocorre com as ciências empíricas. Por força desta característica, os enunciados da ciência penal são insuscetíveis de comprovação, contrariando-se, assim, um postulado corrente do conhecimento científico. Trata-se, decerto, de uma característica contrária à concepção de ciência positivista tributária do paradigma causal-explicativo².

De acordo com o modelo teórico das ciências da natureza, posteriormente transplantado às ciências sociais, para que o conhecimento humano possa superar a limitada dimensão do senso comum faz-se necessário que exista um método capaz de assegurar a observação rigorosa dos fenômenos investigados, e este método é o experimental³. Por intermédio da experimentação, o cientista desvenda regularidades, matematicamente medidas e quantificadas. As regularidades, por seu turno, permitem a elaboração de leis científicas que viabilizam a constatação do caráter necessário de determinados fenômenos, considerando-se a presença de certas causas. Assim, as leis científicas visam revelar quais as causas

como um “conjunto de princípios de avaliação de evidência, cânones para julgar a adequação das explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses” (FERRAZ, 1988, p. 11) e não simplesmente como instrumentos (técnicas) de investigação científica.

² Para alguns, paradigma é o “conjunto de idéias aprovadas e sustentadas por uma geração ou um grupo coerente de cientistas contemporâneos” (PÉREZ TAMAYO, 1998, p. 232). Para outros, é um “conjunto de regras e representações mentais e culturais ligadas ao surgimento de uma disciplina científica” (FOUREZ, 1995, p. 117).

³ Para aqueles que definem por científico apenas o conhecimento obtido por intermédio do método experimental, todo o restante se situa no âmbito do saber vulgar, da simples opinião variável e arbitrária. Trata-se de uma concepção de ciência que desqualifica o conhecimento produzido “fora do laboratório” (STENGERS, 2002, p. 158-159).

aptas a produzir determinados efeitos. A causalidade característica do modelo teórico das ciências naturais implica, basicamente, no reconhecimento da existência de um nexo necessário entre um fator condicionante e um fator condicionado. A produção do evento é previsível por intermédio da experimentação, método que comprova a sua regularidade, uniformidade e constância. Em termos esquemáticos, a causalidade se expressa desta forma: “Supõe-se, então, uma dependência entre o fenômeno A que explica o fenômeno B, tal que suas variações são concomitantes e que não se pode ter B sem A” (GRANGER, 1994, p. 90). A natureza teórica do conhecimento científico segundo este paradigma seria o seguinte: a ciência é o “conhecimento causal que aspira à formulação de leis, à luz de regularidades observadas, com vistas a prever o comportamento futuro dos fenômenos” (SANTOS, 2002, p. 16). Segundo este paradigma, portanto, a formulação de leis é tarefa central de toda e qualquer ciência.

Quando nos deparamos com o modelo teórico positivista-naturalista cujos traços essenciais são descritos no parágrafo anterior, podemos concluir que o cientista do direito penal não produz conhecimento exatamente nos moldes do referido paradigma. De fato, uma concepção positivista-naturalista de ciência torna difícil a admissão da dogmática penal como produtora de verdadeiro saber científico. Segundo este modelo teórico, como visto anteriormente, o método há de ser o empírico e, se possível, o experimental, preferido das ciências da natureza. A atividade científica baseia-se na observação rigorosa dos fatos objetos da investigação. Desse modo, apenas os fatos passíveis de observação empírica podem ser objeto da ciência, exceto os relativos à lógica e à matemática. Por outro lado, a concepção positivista da ciência exige que os fatos investigados sejam objeto de explicação. No âmbito das ciências sociais admite-se que os fatos sociais sejam compreendidos e não propriamente explicados, na medida em que precisam ser submetidos a uma valoração. O método causal-explicativo das ciências naturais corresponderia, assim, ao método compreensivo das ciências sociais (ciências

culturais). Tanto numa como noutra hipótese, o saber científico não admite a possibilidade de formulação dos enunciados prescritivos característicos da dogmática penal.

De fato, o método experimental não tem lugar na ciência penal. O método dogmático é bastante diverso do método das demais ciências, inclusive das ciências sociais. O cientista do direito penal realmente não se limita a explicar ou a tornar possível a compreensão dos problemas que investiga, mas vai além, posicionando-se em relação a eles, decidindo por entre uma ou outra possibilidade com a intenção de proporcionar orientação prática ao profissional do direito penal. O fato do cientista do direito penal não se limitar simplesmente a conhecer o direito penal objetivo e a submetê-lo à análise, deixando de produzir, assim, conhecimento desinteressado, como supostamente agiria o físico, o químico ou mesmo o sociólogo positivista, acarreta a negação, por parte de alguns, de que sua atividade é científica. O cientista do direito penal não explica a ocorrência de um certo fenômeno, mas analisa a norma penal e prescreve uma solução visando à solução de uma questão de índole prática. Por exemplo: o dogmático examina no que consiste a conduta tipificada no artigo 147, do Código Penal (crime de ameaça), porém ele não se limita a descrever a conduta típica para dizer no que ela consiste ou apontar as divergências doutrinárias existentes a seu respeito. Não obstante, posiciona-se e recomenda uma dada orientação. O cientista do direito penal pretende alcançar uma conclusão fundamentada acerca da possibilidade da cólera ou estado de embriaguez do agente afastar o caráter delituoso de sua conduta com o objetivo de orientar o profissional do direito no exercício de sua atividade de natureza técnica, vai indicar a melhor solução para o problema concreto que ele possa vir a enfrentar na prática. Diferentemente das ciências em geral, a ciência jurídico-penal é um saber dogmático. Ela não se confunde com as ciências empíricas, sejam elas puras ou aplicadas, na medida em que, ao contrário destas, persegue fins eminentemente práticos. Mesmo os dogmáticos reconhecem esta característica do saber penal pois, para eles, a ciência

jurídico-penal tem por missão “satisfazer as necessidades da administração da justiça”, ou seja, esta disciplina pretende-se valiosa por servir de maneira eficiente à finalidade de aplicação do direito, muito embora conservando uma dimensão teórica (MIR PUIG, 1994, p. 25; BACIGALUPO, 1996, p. 19)⁴. Tal missão específica impôs ao direito penal uma metodologia denominada tradicionalista por alguns, cuja pretensão é a de “alcançar não só uma aproximação esclarecedora dos problemas que coloca a interpretação e a aplicação do direito, mas também, sobretudo, elaborar um instrumento, uma técnica segura que garantisse soluções concretas e justas”. (PETEV, 1996, p. 16).

Também se questiona a cientificidade da ciência do direito penal em razão da mutabilidade de seu objeto⁵. A norma penal é recriada freqüentemente, assim as transformações produzidas no âmbito do direito penal positivo produziriam uma insuportável inconstância do objeto da ciência penal, o que seria incompatível com uma disciplina verdadeiramente científica⁶.

Critica-se ainda a ausência de objetividade e neutralidade axiológica do cientista do direito penal. O dogmático se deixaria influenciar por suas preferências pessoais, por suas crenças, por suas posições políticas, enfim. Ele não agiria como um verdadeiro pesquisador, como o

⁴ Em sentido contrário, afirmando o caráter eminentemente teórico da ciência do direito penal, embora aplicado à prática: (GRISPIGNI, 1932, p. 7).

⁵ O objeto de uma disciplina científica pode ser entendido como “aquilo sobre eu incide a observação científica, a própria matéria da investigação” (CARBONNIER, 1979, p. 161).

⁶ Na verdade, a mutabilidade do objeto da ciência penal só existe caso se considere um dado ordenamento jurídico-penal em particular, pois a norma em si mesma continua a se constituir no objeto formal da disciplina, não obstante as transformações ocorridas com o seu conteúdo. As modificações que freqüentemente ocorrem no interior do direito penal em nada alteram o fato de que a norma, seja qual for o seu conteúdo, continua a ser o objeto formal disciplina. Os fatos sociais também se sucedem e nem por isso pode-se dizer que as ciências sociais não sejam verdadeiramente ciências. Por outro lado, por significativas que as mutações no direito penal positivo aparentem ser, elas serão, na realidade, sempre secundárias, uma vez que não atingem a parte mais essencial do ordenamento jurídico-penal, que seriam os seus princípios e os seus conceitos fundamentais (HERNÁNDEZ GIL, 1976, p. 18).

cientista que se despe de preconceitos ao realizar a investigação científica. Por exemplo, diante da questão da eutanásia, o dogmático não se limita a encará-la com a necessária isenção, mas se posiciona diante do problema, colocando-se contra ou a favor da descriminalização da conduta daquele que a pratica.

As objeções ao caráter científico do saber penal, com exceção daquela referente à suposta inconstância de seu objeto, representam de fato um considerável empecilho à pesquisa científica em direito penal, ainda quando pareçam excessivas e injustas. A questão que se coloca é a seguinte: é possível existir um efetivo conhecimento cientificamente fundado em direito penal? Neste caso, quais seriam as condições para a pesquisa científica? Os capítulos posteriores pretendem dar uma resposta satisfatória a estas indagações através de certas orientações que nos parecem relevantes.

2 - A peculiar natureza do conhecimento penal

A cientificidade do conhecimento em direito penal não esteve entre as preocupações dos estudiosos deste ramo do direito até meados do século XIX. Nesse período, uma violenta reação empreendida contra a filosofia (metafísica) penal procurou reafirmar a cientificidade do saber penal numa dimensão totalizadora que acabou por destruir a autonomia científica da disciplina. Visando à superação da situação existente, produziu-se um dos primeiros esforços consistentes no sentido de reafirmar a autonomia metodológica do saber penal. Assim, foi o tecnicismo-jurídico que, na Itália, se encarregou da tarefa sob a inspiração do positivismo jurídico-penal alemão, o qual encontrou em Binding seu máximo representante⁷.

A proposta teórica do tecnicismo jurídico pretendeu dotar a ciência penal de método, objeto e missão distintos daqueles característicos das demais ciências criminais não

⁷ Mesmo os dogmáticos contemporâneos consideram ser mérito definitivo do tecnicismo jurídico-penal a fixação de um método próprio, o que teria conferido à disciplina um rigor científico até então inexistente (MANTOVANI, 2001, p. 29).

dogmáticas. Para os adeptos desta corrente do pensamento jurídico-penal, tratava-se, em suma, de resistir aos esforços empreendidos pelo positivismo naturalista de reduzir a ciência criminal a uma disciplina empírica de natureza ampla e totalizadora capaz de diluir em seu interior a especificidade do conhecimento dogmático. Desse modo, para o tecnicismo-jurídico seria indispensável uma perfeita individualização de cada uma das ciências criminais de maneira a separar, por exemplo, a ciência jurídico-penal da sociologia, da psicologia ou da antropologia criminais⁸. Pretendeu-se definir exatamente no que consistiria não apenas o seu método, mas também o seu objeto, seus princípios, seu perfil teórico e suas finalidades práticas. A tarefa a qual se dedicaram os primeiros dogmáticos consistiu, então, em desvincular a ciência do direito penal da dupla tradição representada, de um lado, pelo positivismo naturalista; de outro, pelo classicismo, corrente doutrinária impregnada pela filosofia do jusnaturalismo. O tecnicismo jurídico acusou os adeptos do classicismo de terem feito direito penal como se o direito positivo não existisse, o que teria produzido um saber teórico de “caráter absoluto, imutável, universal, cuja origem remontava à divindade ou à revelação da consciência humana, ou às leis da natureza e da idéia” (ROCCO, 1999, p. 4-5). No tocante ao positivismo-naturalista, apesar de reconhecer em seu favor o grande mérito de ter sepultado a “metafísica” dos juristas clássicos, o tecnicismo jurídico o rechaçou pelo que considerou uma generalizada ignorância do “princípio da divisão do trabalho científico” ao transformarem a ciência penal em um simples “capítulo e apêndice da sociologia”, terminando por criar um “direito penal sem direito” (ROCCO, 1999, p. 5-6).

Assim, tendo sido a ciência do direito penal apartada das demais ciências criminais, sua preocupação passa a ser

⁸ Na Itália, até mesmo estudiosos influenciados pelo positivismo-naturalista se sensibilizaram com a nova orientação técnico-jurídica. Grispigni, por exemplo, distinguiu, com base no método, as ciências em normativas, dentre as quais a ciência jurídico-penal, e as ciências empíricas, embora tenha admitido o interesse de ambas pela norma penal a partir de diferentes perspectivas (GRISPIGNI, 1932, p. 5).

exclusivamente o direito positivo (SAÍNZ CANTERO, 1982, p. 33). O objeto formal da dogmática jurídico-penal torna-se exclusivamente o direito objetivo, ou seja, a norma penal⁹.

Segundo a nova orientação teórica, a missão da ciência do direito penal é a “elaboração técnico-jurídica do direito positivo e vigente” com a finalidade de viabilizar a organização e a sistematização lógica do direito objetivo para fornecer orientação aos profissionais do direito encarregados de aplicá-lo (ROCCO, 1999, p. 15).

Quanto ao método, este foi concebido como sendo o conjunto dos meios necessários ao desempenho da tarefa prática da disciplina, consistindo em três modalidades de investigação denominadas, respectivamente de exegética, dogmática/sistemática e, por fim, crítica. A atitude valorativa por parte do cientista do direito penal só seria admitida nesta última fase.

A exegese, aspecto do método considerado rudimentar e de duvidosa cientificidade, teria o objetivo de fixar o sentido e o alcance das normas do ordenamento penal positivo mediante o uso das técnicas de interpretação tradicionais e da técnica de integração das lacunas da lei. A exegese teria a tarefa de fornecer os dados sobre os quais se daria a atividade propriamente dogmática.

O segundo aspecto do método é o dogmático, que consiste na descrição e exposição dos “princípios fundamentais do direito positivo em sua coordenação lógica e sistemática” com base na indução. A atividade dogmática teria como base o conteúdo das normas penais revelado pela exegese.

O terceiro aspecto técnico-jurídico é o crítico, segundo o qual o cientista do direito penal deveria, obrigatoriamente, empreender uma “investigação do direito que há de se estabelecer ou direito ideal”. O pressuposto da crítica jurídica

⁹ Esclarece Reale que o objeto da ciência pode ser classificado em material ou formal. O objeto material de uma determinada disciplina pode ser comum a outras, porém, o objeto formal não, por tratar-se da “especial maneira com que a matéria é apreciada, vista, considerada”, traduzindo um exclusivo “ângulo especial de apreciação”. (REALE, 1983, p. 74).

seria a atividade exegética e a dogmática anterior, uma vez que, segundo Rocco, não se poderia criticar aquilo que não se conhece (ROCCO, 1999, p. 31-33).

Embora atualmente o método da ciência do direito penal seja denominado de dogmático em toda a sua extensão, enquanto que, para Rocco, o dogmático era apenas de um dos aspectos do método técnico-jurídico, é notável a vigência doutrinária de alguns dos postulados do tecnicismo-jurídico nesse particular. Para a doutrina contemporânea, assim como para o tecnicismo jurídico-penal, “o conhecimento dogmático do Direito vigente é pressuposto necessário para sua acertada reforma”, razão pela qual “antes de recorrer à modificação legislativa, a Dogmática tentará todo tipo de solução no marco da lei positiva” como maneira de comprovar “se não há outra via, com frequência preferível, à reforma legal” (MIR PUIG, 1994, p. 21). Rocco subscreveria sem problemas a referida afirmação.

De acordo com o tecnicismo jurídico-penal, a crítica jurídica apresenta duas vertentes: na primeira, o cientista do direito penal, baseando-se no direito vigente, o submete à análise com a finalidade de constatar “mediante dedução lógica” a existência de “disparidades, antinomias, discordâncias” que impedem o cumprimento da missão político criminal que lhe foi destinada pelo legislador. Apenas depois dessa investigação, o estudioso poderia ingressar numa segunda etapa da crítica jurídica. Nela, compete-lhe propor reformas no direito penal vigente, apresentar sugestões no sentido da criação ou revogação de normas penais. Ele realiza, dessa maneira, uma atividade tipicamente político-criminal¹⁰.

¹⁰ Aníbal Bruno afirma, sem razão, que para o tecnicismo penal a atividade de política criminal encontra-se excluída do âmbito de interesse do cientista penal (BRUNO, 1967, p. 41). Porém, em ambas as direções da crítica jurídica, o cientista do direito penal está fazendo política criminal e não ciência, uma vez que ele chega até a indicar os caminhos que o direito penal deve seguir, não se furtando a valorar as opções existentes no sentido da reforma com base em um número ilimitado de premissas. Na atividade de crítica jurídica, o cientista penal atua independentemente de pontos de partida previamente estabelecidos e indeclináveis, isto é, de forma contrária a do dogmático. O tecnicismo jurídico-penal reconheceu que, pelo menos no que se refere a segunda

Ambas as modalidades da crítica jurídica, entretanto, encaram um direito penal como ele *deve ser* e não como *é* de fato. De toda sorte, sua importância parece evidente para os estudiosos. A crítica jurídica, acredita-se, “impede o isolamento do Direito como coisa deficientemente concluída e restaura na continuidade da evolução de que o Direito vigente é apenas um momento transitório” (BRUNO, 1967, p. 41).

O método técnico-jurídico, método dogmático da juventude do saber penal cientificamente autônomo, está conectado à dogmática contemporânea, a despeito de importantes transformações ocorridas na ciência do direito penal. Na Itália, por exemplo, criticou-se o tecnicismo jurídico-penal sob a alegação de que teria feito a ciência do direito penal descambar na direção de um formalismo excessivo. Embora o tecnicismo-jurídico tenha assegurado a autonomia da ciência do direito penal, ele teria esquecido a importância da investigação em torno dos aspectos “materiais” do direito em favor das suas características lógico-formais. Os estudiosos do direito penal teriam “abusado da lógica abstrata, com exagerada tendência à formação de categorias gerais e de sistemas” e descuidado da realidade da vida social (ANTOLISEI, 1988, p. 22). Esta crítica, porém, não parece razoável, pois o tecnicismo-jurídico incluiu no método, como foi visto anteriormente, a possibilidade da atuação político-criminal do cientista do direito penal consistente em avaliar as repercussões da aplicação concreta da lei na vida social. Em segundo lugar, por ter assinalado ao conceito de bem jurídico uma posição central como objeto da proteção penal (BETTIOL, 1966, p. 52). Seja como for, reconhece-se na atualidade que a dogmática penal “não se reduz aos aspectos lógico-estruturais, mas adentra em questões de conteúdo, das quais é impossível excluir a valoração ou, em todo caso, sua vinculação a uma forma de ver o mundo” (SILVA-SÁNCHEZ, 2001, p. 35). Por outro lado, o cientista do direito penal “não mais é considerado simplesmente um

vertente da crítica jurídica, o jurista não age exatamente como um cientista penal em sentido estrito, mas sim como um filósofo ou cientista político, haja vista estar avaliando fatos políticos e sociais (ROCCO, 1999).

fazedor de silogismos, que se limita a deduzir do texto da lei as soluções dos concretos problemas jurídicos da vida, antes alguém sobre quem recai a enorme responsabilidade de se dar à aventura de procurar e encontrar a solução *mais justa* para cada um daqueles problemas” (DIAS, 1999, p. 34). Chega-se mesmo a propor ao dogmático penal uma abertura além das fronteiras de seu próprio saber (WÜRTENBERGER, 1965, p. 48-49).

Pretendendo superar o suposto formalismo técnico-jurídico, a doutrina penal propõe, então, a adoção pela disciplina de uma “orientação realista” ou de uma “orientação teleológica”, visando realçar a finalidade da norma no processo de interpretação. Ambiciona a doutrina, mediante esta atitude, atrair determinados aspectos que estariam sendo até então desprezados pelos dogmáticos para o interior do direito penal (ANTOLISEI, 1988, p. 23; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1958, p. 29). Esta nova tendência teórica tem por objetivo valorizar no campo hermenêutico o “método teleológico” de interpretação, característico da lógica material.

A doutrina penal também chama a atenção para a importância da “valoração” (qualificação ético-jurídica) da norma positiva. Os estudiosos afirmam, por exemplo, que se a dogmática penal se limita a tratar o homicídio simplesmente como a morte de alguém cometida por uma pessoa, sem valorar a conduta do agente, este fato social não tem significado algum para o direito penal, só vindo a adquiri-lo quando se constata o caráter reprovável da conduta do autor do ilícito (BETTIOL, 1967, p. 75-76). Em consequência, o método da ciência do direito penal torna-se, sobretudo, tributário da denominada interpretação teleológica que ultrapassa a exegese baseada em abstrações, preocupada unicamente com deduções silogísticas, e, ao mesmo tempo, permite seja desvendado o fim perseguido pelas normas penais e que consiste na tutela dos bens jurídicos.

A despeito das críticas dirigidas ao tecnicismo-jurídico por aqueles que realçaram o aspecto teleológico do direito penal, não se percebem entre as duas orientações nenhuma ruptura radical no aspecto metodológico da disciplina. O tecnicismo-jurídico, por exemplo, ressalta o conceito de bem

jurídico-penal, permitindo a valorização posterior do aspecto teleológico na atividade desenvolvida pela doutrina. Pode-se concluir, então, que modificações substanciais no método dogmático da ciência penal não chegaram a ocorrer, muito embora tenha surgido a consciência de que a atitude valorativa por parte do dogmático penal não se faz presente apenas na etapa da “crítica jurídica” como pretendia o tecnicismo-jurídico, mas em toda a investigação científica desenvolvida no âmbito do saber penal (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 278-279; MIR PUIG, 2002, p. 175).

A concepção do direito penal como uma ciência dogmática também se encontra no cerne do pensamento da ciência penal alemã onde Binding, ao contrário dos estudiosos italianos da Escola positiva, jamais se distanciou do positivismo jurídico formalista¹¹. Mesmo v. Liszt não abdicou em momento algum de considerar a ciência penal em sentido estrito um saber autônomo em relação às demais ciências criminais que influenciaram seu pensamento. Von Liszt foi, na realidade, “um moderno dogmático do direito penal”. (BUSTOS RAMÍREZ, 1994, p. 129).

V. Liszt permitiu que a sua concepção acerca da ciência do direito penal fosse influenciada pelo positivismo naturalista, no entanto ele nunca deixou de considerar o direito penal positivo o objeto específico da disciplina. Para ele, a missão da ciência penal consiste em: “Formular, desde o aspecto puramente técnico-jurídico, e baseando-se na *legislação*, os delitos e as penas como generalizações ideais; desenvolver as prescrições particulares da lei, elevando-se até as idéias fundamentais e os últimos princípios para formar um sistema fechado; expor na parte geral do sistema o conceito de crime e de pena, em geral; e, na especial, a série de crimes em particular

¹¹ A ciência penal alemã dividia-se em duas correntes, sendo a primeira o positivismo jurídico de Binding, Merkel e Beling e a segunda o positivismo naturalista de v. Liszt. Para o positivismo jurídico, os conceitos básicos do direito penal são formulações puramente jurídicas, ou seja, são criações do direito; segundo o positivismo naturalista, esses conceitos são entes reais, limitando-se a ciência penal a recolhê-los ao seu âmbito específico (MIR PUIG, 2002, p. 187-188).

e das penas legais” (LISZT, 1929, p. 6). Liszt aceitava que as demais ciências criminais influenciassem a ciência do direito penal, desde que com ela não se confundissem, ameaçando a sua autonomia. Ele admitia tão somente que a missão da dogmática precisava ser perseguida mediante o auxílio dos demais saberes sobre o fenômeno criminal.

Sob o aspecto metodológico, é verdade que a ciência penal de Binding “parte do abstrato, do absoluto, simplesmente deduz logicamente”, ao passo que a de v. Liszt “parte da realidade social, necessita observar, induzir, integrar, revistar constantemente de forma crítica e sobre essa base dar uma função coerente com determinados postulados garantidores do indivíduo, concebidos não em sua pura formalidade, mas com um conteúdo material” (BUSTOS RAMÍREZ, 1994, p. 131-132), outrossim, este último, embora destoando da tendência normativista da ciência penal alemã da época, não chegou a abandonar a dimensão propriamente “jurídica” da disciplina, apesar de ter se colocado sob a influência do método das ciências causal-explicativas consideradas auxiliares, na sua concepção de ciência global do direito penal (MIR PUIG, 2002, p. 200).

Unicamente no sentido mencionado no parágrafo anterior se pode admitir a afirmação de que o método da ciência do direito penal, no pensamento de v. Liszt, possui uma dimensão empírica. Seu conceito de ação, por exemplo, deriva diretamente da constatação, no plano da realidade, da existência de fatos jurídicos “perceptíveis pelos sentidos e descritíveis num sistema de conceitos físicos ou biológicos” (SCHÜNEMANN, 1991, p. 43-44). No entanto, não obstante a influência que o pensamento de v. Liszt sofreu das ciências da natureza, sua ciência penal é dogmática, embora não no mesmo sentido da dogmática de Binding. Acredita v. Liszt, dogmaticamente, que a ciência jurídico-penal em sentido estrito possui, ao mesmo tempo, uma dimensão sistemática e uma dimensão prática. Em termos sistemáticos, deve-se realizar a análise e a síntese das proposições jurídicas para, em seguida, ordená-las e simplificá-las, além de sistematizar os conceitos.

Em termos práticos, a ciência penal se desenvolve a partir da realidade empírica, daí que, em conclusão, tem-se que, para v. Liszt, a proposição jurídica é “o resultado de uma abstração conceitual a partir dos fatos reais da vida jurídica” (MIR PUIG, 2002, p. 205-206)¹².

Buscando superar a influência naturalista representada pelo pensamento penal de v. Liszt, a dogmática jurídico-penal, sob influência das teses de Rickert, empreende uma guinada na direção da filosofia, mais precisamente do neokantismo, adotando uma nova orientação epistemológica. Recorde-se, todavia, que o neokantismo, muito influente na ciência penal dos anos 30, não foi o proveniente da Escola de Marburgo (Kelsen), mas o da Escola Sudocidental alemã (Radbruch). Em conseqüência, a ciência do direito penal não sofre contaminação pelo formalismo, restando compromissada com a idéia de que o direito penal tem uma essência axiológica.

Os novos dogmáticos procedem a uma radical diferenciação entre as ciências da natureza e do espírito, situando a ciência penal no interior destas últimas. Passam a conceber as esferas do valor e da realidade como absolutamente independentes uma da outra. Por outro lado, a possibilidade do valor derivar da realidade (do *ser* não deriva nenhum *dever ser*), atitude denominada de dualismo metodológico, é por eles rejeitada. Conseqüentemente, deixa de ser possível manter a concepção de ciência penal nos moldes concebidos por v. Liszt, sensível ao método das ciências causal-explicativas. As ciências criminais passam a expressar dois enfoques diferentes: o axiológico da dogmática jurídico-penal, e o ontológico, próprio da criminologia, estabelecendo-se assim um divórcio radical entre as duas disciplinas que passam a constituir “dois mundos

¹² Pode-se perceber, na concepção metodológica de v. Liszt, o processo mediante o qual ocorreu a formação do conceito analítico clássico do crime. A sua noção de causalidade implica em que o crime seja dividido em compartimentos estanques donde emergem uma dupla realidade a partir da observação empírica: a externa e a interna, ambas apreensíveis pelos sentidos. Enquanto a realidade externa corresponde ao conceito de antijuridicidade (parte objetiva), a interna diz respeito à noção de culpabilidade (parte subjetiva, contendo dolo e culpa), numa fórmula basicamente descritiva do fato punível.

epistemologicamente comunicáveis”. Para alguns, inclusive, esta é a causa do “desprezo olímpico pela realidade” do direito penal brasileiro (BATISTA, 1996, p. 28). Resulta reforçada, desse modo, graças ao dualismo radical, a autonomia da ciência penal, mantendo-se esta situação constante a despeito das ulteriores transformações operadas na disciplina (MUÑOZ CONDE, 2001; MIR PUIG, 1982).

O advento do finalismo opera nova transformação metodológica da dogmática jurídico-penal, porém, mais uma vez, não ocorreu nenhuma alteração no seu objeto formal. Neokantismo e finalismo compartilham, por igual, a ênfase que conferem aos aspectos subjetivos da conduta, ao contrário do positivismo naturalista de v. Liszt que acentua o resultado (TAVARES, 2000, p. 139).

Procurando se distanciar do neokantismo, o finalismo traduz uma concepção filosófica ontológica (WELZEL, 2001, p. 31). O relativismo valorativo dá lugar, assim, na ciência penal, às “estruturas lógico-objetivas” (MIR PUIG, 2002, p. 226). Para Welzel, o caráter fundamental e decisivo das mencionadas “estruturas lógico-objetivas” para a ciência penal é evidente. Segundo ele, as normas jurídico-penais estão limitadas pela realidade, objeto do conhecimento. Isto ocorre porque o direito penal só pode ordenar ou proibir condutas dirigidas em termos finalistas, não podendo fazê-lo em relação a processos causais. E exemplifica: o direito não pode obrigar mulheres grávidas a acelerar a gravidez e, em seis meses, terem filhos perfeitamente saudáveis, ou proibi-las de abortar involuntariamente, pois isso contrariaria a natureza. Pode, apenas, proibi-las de provocar aborto. Por isso, esclarece, “a estrutura lógico-objetiva” é um conceito pré-jurídico, embora indispensável à ciência penal (WELZEL, 2001, p. 31-32). Assim, em suma, para o finalismo, “a dogmática jurídico-penal deverá contar sempre com uma *limitação* que transcende ao Direito positivo, para encontrar-se radicado na ‘natureza das coisas”, muito embora sem abandonar as funções de interpretação da lei e de construção do sistema (MIR PUIG, 2002, p. 233-234). O finalismo exige do direito penal positivo sua limitação no plano material, haja vista

não poder transformar a realidade a seu bel-prazer, sob pena de produzir graves problemas na esfera social.

O exame da evolução da ciência do direito penal revela, então, um progressivo e constante afastamento da disciplina em relação ao modelo teórico positivista naturalista característico das ciências da natureza. Considerando-se o referido paradigma pode-se concluir que a ciência do direito penal encontra-se consideravelmente afastada dos padrões mais rigorosos e tradicionais de cientificidade observados pelas disciplinas que utilizam o método experimental. Porém, ainda que o parâmetro utilizado para a averiguação da cientificidade da dogmática penal seja o das ciências que adotam um modelo teórico pós-positivista, ainda assim, a primeira estará muito distanciada das segundas. Para comprová-lo, torna-se importante avaliar se a ciência do direito penal é ou não uma ciência social.

3 - A ciência do Direito penal como ciência social

Desde que por ciências sociais se entendam as disciplinas não incluídas entre as ciências naturais, a ciência do direito penal é, sem dúvida, uma ciência social. A dogmática jurídico-penal estará, assim, lado a lado com a sociologia, a criminologia, a ciência política, etc. Porém, em um sentido mais rigoroso ou estrito, a dogmática jurídico-penal apresenta características totalmente diversas das referidas ciências sociais, constituindo-se uma disciplina ímpar e bastante peculiar.

Afirma-se que a ciência penal é uma autêntica ciência social, muito embora conserve a sua natureza dogmática e mantenha-se como uma disciplina não empírica. Neste sentido, reconhece-se que “só será convincente uma concepção de Ciência do Direito como Ciência Social que não só não se oponha, mas que facilite o cumprimento do objetivo inescapável da Ciência Jurídica, a saber: o conhecimento das normas vigentes que resulte útil par sua aplicação prática” (MIR PUIG, 1982, p. 12). Propõe-se, desse modo, que a disciplina possa investigar os fatos sociais cientificamente,

rompendo com a tradição representada pela dicotomia entre saberes dogmáticos, isto é, entre ciências normativas que têm a norma jurídica como objeto formal e ciências sociais, ou seja, disciplinas empíricas interessadas na investigação dos fatos da realidade social. No entanto, diga-se mais uma vez, o fim da dicotomia encontra-se na dependência da dogmática penal manter seu objeto (a norma penal), seu método (dogmático e não empírico) e sua tradicional missão de natureza prática.

A partir dos anos 70 do século passado, teria ocorrido uma inflexão nos rumos da ciência penal na direção da realidade social. Houve o reconhecimento de que a ciência penal, apesar de utilizar o raciocínio formal como instrumento metodológico, não é uma ciência formal como o são a lógica e as matemáticas, uma vez que está preocupada em fixar o “sentido (social) do texto legal”. A operação lógica realizada pelo dogmático somente ocorre após a investigação acerca do sentido das normas, pois dele se exige a extração de todas as conseqüências das proposições normativas. Assim, acredita-se, não haveria contradição entre o fato do cientista penal pesquisar o conteúdo da legislação positiva e, ao mesmo tempo, investigar a realidade social. Inexistiria uma radical distinção entre a atividade científica do jurista e a atividade científica do sociólogo, a quem também se atribui a missão de viabilizar a compreensão da realidade social. Embora não faça uso do método empírico, o cientista do direito penal trabalha sobre “fatos comprovados empiricamente”. A ciência do direito penal seria, assim, ciência social por inexistir contraposição entre norma jurídica e realidade social, na medida em que as primeiras “também são fatos sociais”. Ao analisar a norma penal, o dogmático também estará investigando a realidade social. A ciência do direito penal seria uma ciência social, sobretudo porque “as normas jurídicas são expressão formal de comportamentos sociais, embora não o sejam no plano do ser, mas no do dever ser”, de modo que “analisar o conteúdo da norma jurídica é fazê-lo em relação às condutas imaginadas pela mesma”. Então, em última análise, “estudar o direito [...] é estudar os processos sociais”. Esta seria a única possibilidade

do direito penal poder ser considerado uma verdadeira ciência (MIR PUIG, 1982, p. 29-31).

Esta concepção, apesar de interessante e original, encontra-se distanciada do que se entende normalmente por uma ciência social. A ciência do direito penal se distingue das ciências sociais em geral tanto pelo método que emprega, como pelo seu objeto formal e fins que persegue. Esses três aspectos são essenciais para que se distinga entre as diversas ciências.

Uma concepção mais ortodoxa acerca do método das ciências sociais exige que, direta ou indiretamente, suas proposições resultem de comprovações experimentais (CHINOY, 1976, p. 26). Porém, mesmo uma concepção pós-positivista das ciências sociais exigiria que o método fosse, ao menos, empírico. O método da ciência do direito penal, entretanto, não é o empírico e muito menos o experimental. Na ciência penal contemporânea, o método dogmático destina-se a proporcionar o conhecimento do “sentido dos preceitos jurídico-penais positivos e a desenvolver seu conteúdo de modo sistemático” com fundamento no direito positivo (CEREZO MIR, 1996, p. 62). Em outras palavras: o método dogmático pretende viabilizar a produção do conteúdo conceitual e a estrutura das proposições jurídicas, sistematizar a matéria jurídica (complexo de normas) e encontrar novas vias de construção conceitual e sistemática (JESCHECK, 1993, p. 35). O método dogmático utiliza as denominadas técnicas (ou métodos em sentido amplo) de interpretação da lei penal e de integração de suas lacunas na tarefa da exegese. Porém, ao lado desta, a sistematização é outro aspecto do método dogmático que se revela de grande importância.

A interpretação objetiva do texto legal, aspecto essencial do método dogmático da ciência penal, é feita por intermédio da dedução, em contraste com as ciências sociais que se amparam no procedimento indutivo característico do método empírico¹³. O cientista social elabora leis gerais com a finalidade

¹³ A hermenêutica, entretanto, não deve ser reduzida à dimensão do abstrato. Deve-se considerar também o dado concreto representado pelo caso singular *sub examinem* (momento valorativo-aplicativo da interpretação) para que seja superada a esterilidade

de construir uma teoria científica tendo como ponto de partida certos dados particulares. Neste sentido, seu esforço teórico “consiste justamente em ir além do meramente descritivo, que se deve ligar a *proposições mais gerais explicadoras* (obtidas por indução e de que, justamente, se deduziriam as proposições menos gerais, que assim se explicariam pelas primeiras)” (SOUTO; SOUTO, 1983, p. 63).

A sistematização ocupa posição central na dogmática penal, apesar das transformações que ocorreram nas últimas décadas no âmbito da disciplina. Entende-se que a sistematização há de estar vinculada aos fins práticos perseguidos pela ciência do direito penal. Costuma-se defini-la como sendo a “ordenação lógica dos conhecimentos particulares” no campo da ciência. Por seu intermédio, pode-se verificar se os conhecimentos de uma ciência são ou não compatíveis entre si (SCHÜNEMANN, 1991, p. 31-32). A sistematização visa, assim, impedir que o conjunto das normas penais forme “um acervo de disposições disparatadas e desvinculadas”, pretendendo assegurar a coordenação entre elas (ANTOLISEI, 1988, p. 17-18).

A diferença entre o objeto das ciências sociais e o da ciência do direito penal pode ser bem percebido quando se compara o objeto da sociologia do direito com o de uma disciplina jurídica. A dogmática, afirma-se, “estuda as normas de direito em si mesmas, enquanto que a sociologia jurídica se esforça por descobrir as causas sociais que as produziram e os efeitos sociais que elas originaram” (CARBONNIER, 1979, p. 24-25). Se entre a dogmática penal e a sociologia criminal existe uma coincidência entre os seus objetos materiais, pois o

decorrente da utilização da denominada lógica dedutiva. Por outro lado, o cientista do direito penal não deve apenas se limitar a conhecer o conteúdo dos tipos penais, mas deve realizar um esforço na direção da concretização da norma penal, buscando determinar seu real significado no caso examinado a partir de uma valoração dos dados extra-sistemáticos (elementos normativos do tipo, normas penais em branco, lacunas ideológicas etc.) (PANAGIA, 1997). Em outros termos: exige-se por parte do dogmático um “esforço de penetração axiológica do problema penal” no qual este vai se auxiliar de referências teleológicas que expressam “valorações político-criminais co-naturais do sistema” (DIAS, 1999, p. 35).

problema penal interessa a ambas disciplinas, há uma profunda diferença entre o desvio como fato social, objeto formal da segunda, e a norma penal, objeto exclusivo da primeira. O objeto formal da ciência do direito penal é o ordenamento penal ou a norma positiva, o objeto formal da sociologia do direito penal ou da sociologia criminal é o fato social, como por exemplo, o crime ou desvio enquanto fenômeno jurídico.

Por último, há de ser considerada a radical diferença entre os fins perseguidos pela ciência do direito penal e aqueles das ciências sociais.

As ciências são classificadas como puras (fundamentais) ou aplicadas. Afirmar que uma ciência é pura equivale a admitir que ela se limita a descrever e a explicar os seus objetos, não se envolvendo com a ação. As ciências puras não visam a resultados práticos, suas realizações são desinteressadas, tendo em vista que elas pretendem unicamente fazer com que os fenômenos sejam explicados ou compreendidos (GRANGER, 1994, p. 46-47). As ciências puras não estão preocupadas com a aplicação do conhecimento, mas apenas com a sua aquisição. Os seus projetos de pesquisa giram em torno de questões definidas pelo próprio modelo teórico e não a partir de ingerências externas. Nas ciências puras, em outras palavras, “os critérios de validade dos resultados referir-se-ão sempre aos conceitos ligados ao paradigma e à comunidade científica reunida em torno dele” (FOUREZ, 1995, p. 199). Há, assim, certa independência da ciência pura em relação às exigências sociais. É a própria comunidade científica quem define o objeto da pesquisa e quem julga os resultados da investigação com base unicamente nos parâmetros paradigmáticos da disciplina com vistas à produção de conhecimento desligado de motivações de ordem prática. Diferentemente, as ciências aplicadas são destinadas a produzir resultados práticos com repercussão na esfera social. Existe interesse destas ciências em interferir na realidade a partir da produção do conhecimento. Por isso, a avaliação da produção científica não é feita pela comunidade de cientistas, mas por agentes que estão desvinculados dos pesquisadores.

A despeito da classificação das ciências em puras ou aplicadas, o fato é que não existe uma ciência que seja completamente pura ou completamente aplicada, haja vista que “na prática moderna da ciência, só se considera um conhecimento como interessante na medida em que alcança resultados concretos, geralmente experimentais, no que diz respeito à organização de nosso mundo e à sua representação”. Assim, pode-se concluir que “todo conhecimento liga-se a aplicações: experiências, em última instância” (FOUREZ, 1995, p. 203). Porém, independentemente da natureza pura ou aplicada da ciência, a atitude metodológica exigida do pesquisador sempre implica em um atuar de maneira sistemática nos processos de observação, classificação e generalização. A observação incide sobre os fenômenos considerados relevantes pelo pesquisador. A classificação é feita com base nos dados semelhantes entre si para facilitar a compreensão da realidade. A generalização, de caráter probabilístico, procura confirmar que “sob determinadas condições, a situação A é mais provável estar associada ao fator Y de que ao fator Z”, o que redundará no reconhecimento do caráter múltiplo e complexo dos fatores causais. A sociologia afirma, por exemplo, ser provável que uma considerável parcela de infratores juvenis seja proveniente de lares desfeitos, embora estes nem sempre produzam infratores juvenis. Esta proposição indica uma probabilidade. Dada a existência de um infrator juvenil, é provável, embora não seja certo, que em seus antecedentes exista uma família desfeita (MANN, 1970, p. 30-31).

A ciência jurídico-penal não é uma ciência aplicada e ainda menos uma ciência pura. Ela é uma disciplina dogmática. Ela persegue fins eminentemente práticos, mas não da mesma forma que as ciências aplicadas. Diferenciando-se das demais ciências, o compromisso da ciência do direito penal, saber eminentemente instrumental, é com a atividade judicial e não com a procura da verdade. Ela pretende tão somente propiciar aos profissionais do direito penal os instrumentos necessários

ao controle das incertezas com a finalidade de tornar suportáveis as decisões judiciais que obstaculizam a reprodução e continuidade dos conflitos (FERRAZ, 1980). Em outras palavras, a dogmática jurídica visa à preservação da estabilidade social por intermédio da esterilização dos conflitos intersubjetivos (ADEODATO, 2002, p. 33-34).

Entre a ciência do direito penal e as ciências sociais (ciências aplicadas) as diferenças não são negligenciáveis. Elas se diferenciam não apenas no tocante ao método, mas ao objeto e aos fins que perseguem. Porém tais diferenças não são sintoma de um suposto “atraso” da ciência jurídico-penal em relação às ciências empíricas; da mesma maneira, aliás, que as ciências sociais não são “atrasadas” quando comparadas com as ciências naturais. A dogmática penal nem é mais “desenvolvida” nem mais “atrasada” que as demais ciências: ela é simplesmente um saber de tipo diferente. Resta verificar, então, se ainda pode existir pesquisa científica em direito penal ou se as investigações no âmbito deste saber não ultrapassam os limites do senso comum, da mera opinião.

4 - As condições da pesquisa científica em Direito penal

O conhecimento científico diferencia-se do conhecimento vulgar, dentre outras razões, pelo fato de implicar em exigências metodológicas no processo de produção do saber. Toda atividade verdadeiramente científica é controlada pelo método. Em sentido amplo, método é todo o meio utilizado para se alcançar um determinado fim. Em sentido científico, porém, o método implica em algum grau de controle intersubjetivo para a sua utilização. O método é científico quando os pesquisadores concordam entre si que o seu uso é adequado em seu campo de investigação. Tem-se método científico em sentido estrito quando há uma intersubjetividade forte, isto é, quando há um alto nível de adesão por parte dos pesquisadores em relação a ele. Neste caso, fala-se também em ciência em sentido forte. Tem-se método científico em sentido amplo quando existe uma

intersubjetividade fraca, ou seja, quando há discordância entre os especialistas acerca de sua validade. Nesta hipótese, fala-se em ciência em sentido fraco. O método em sentido estrito é o das ciências naturais, enquanto o método em sentido amplo é o das ciências sociais. Assim sendo, as primeiras são ciências em sentido forte, enquanto as segundas o são em sentido fraco (HABA, 1991, p. 170-171). Se considerada esta classificação das ciências a partir do método, tem-se que a ciência do direito penal é, de fato, uma ciência fraca em razão da inexistência de um consenso forte no que diz respeito à orientação metodológica a ser observada pelo pesquisador. Também é uma ciência fraca em face do método não se harmonizar com aqueles das ciências não dogmáticas, sejam puras ou aplicadas, sejam ciências naturais ou ciências sociais. Todavia, apesar deste e de outros problemas apontados anteriormente, não se pode excluir, de antemão, a possibilidade da ciência do direito penal se aproximar ao máximo das demais mediante um esforço no sentido do ajuste de seus procedimentos metodológicos aos comumente adotados no âmbito de outros saberes e da fixação de seu objeto formal em termos mais precisos, tudo sem abandonar os seus tradicionais fins e a sua natureza dogmática. Em outras palavras: talvez se possa chegar a uma espécie de consenso mínimo no tocante às características fundamentais do conhecimento jurídico-penal e do que vem a ser uma pesquisa em direito penal cientificamente fundamentada.

A pesquisa científica em direito penal jamais poderá ser realizada nos mesmos termos em que são feitas pesquisas no âmbito das ciências da natureza e das ciências sociais em geral. Isto ocorre porque ela é moldada pelos fins de ordem prática que lhe são impostos a partir da essência dogmática da própria disciplina. Outrossim, a produção do conhecimento penal pode ao menos se assemelhar ao dos saberes não dogmáticos, auferindo, assim, uma maior legitimidade. Para isso, a pesquisa em direito penal há de ser essencialmente crítica e não simplesmente reprodutiva. Por outro lado, deve assumir um caráter analítico e rigoroso ao máximo. Deve, em suma,

distanciar-se, tanto do senso comum quanto da ideologia, pois, segundo se reconhece ordinariamente, “uma teoria acerca dos fatos humanos está constantemente ameaçada, se não tomarmos cuidado com isso, de se transformar numa ideologia, substituindo os conceitos pelos mitos e as descrições pelas prescrições”. (GRANGER, 1994, p. 98-99).

Proposições formuladas por importantes nomes da doutrina podem ser freqüentemente encontradas no interior da ciência do direito penal sem o suporte em um esforço mínimo de análise e argumentação. Evidentemente estas não se revestem de cientificidade, pois constituem meras opiniões escudadas na autoridade daquele que as faz. Não importa o parâmetro de cientificidade utilizado, tais proposições não podem ser consideradas científicas, na medida em que não são obtidas com o necessário rigor metodológico. Estas estão sempre situadas nas proximidades do senso comum e da ideologia, encontrando-se, dessa maneira, mergulhadas no relativismo. O conhecimento científico, pelo contrário, afasta-se ao máximo do relativismo em virtude da observância de alguns pressupostos metodológicos importantes, dentre os quais, afirma-se, a objetividade e a neutralidade axiológica do cientista. Resta saber se tais exigências são compatíveis com o perfil teórico da ciência do direito penal e em que medida o são.

Sustentam os estudiosos ser a objetividade “a principal característica assim da análise como da observação científica”, na medida em que lhes proporciona “validade” e “fidedignidade”, afastando, por outro lado, os “valores e crenças” particulares do pesquisador (CHINOY, 1976, p. 26). A aquisição de certezas, ambição de toda e qualquer ciência, exige por parte do pesquisador, “objetividade, imparcialidade e observação desinteressada” do objeto (MANN, 1970, p. 38). Este é também o entendimento de muitos sociólogos do direito que afirmam ser a regra da objetividade um dos mais importantes princípios da pesquisa científica em sociologia. Para estes, o pesquisador é aquele que “se despe, tanto quanto possível, de suas vestes culturais, para conseguir objetividade no seu trabalho” (SOUTO; SOUTO, 1983, p. 62). Ademais, a

objetividade tanto significa que o pesquisador deve eliminar o aspecto pessoal do interior da pesquisa que desenvolve como que ele deve manter uma postura imparcial diante do objeto (CARBONNIER, 1979, p. 265). A formulação mais radical desta concepção é a célebre fórmula de Durkheim segundo a qual os fatos sociais devem ser tratados pelo sociólogo como se fossem coisas. Aderindo a tal orientação, dizem os sociólogos do direito: “A sociologia jurídica [...] não tem regra mais fundamental que esta: tem de tratar o direito como se fosse uma coisa” (CARBONNIER, 1979, p. 264).

Esse ponto de vista, entretanto, não é aceito pacificamente por todos aqueles que refletem sobre a pesquisa em ciências sociais. Existem os que rechaçam a possibilidade da utilização dos métodos das ciências da natureza nos termos imaginados pelos positivistas. Estes afirmam, corretamente, ser impossível tratar os fatos sociais como se coisas fossem, na medida em que “desde o momento em que a ação desempenha um papel, existe inevitavelmente referência a motivações, objetivos e valores” (DE BRUYNE; SCHOUTHEETE; HERMAN, 1991, p. 9). Os juízos de valor estão presentes, por sinal, desde os instantes iniciais da pesquisa científica em sociologia do direito. Ao vislumbrar um problema a ser estudado, ao construir uma hipótese de trabalho, ao escolher a sua linha de argumentação, ao apresentar os resultados da pesquisa, enfim, em todas estas fases da atividade de investigação, o pesquisador revela uma determinada visão pessoal acerca da sociedade e dele próprio (TREVES, 2004, p. 238). Por outro lado, ainda que a completa objetivação fosse possível, não seria desejável, haja vista que se estaria renunciando a conhecer “tudo o que é da ordem das significações, das intencionalidades, das finalidades, dos valores, em suma, tudo o que constitui a face interna da ação”, perdendo-se exatamente a oportunidade de “captar o que há de mais característico, de mais central, nos fenômenos sociais” (DE BRUYNE; SCHOUTHEETE; HERMAN, 1991, p. 10-11). Para os que compartilham este entendimento, então, revela-se impossível evitar que a hipótese de trabalho se relacione a um

procedimento pré-concebido por parte do pesquisador. Pode-se, entretanto, adotar uma postura teórica tendente a reduzir ao máximo a propensão existente na seara penal de se estabelecer quais as conclusões da investigação antes mesmo de seu início. Em termos cognitivos, o estudioso deve permanecer acessível a todas as possibilidades que podem resultar da pesquisa, ainda que tenha de reformular a sua tese. Deve estar preparado para a possibilidade de encontrar e se deparar com um argumento consistente, até então desconhecido por ele, que seja contrário à sua hipótese de trabalho. Em síntese, não se podem ter as conclusões de uma investigação com pretensões de cientificidade antes de realizada a pesquisa, pois a postura do “técnico” do direito penal não é a mesma do cientista do direito penal.

De fato, muitos admitem atualmente que a objetividade não é uma meta passível de ser alcançada nas ciências sociais e menos ainda na ciência do direito penal. O subjetivismo inerente à condição humana impede o cientista de observar de maneira isenta o objeto de estudo. A atividade humana é sempre movida por desígnios íntimos, o que impede o cientista de acercar-se objetivamente de seu objeto. As ações humanas são sempre determinadas por fins previamente selecionados. Nas ciências sociais, “há uma relação simbiótica entre descrição e avaliação”. Por exemplo: a ideologia permeia a atividade científica a partir mesmo da definição de determinados conceitos e da maneira de empregá-los na investigação, o que representa uma valoração prévia. Ao caracterizar a sociedade como “capitalista” ou “industrial”, ou mesmo ao utilizar certos conceitos como os de “proletarização” ou “atomização”, o cientista está, a rigor, fazendo uma opção fundamentalmente política (ALEXANDER, 1999, p. 37). Por isso, acredita-se que, independentemente das intenções dos cientistas, a ideologia se faz presente em maior ou menor medida em suas pesquisas. Em outras palavras, não há a mínima possibilidade de existir uma ciência neutra em termos axiológicos, porque não se pode proceder a uma completa dissociação entre ciência e ideologia. Em consequência, as proposições científicas veiculam,

necessariamente, “uma representação do mundo que tem por resultado motivar as pessoas, legitimar certas práticas e mascarar uma parte dos pontos de vista e critérios utilizados” (FOUREZ, 1995, p. 179). Mas se a ideologia não pode ser completamente eliminada da pesquisa em direito penal, ela pode ser controlada de maneira a tornar possível a preservação da identidade científica do conhecimento dogmático. O desafio enfrentado pela dogmática jurídico-penal consiste em compatibilizar a exigência de imparcialidade científica com a inevitável interferência ideológica na pesquisa.

Embora a ideologia seja considerada incompatível com o conhecimento científico, admite-se, por assim dizer, uma distinção entre o discurso com um viés ideológico aceitável e um outro pernicioso. Ele é aceitável quando passível de ser facilmente identificável como tal, permitindo a redução de seu potencial de falseamento. Em sentido contrário, é inaceitável quando de uma dada proposição se extrai toda sua carga histórica e explicitamente subjetiva na tentativa de lhe dar uma conotação absoluta e objetiva. Neste caso, a ideologia é perniciosa ao discurso científico porque se presta à manipulação. Por exemplo: se o cientista do direito penal afirma que o aborto é uma conduta tipificada no Código Penal brasileiro, tem-se uma afirmação aceitável do ponto de vista ideológico, porém, se ele diz que o aborto é uma conduta que fere os ensinamentos divinos e apenas por isso deve ser considerada criminosa, tem-se uma afirmação inconcebível sob o ângulo da ciência. Trata-se de mera opinião. Neste caso, é mais do que certo que o cientista do direito penal tenha feito tal afirmação sob a influência de sua religião e por isso tenha emitido um juízo de valor inaceitável, afastando-se excessivamente do esforço por se manter neutro em termos axiológicos¹⁴. Nesta última situação, o discurso do cientista do

¹⁴ Juízos de valor são “enunciados sobre a bondade ou a maldade dos atos realizados, assim como a respeito da preferibilidade de uma ação passível em relação a outras, ou sobre o dever ou a obrigatoriedade de comportar-se de certo modo, conformando o comportamento com determinada norma ou regra de ação, que se expressam sob a forma de juízos”. (SÁNCHEZ VÁSQUEZ, 2002, p. 237).

direito penal “mascara demais” a sua subjetividade, razão pela qual a proposição referida não é científica, mas ideológica no pior sentido possível. Veja bem: o cientista do direito penal pode sustentar que é justo punir o aborto, afirmação de conteúdo ideológico. Pode também, diante do princípio da insignificância, afirmar ser preferível punir aquele que subtrai um objeto de valor ínfimo a deixá-lo impune. Pode, por fim, defender a exacerbação das penas por parte do legislador nas hipóteses de cometimento dos crimes de homicídio e latrocínio, por exemplo. Nos três casos ele está expressando juízos de valor. A ideologia está a impregnar seu trabalho como cientista do direito penal. Esta postura, entretanto, é aceitável desde que o dogmático desenvolva toda uma argumentação consistente capaz de dar sustentação aos seus enunciados. No primeiro exemplo, porém, a presença da ideologia é inaceitável porque fundada em convicções religiosas, em última análise, na fé. Os juízos de valor são praticamente inevitáveis no pensamento penal, pois a presença da ideologia também o é, restando apenas o cuidado para que o destinatário dos resultados da investigação teórica possa identificar as motivações que sobre eles tiveram influência.

Uma possibilidade de se compatibilizar ideologia e ciência em termos toleráveis pode se dar mediante uma explicitação preliminar por parte do cientista acerca do que ele pensa, de qual é o seu posicionamento acerca do problema que ele vai enfrentar em sua pesquisa. Por exemplo, o cientista do direito penal deve, por razões de honestidade científica, deixar claro que é contrário a determinadas teses de política-criminal por ser adepto do minimalismo penal ou por considerar de forma geral que atingem a essência do Estado social e democrático de direito. Essa postura é intelectualmente honesta e, desde que ele observe determinadas cautelas no uso da metodologia, pode até mesmo favorecer a emergência de um conhecimento legítimo a partir das investigações realizadas em torno do objeto da disciplina. O cientista do direito penal, como qualquer outro, não é infenso à ideologia, não é um eunuco epistemológico, mas possui suas opiniões, tem um

posicionamento mesmo que provisório e precário acerca do que se propõe a investigar. Ao selecionar um determinado tema e delimitá-lo em torno de um problema, o cientista sabe perfeitamente, de antemão, o que pretende alcançar a partir de uma posição prévia, porém o que ele deve evitar mediante o emprego do método é fazer prevalecer sua ideologia custe o que custar. O pesquisador não é um ser politicamente neutro, mas “no momento de colher na realidade – jurídica ou sociológica, pouco importa – os elementos para sustentar o seu argumento, ele deverá adotar uma postura metodologicamente neutra, condição indispensável para a elaboração de um trabalho que se pretenda minimamente científico, sem a qual borraríamos qualquer diferença entre um trabalho acadêmico e o mero discurso ideológico” (OLIVEIRA, 2004, p. 140-141). Portanto, o que se exige do cientista do direito penal não é a neutralidade absoluta, não é a neutralidade política, mas a neutralidade científica ou metodológica, numa única palavra, a imparcialidade, a análise desapassionada, desvinculada de preconceitos, que representa um pressuposto indispensável para que o conhecimento produzido a partir de suas investigações esteja minimamente próximo do que se entende por conhecimento científico.

Para ser considerada válida, a pesquisa em direito penal também não precisa se submeter aos postulados do formalismo jurídico. O direito penal, segundo admitem há muito os cientistas do direito penal, não deve ser considerado como um fato, mas como um valor. Portanto, não cabe no âmbito da disciplina estudar seu objeto exatamente da mesma maneira que o cientista social positivista estuda os fatos sociais ou que o pesquisador no campo das ciências da natureza estuda os fenômenos naturais. Embora também na ciência do direito penal o estudioso deva procurar atuar com a chamada imparcialidade científica, ele deve considerar, em primeiro lugar, que os valores impregnam as normas penais e, em segundo lugar, quais os efeitos sociais produzidos em decorrência da interferência dos mesmos na realidade concreta. Assim, ele não deve se deter, conseqüentemente, apenas na

análise da estrutura formal das normas, como exige a teoria formalista do direito, mas também o seu conteúdo para dele extrair proposições.

Ressalte-se, uma vez mais, que a subjetividade inerente a esse procedimento não implica necessariamente na exclusão da imparcialidade necessária ao jurista, desde que este explicitamente satisfatoriamente as premissas que fundam o seu raciocínio e que efetive o controle de sua produção teórica com o auxílio do método. Tais precauções impedem o dogmático penal de se comportar como um político ou um moralista, aproximando, pelo contrário, a sua conduta do comportamento usual dos cientistas. A rejeição do formalismo jurídico compatibiliza-se com a afirmação de que a ciência do direito penal é uma disciplina distinta da filosofia do direito penal, na medida em que a primeira não estuda o direito tomando em consideração suas normas a partir de critérios políticos ou morais, muito embora reconheça, diversamente, que a disciplina é um saber *referido* a valores. O jurista, assim, não deve abster-se de examinar o conteúdo da norma, pelo contrário, deve investigá-lo com o escopo de determinar a finalidade por ela perseguida, realizando assim uma espécie de investigação de natureza teleológica capaz de esclarecer de maneira mais precisa o seu sentido e alcance.

Em termos metodológicos, por mais banal que pareça esta observação, o cientista do direito penal deve esquivar-se da propensão de confundir pesquisa acadêmica com a atividade prática dos profissionais do direito, muito embora a primeira, por ter caráter dogmático, possa e deva possuir natureza prática, ou seja, possa ter a pretensão de interferir na realidade a partir da construção de alternativas válidas para a solução de problemas concretos. O pesquisador em direito penal tende a escrever manuais ou pareceres ao invés de teses¹⁵. Na ciência do

¹⁵ Denominada “manualismo”, esta prática consiste na “tendência a escrever na dissertação ou tese verdadeiros capítulos de manual, explicando redundantemente – pois se trata de coisas amplamente sabidas por quem já passou por um curso de direito – o significado de princípios e conceitos que são como o bê-a-bá da disciplina”. Por sua

direito penal, predomina, muitas vezes, a abordagem puramente descritiva de um tema excessivamente amplo. O pesquisador renuncia, quase sempre, à análise percuciente dos problemas que deve enfrentar, escudando-se no argumento de autoridade proporcionado pela utilização bem pouco crítica da doutrina penal estrangeira. Outras vezes, o estudioso procura cuidadosamente evitar confrontar a sua hipótese de trabalho com posicionamentos contrários. Assim agindo, afasta-se dos parâmetros de cientificidade normalmente aceitos pela generalidade das ciências, na medida em que adere a um discurso meramente reprodutor e não inovador. Este tipo de comportamento é exatamente o oposto do que se espera de um cientista. O estudioso do direito penal não deve ter a pretensão de encontrar uma única solução possível para o problema por ele enfrentado. Pelo contrário, há de examinar com profundidade os vários argumentos existentes, desde que se revelem minimamente consistentes. O método, em ciência não dogmática, não conduz o estudioso a um único e correto resultado, mas abre-lhe um leque de opções igualmente dignas de consideração. Tudo isto é consequência da visão de que “o direito não contém uma única solução correta e justa para todos os casos particulares”, porém, na verdade, “indica mais uma solução ‘privilegiada’, desde um ponto de vista político e ético, em uma conjuntura determinada da vida da sociedade” (PETEV, 1996, p. 34-35).

Da mesma maneira que toda e qualquer ciência, a ciência do direito penal deve se preocupar com a construção da doutrina de modo semelhante às teorias científicas. Doutrinas que devem permitir a sua superação por outras mais recentes, num processo contínuo de recriação e reinvenção. Em conclusão, o cientista do direito penal deve sistematizar e, posteriormente, analisar todos os dados coletados em suas fontes de pesquisa (a lei, a jurisprudência, a doutrina, o material oriundo de outras disciplinas) independentemente desses

vez, o recurso constante ao argumento de autoridade é o chamado “reverencialismo” (OLIVEIRA, 2004, p. 143-144).

dados confirmarem ou não a sua tese. O aspecto prático da atividade teórica reside exatamente na finalidade última da produção doutrinária que consiste em orientar os operadores do direito penal diante dos casos concretos.

Embora não seja uma disciplina empírica, mas dogmática, a ciência do direito penal pode usar um método semelhante ao das ciências causal-explicativas. A ciência penal também é capaz de permitir que se verifique a veracidade ou a falsidade de uma proposição jurídica mediante o recurso à observação (ZAFFARONI; PIERANGELI; 1997, p. 166). Por outro lado, o saber jurídico-penal também pode se caracterizar pela objetividade que, naturalmente, não se confunde com a verdade absoluta ou a exatidão, ambas pretensões inalcançáveis pela ciência. A objetividade no âmbito da ciência penal é assegurada, em primeiro lugar, pela utilização rigorosa das conhecidas técnicas de interpretação da norma penal¹⁶; em segundo lugar, pelo uso do critério da “resistência da coisa”, segundo o qual, quando o dogmático penal se acerca do objeto, ele deve exigir de si mesmo uma postura coerente com o resultado que pretende alcançar, obrigando-se a opor à sua hipótese de trabalho uma dificuldade cada vez maior para demonstrá-la. Em outros termos, ao perceber que “o objeto resiste a sua interpretação e não se amolda simplesmente aos seus desejos”; o dogmático penal possibilita que o seu estudo se torne objetivo. Sempre que a hipótese de trabalho se confirmar com demasiada facilidade, sem opor resistência aos esforços de

¹⁶ Há relativa concordância na doutrina penal acerca das diversas técnicas de interpretação da lei a serem utilizadas pelo cientista do direito penal na atividade de exegese destinada a desvendar o sentido e alcance das proposições normativas. Fala-se dos “métodos” gramatical, lógico e sistemático. O primeiro permite a apreensão do sentido da lei a partir do seu conteúdo semântico, considerando-se as palavras isoladamente ou reunidas em frases, devendo-se abstrair o seu significado usual em detrimento do técnico; o segundo pode ser lógico-formal quando o cientista usa o silogismo e a análise com a finalidade de eliminar as contradições existentes na lei penal, sendo lógico-material (teleológica) se ele busca determinar os motivos e intenções que deram origem à lei (*ratio legis*), a sua eficácia objetiva (*vis legis*) ou as circunstâncias históricas que determinaram o seu surgimento (*occasio legis*); o último diz respeito à verificação da compatibilidade entre uma proposição normativa e as demais. A analogia, como se sabe, não é técnica de interpretação das leis, mas técnica de integração das suas lacunas.

aproximação realizados pelo cientista do direito penal, é porque a objetividade necessária ao estudo científico está ausente, é porque predominou na investigação o aspecto subjetivo, não científico, a simples opinião do estudioso, em síntese, é porque este realizou uma construção ideológica no sentido mais negativo do termo (GIMBERNAT ORDEIG, 1999).

A ciência penal não poder desterrar de si os enunciados prescritivos em decorrência de sua natureza dogmática, pois o cientista do direito penal não se limita a conhecer o direito penal objetivo e submetê-lo à análise desinteressadamente. Ele inevitavelmente se posiciona a respeito da aplicação das normas, embora deva fazê-lo esforçando-se por evitar ao máximo a parcialidade grosseira. Isto não significa que mesmo juízos de valor aceitáveis não sejam vistos com maus olhos pela doutrina. Em sentido contrário ao exposto, para muitos, por exemplo, o dogmático penal não deve proclamar que “furtar é mau”, pois esta afirmação não seria científica na medida em que não se pode verificar se é verdadeira ou falsa, podendo-se tão somente dela concordar ou discordar. Porém, para estes, o dogmático pode afirmar, diferentemente, que “segundo o código penal, furtar é mau”, haja vista que esta assertiva seria verificável por intermédio da observação, constituindo-se assim num enunciado científico. Concluem, assim, que “a ciência do direito [e o cientista do direito] não se ocupa de estabelecer juízos subjetivos de valor, mas sim de determinar o alcance dos juízos de valor jurídicos, razão pela qual é possível falar-se em ‘ciência’ neste sentido” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p. 166)¹⁷. Porém, como visto anteriormente, esta postura por parte do dogmático do direito penal é praticamente impossível de ser adotada pela própria natureza do conhecimento por ele criado. No mínimo, o juízo de valor se faz presente na conclusão de quase todo estudo dogmático.

¹⁷ Porém, poder-se-ia argumentar, dentro da mesma lógica, que para evitar toda e qualquer influência da ideologia na ciência do direito penal o cientista nem mesmo poderia dizer que “furtar é mau”, limitando-se a enunciar tão somente que “o código penal diz que furtar é crime”, porque este último enunciado é mais “verificável” que o primeiro.

Na pesquisa em direito penal, a norma não precisa ser o objeto exclusivo da atenção do pesquisador. Para conferir alguma dimensão empírica, mesmo indireta ou fraca, à pesquisa, o dogmático não deve desconsiderar a jurisprudência. Muito embora o posicionamento dominante dos tribunais acerca de um problema jurídico-penal concreto não possa servir como critério de verdade ou falsidade na pesquisa dogmática, ao contrário do que poderia ocorrer, por exemplo, com a pesquisa jurídica em um país como os Estados Unidos, não resta dúvida de que o recurso à jurisprudência na investigação importa ao teórico preocupado em avaliar a efetividade da norma penal, pois a teoria e a prática seguem lado a lado na pesquisa em direito penal¹⁸.

Por outro lado, a pesquisa científica em direito penal deve considerar a doutrina de maneira mais conseqüente do que muitas vezes ocorre. É claramente insuficiente a transcrição automática do pensamento de um determinado autor desenvolvido em torno do problema pesquisado. É sempre necessário analisar com profundidade o seu ponto de vista e traduzi-lo para a pesquisa em termos precisos e claros. A utilização da doutrina deve ser feita de maneira reflexiva e não mecânica. O pesquisador em direito penal não deve simplesmente reproduzir as idéias de outros estudiosos, mas precisa desenvolver seus próprios argumentos, enfim, pensar por si mesmo, embora com o auxílio da doutrina. Deve, em suma, evitar o excesso de reverência que obstaculiza o pensamento crítico e inovador.

Sustentar que a ciência do direito penal não é uma ciência social em sentido estrito não deve impedir o dogmático de apoiar-se em dados concretos de pesquisas empíricas provenientes de outros domínios do saber. Em definitivo, “não existe incompatibilidade, muito pelo contrário, entre a

¹⁸ Evidentemente uma concepção “realista” do direito penal mostra-se inconcebível. No interior da nossa tradição jurídica romanista, o direito não pode ser considerado como sendo o conteúdo das decisões efetivamente emanadas dos tribunais. Aliás, não é raro que a jurisprudência dos tribunais superiores acerca de determinado assunto penal seja considerada inconsistente pela doutrina e pelos operadores do direito.

produção de um saber normativo e referências à realidade empírica” (OLIVEIRA, 2004, p. 147). É importante, por exemplo, que o cientista do direito penal utilize os resultados auferidos pelas investigações sociológicas, históricas, antropológicas, médicas, dentre outras, para alicerçar suas conclusões. O cientista do direito penal não procede como o cientista de tais disciplinas, pois o método, o objeto formal e os fins da dogmática são bastante peculiares. Porém, delas depende para o cumprimento satisfatório de sua missão teórico/prática. Significa dizer que a pesquisa em ciência do direito penal pode ser interdisciplinar no preciso sentido de que não deve se isolar das demais ciências. Esta afirmação parte da constatação de que o dogmático tradicionalista atua em um campo muito estreito, limitando-se a utilizar as técnicas de interpretação consagradas pela doutrina com o fito de viabilizar a decisão judicial, ao passo que o dogmático enquanto teórico do direito parte da constatação de que o direito é, antes de tudo, um fenômeno social e, por esta razão, revela-se “complexo em suas múltiplas referências à política, à ética e à cultura, sem que com isso se perca em especulações metafísicas”. Isto significa afirmar que o conhecimento “puro” do direito e do direito penal já não se justifica; ele é sempre um “conhecimento filosófico prático, porque o direito não se produz nem é concebível fora do campo de ação dos homens concretos atuantes” (PETEV, 1996, p. 82-83).

A investigação interdisciplinar é aquela realizada por equipes de pesquisadores oriundos de diferentes áreas do saber, que contam com métodos e teorias peculiares à suas disciplinas, mas que trabalham o mesmo objeto a partir de enfoques diversificados. Evidentemente, não é a isso que se refere este texto. A pesquisa científica em direito penal apresenta um núcleo dogmático que não deve ser descurado, sob pena de se perder a sua especificidade, outrossim, isto não significa que ela esteja alheia ao conhecimento científico exterior ao seu âmbito do saber. O conhecimento no campo do direito penal há de orientar-se por uma “visão pluridimensional segundo o critério da ‘unidade na diversidade’, que funda o

saber científico moderno” (MANTOVANI, 2001, p. 39), haja vista que a multiplicidade de concepções teóricas convergentes no estudo de problemas comuns a várias disciplinas mostra-se cada vez mais importante para que a ciência possa se dar conta da realidade. Apesar de cada disciplina possuir objeto formal, método específico e teorias próprias que lhes dão autonomia no plano do conhecimento, isto não implica em rejeitar a possibilidade delas se comunicarem no sentido do intercâmbio de informações. Da mesma maneira que a sociologia pode se valer do conhecimento produzido pela dogmática penal, nada obsta que o dogmático penal faça uso da contribuição da sociologia, da ética, da psicologia, da ciência política ou da história no esforço de formulação de suas teorias. Não se trata, evidentemente, de sugerir a constituição de mais uma “nova” ciência global ou conjunta do direito penal, mas de garantir a interpenetração de diversos saberes para que a ciência o direito penal possa desempenhar satisfatoriamente a sua missão específica.

Por último, há de ser registrado que o método comparado também tem lugar na ciência do direito penal. Fala-se, neste sentido, numa “teoria do direito penal comparado” que possui como objeto o direito penal positivo estrangeiro e cujo método consiste em classificá-lo, apresentá-lo e, por fim, valorá-lo, dogmaticamente, com o objetivo doutrinário de ampliar o campo de visão dos operadores do direito e, ao mesmo tempo, em termos político criminais, permitir a reforma do direito penal vigente (JESCHECK, 2006, p. 42-43). A pesquisa comparada em direito penal pretende verificar as semelhanças e as diferenças entre duas ou mais legislações de diferentes Estados através da comparação. Neste sentido, o objeto da investigação são as normas penais em geral, sobretudo as incriminadoras e as que estabelecem as conseqüências de seu descumprimento.

A pesquisa comparada em direito penal deve observar alguns pressupostos para ser viável, dentre os quais, talvez o mais importante seja a inexistência de barreira lingüística insuperável ao exercício da comparação.

Na pesquisa em direito penal comparado, quatro níveis da investigação são identificados. O primeiro deles é representado pelo ponto de partida que sempre é o dogmático e político criminal. O segundo refere-se ao trabalho de exegese do direito penal estrangeiro mediante a metodologia utilizada na interpretação do próprio direito nacional. Neste momento, deve-se considerar, por igual, a jurisprudência, sobretudo nos países do *common law*, e a doutrina estrangeira. Em outras palavras, deve o pesquisador examinar todas as fontes formais do direito penal. O terceiro nível consiste na classificação e na exposição sistemáticas dos dados resultantes da pesquisa. Por fim, o último nível dos estudos comparados em direito penal é essencialmente valorativo tanto sob o aspecto propriamente jurídico como sob o político criminal. O pesquisador deve avaliar se a legislação penal estrangeira cumpre de maneira satisfatória os fins político-criminais a ela assinalados pelo legislador, sendo que neste momento ele deve considerar esta questão inclusive sob os prismas histórico e sociológico, ou seja, é importante verificar-se o entorno cultural da lei e se o direito penal dos Estados estrangeiros foi criado com os mesmos objetivos políticos que o direito penal do Estado ao qual pertence o pesquisador (JESCHECK, 2006, p. 56-60).

5 - Conclusões

A pesquisa científica em direito penal parte da consideração de que o conhecimento jurídico é de natureza peculiar, razão pela qual a dogmática do direito penal não se confunde com as demais ciências, inclusive com as ciências sociais.

A natureza diferenciada do conhecimento dogmático penal torna-o não científico de acordo com os paradigmas vigentes dos saberes científicos *stricto sensu*. Porém a ciência do direito é um ramo do saber muito antigo e tradicional, fator que, aliado à função social da dogmática, lhe confere um significativo prestígio, independentemente de quaisquer considerações a respeito de sua controvertida cientificidade. O

dogmático se sente um cientista e tem a veleidade de agir como um. Esta pretensão, no entanto, impõe a obrigação de se refletir acerca das condições da produção teórica no âmbito da ciência do direito penal. À dogmática penal não é suficiente ser considerada uma ciência apenas pelos estudiosos deste ramo do direito, fazendo-se necessário, portanto, o estabelecimento de consensos mínimos no âmbito da comunidade doutrinária sobre as condições em que se devem dar as pesquisas em direito penal. A formulação destes consensos passa necessariamente por considerações metodológicas.

Parece consensual o ponto de vista de que não há lugar na ciência penal para o sincretismo metodológico ou para a adoção de metodologias estranhas à disciplina, como ocorreu na segunda metade do século XIX e no início do século XX com o positivismo naturalista italiano. Toda disciplina autônoma caracteriza-se por possuir método, objeto e fins próprios que, considerados conjuntamente, a identifica, distinguindo-a dos demais saberes.

Os fins de natureza prática perseguidos pela ciência do direito penal não permitem que a produção do conhecimento aconteça nos mesmos moldes das demais ciências. Esta característica condiciona todos os aspectos da pesquisa científica em direito penal. Para atender, ao mesmo tempo, aos legítimos requisitos de uma pesquisa minimamente científica e às exigências de ordem prática inerentes ao conhecimento dogmático, a ciência do direito penal deve tentar conciliar estes dois aspectos, muito embora se trate de uma pretensão difícil de ser atingida integralmente.

Diferentemente do que propõe o modelo teórico positivista, a ciência do direito penal não pode tratar o seu objeto como se fosse uma coisa, pois se encontra imersa no mundo dos valores. O cientista do direito penal dirige sua atenção aos valores ao selecionar o objeto da pesquisa, ao formular a hipótese de trabalho, ao fixar seus objetivos, ao argumentar com base nos dados de que dispõe e, finalmente, ao elaborar suas conclusões. A todo tempo, inclusive, ele formula juízos de valor, como pode ser facilmente constatado a partir

das leituras de algumas das melhores obras teóricas em direito penal. Esta característica da ciência do direito penal pode, no entanto, ser compatível com um ideal mínimo de cientificidade. Se a ideologia se faz presente de maneira inevitável na pesquisa em direito penal, ela pode, ao menos, ser controlada em níveis aceitáveis que a impeça de produzir efeitos deletérios que afetem a dignidade da investigação. A ideologia não precisa ser necessariamente um obstáculo à imparcialidade e a neutralidade científica do pesquisador. Para que a ideologia seja admissível sob o ângulo da ciência do direito penal ela deve, em primeiro lugar, revelar-se explicitamente aos olhos do público, isto é, ela não pode ter a pretensão de enganar, de iludir o destinatário da pesquisa, turbando-lhe a consciência para impor-lhe o posicionamento político ou moral do pesquisador. Em segundo lugar, a ideologia deve ser “controlada” por intermédio do método. Ademais, ela deve ser mediada pela argumentação, pois ao argumentar racionalmente o pesquisador demonstra a consistência de sua investigação e de suas conclusões independentemente de considerações puramente ideológicas.

Porém revela-se não menos importante o compromisso assumido pelo pesquisador penal com o dever de comprovar que as suas conclusões constituem as alternativas mais consistentes no sentido da solução de um problema penal específico. Para que isso ocorra, é inevitável que o pesquisador considere todos os interesses e valores em jogo na investigação e, além disso, que demonstre de maneira lógica e coerente, com base nos dados de que dispõe, que uma dada solução é preferível à outra sob o prisma dos efeitos sociais que cada uma delas produz ou pode vir a produzir. A dogmática não é uma disciplina orientada tão somente aos fins *tout court*, mas aos fins socialmente úteis e justos. As orientações que a ciência do direito penal produz devem ter a pretensão de atender às necessidades sociais, considerando-se determinados interesses e certas regras da moral social.

A ciência do direito penal não é e nunca será uma ciência no sentido forte ou estrito do termo, mas pode perfeitamente se legitimar enquanto um saber, se a pesquisa científica produzida no seu âmbito obedecer aos critérios de racionalidade que preside o conhecimento científico.

The conditions of scientific research in Criminal Law

ABSTRACT. The essay aims at demonstrating that research in Criminal Law can have characteristics similar to those of the scientific research, as long as we observe certain presuppositions which are capable of guaranteeing legitimacy to this type of theoretical investigation.

Keywords: Criminal Law. Scientific research. Public policies. Compared Method.

Referências

ADEODATO, João Maurício. O pensamento dogmático e sua crítica. In: *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 29-51.

ALEXANDER, Jeffrey C. A importância dos clássicos. In: *Teoria social hoje*. Anthony Giddens; Jonathan Turner (Orgs.). Trad. Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Unesp, 1999. p. 23-89.

ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal: parte general*. 8. ed. Bogotá: Temis, 1988.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal: parte general*. Bogotá: Temis, 1996.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. v. 1. Trad. Paulo José da Costa Jr.; Alberto Silva Franco. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1966.

BETTIOL, Giuseppe. *O problema penal*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Bogotá: Temis, 1994.

CARBONNIER, Jean. *Sociologia jurídica*. Trad. Diogo Leite de Campos. Coimbra: Almeidina, 1979.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español: parte general*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1996.

CHINOY, Ely. *Sociedade: uma introdução à sociologia*. Trad. Octavio Mendes Cajado. 5. ed. São Paulo: Cultrix, 1976.

DE BRUYNE, Paul; HERMAN, Jacques; DE SCHOUTHEETE, Marc. *Dinâmica da pesquisa em ciências sociais: Os pólos da prática metodológica*. 5. ed. Trad. Ruth Joffily. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1991.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A ciência conjunta do direito penal. In: *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 19-49.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1988.

FOUREZ, Gérard. *A construção das ciências: introdução à filosofia e a ética das ciências*. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Unesp, 1995.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1999.

GRANGER, Gilles-Gaston. *A ciência e as ciências*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 1994.

GRISPIGNI, Filippo. *Corso di diritto penale: introduzione*. Padova: CEDAM, 1932.

HABA, Enrique P. Sciences du droit – quelle “science”? Le droit en tant que science: une question de méthodes. *Archives de philosophie du droit: droit et science*, Paris: Sirey. n.º 36. p. 165-187, 1991.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica. Madrid: Civitas, 1976.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

_____. *Desenvolvimento, tarefas e métodos do direito penal comparado*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. Buenos Aires: Sudamericana, 1958.

LISZT, Franz V. *Tratado de derecho penal*. T. 1. Trad. Quintiliano Saldaña. 3. ed. Madrid: Reus, 1929.

MANN, Peter. *Métodos de investigação sociológica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale: parte generale*. 4. ed. Padova: CEDAM, 2001.

MEIER, Robert F. An introduction to theoretical methods in criminology. In: *Theoretical methods in criminology*. Beverly Hills: Sage Publications, 1985. p. 11-19.

MIR PUIG, Santiago. Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del derecho penal. In: *Derecho penal y ciencias sociales*. Belaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, p. 73-95.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal y ciencias sociales*. Barcelona: Edición do autor, 1982.

_____. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

_____. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. Montevideo: Julio Cesar Faira, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Montevideo: Julio Cesar Faira, 2001.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi: a pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 137-167.

PANAGÍA, Salvatore. Del metodo e della crisi del diritto penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano: Giuffrè, v. 4, p. 1124-1162, ott/dic. 1997.

PÉREZ TAMAYO, Ruy. *Existe el método científico? história y realidad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

PETEV, Valentin. *Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI*. Trad. Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. 3. ed. Bogotá: Temis, 1999.

SAÍNZ CANTERO, José A. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Barcelona: Bosch, 1982.

SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. *Ética*. Trad. João Dell'Anna. 22.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 13. ed. Porto: Afrontamento, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. SCHÜNEMANN, Bernd (Org.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p. 31-80.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 9, n. 36, p. 33-50, out./dez. 2001.

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. Metodologia e técnicas de pesquisa em sociologia do direito. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda (Org.). *Pesquisa científica e direito*. Recife: Massangana, 1983.

STENGERS, Isabelle. *A invenção das ciências modernas*. Trad. Max Altman. São Paulo: Ed. 34, 2002.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TREVES, Renato. *Sociologia do direito: origens, pesquisas e problemas*. 3. ed. Trad. Marcelo Branchini. Barueri: Manole, 2004.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. 13. ed. Trad. Leonidas Hegenberg; Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2005.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Montevideo: Julio Cesar Faira, 2001.

WÜRTEMBERGER, Thomas. *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*. Milano: Giuffrè, 1965.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.