

FIM DA CIÊNCIA DO DIREITO PENAL?

Por: José Carlos Porciúncula

Doutor em Direito Penal pela Universidade de Barcelona (Espanha), com período Doutoral na Universidade de Bonn (Alemanha). Ganhador do Prêmio Extraordinário de Doutorado 2012-2013, concedido pela Comissão de Doutorado da Universidade de Barcelona, em razão da autoria da tese “*La «exteriorización de lo interno»: sobre la relación entre lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal*” (publicada sob o título *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal: hacia la «exteriorización de lo interno»*, Barcelona, Atelier, 2014). Professor visitante do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciências Criminais da Universidade de São Paulo (2013). Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais do Instituto Brasiliense de Direito Público. Advogado criminalista em Brasília-DF.

Tenho visto, com espanto e lamento, respeitabilíssimos juristas declararem, aos quatro ventos, que a Ciência do Direito Penal teria chegado ao fim; que tudo aquilo que poderia ser dito já o foi; que deveríamos deixar de lado as grandes questões teóricas (afinal de contas, dizem, elas já foram resolvidas!), para, partindo das bases hoje assentadas, dedicarmo-nos a problemas práticos.

Desconfio, seriamente, que esse discurso tenha um caráter estratégico... De qualquer sorte, ainda que outro possa ser o seu *Leitmotiv*, a História da Ciência mostra-nos que todos aqueles que ousaram anunciar o fim de uma determinada área do saber estavam absolutamente equivocados em suas previsões. Foi assim na Matemática, na Física e, inclusive, no próprio Direito Penal.

Na Matemática, Kurt Gödel, possivelmente o maior lógico desde Aristóteles, provou, com a publicação em 1931 do seu trabalho *Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica und verwandter Systeme*, que há um número infinito de proposições aritméticas verdadeiras, que não podem ser formalmente deduzidas de um número finito de axiomas, por meio de um conjunto de regras de inferência. Com seu

teorema da incompletude, Gödel acabou por destruir o ilusório projeto de David Hilbert de uma axiomatização integral desse campo¹. A moderna teoria da informação algorítmica, fundada pelo cientista da computação norte-americano Gregory Chaitin, também demonstrou a complexidade infinita da Matemática. A teoria da informação algorítmica parte da ideia, já presente em 1686 nos *Discours de métaphysique* de Leibniz, de que uma teoria deve ser mais simples do que os dados que pretende explicar, pois, do contrário, não explicaria nada². Apoiando-se nessa máxima, a teoria da informação algorítmica revela que certos fatos matemáticos, apesar de verdadeiros, não podem ser provados por nenhuma teoria, por serem logicamente irreduzíveis. É o que ocorre com o número Ω (ômega), que não pode ter seus primeiros N dígitos calculados por um programa de computador mais curto que N bits. E mais: Ω (ômega) contém um número infinito de bits irreduzíveis. A semelhança com o teorema da incompletude de Gödel é clara: existe um número infinito de bits de Ω (ômega), que não podem ser calculados por um programa finito de computador³.

No campo da Física teórica, o projeto de elaborar uma *synthèse de l'univers* já não passa de um antigo sonho laplaciano⁴. De fato, as recentes tentativas de unificar a relatividade geral e a física quântica ainda não conduziram (e provavelmente não conduzirão) a uma *Grand Unified Theory*. Tradicionais defensores de uma *Theory of Everything* já não mais acreditam na sua viabilidade. Esse é justamente o caso do proeminente físico britânico Stephen Hawking, que agora sustenta, com fundamento no teorema da incompletude de Gödel, a impossibilidade de se alcançar uma *Ultimate Theory*. Ouçamos as palavras do professor emérito da Universidade de Cambridge: “Até agora, a maioria das pessoas tem implicitamente assumido que há uma teoria definitiva, que eventualmente vamos descobrir. De fato, eu mesmo sugeri que poderíamos

¹ Sobre o tema cfr. Nagel/Newman, *Gödel's Proof*, New York/London, 2001, *passim*; Goldstein, *Incompleteness: the proof and paradox of Kurt Gödel*, New York, 2005, *passim*.

² Leibniz, *Discours de métaphysique*, Paris, 1907, VI. Tal ideia é magistralmente ilustrada por Jorge Luis Borges em seu conto *Del rigor en la ciencia* em *El hacedor*, Barcelona, 2013, p. 137: “... En aquel Imperio, el Arte de la Cartografía logró tal Perfección que el mapa de una sola Provincia ocupaba toda una Ciudad, y el mapa del Imperio, toda una Provincia. Con el tiempo, esos Mapas Desmesurados no satisficieron y los Colegios de Cartógrafos levantaron un Mapa del Imperio, que tenía el tamaño del Imperio y coincidía puntualmente con él. Menos Adictas al Estudio de la Cartografía, las Generaciones Sigüientes entendieron que ese dilatado Mapa era Inútil y no sin Impiedad lo entregaron a las Inclemencias del Sol y de los Inviernos. En los desiertos del Oeste perduran despedazadas Ruinas del Mapa, habitadas por Animales y por Mendigos; en todo el País no hay otra reliquia de las Disciplinas Geográficas”.

³ Cfr. Chaitin, *Thinking about Gödel and Turing. Essays on Complexity (1970-2007)*, Singapore, 2007, *passim*.

⁴ Cfr. Laplace, *Essai Philosophique sur les Probabilités*, 5ª ed., Bruxelles, 1829, p. 3.

encontrá-la muito em breve. No entanto, a Teoria-M me fez perguntar se isso é verdade. Talvez não seja possível formular uma teoria do universo em um número finito de proposições. Essa é uma autêntica reminiscência do teorema de Gödel. Tal teorema estabelece que qualquer sistema finito de axiomas não é suficiente para provar todos os resultados na Matemática (...). Algumas pessoas ficarão muito desapontadas se não houver uma teoria definitiva, que possa ser formulada com um número finito de princípios. Eu pertencia a esse grupo, mas mudei de ideia. Sinto-me agora feliz em saber que a nossa busca pelo conhecimento nunca chegará ao fim e que sempre teremos o desafio de novas descobertas. Sem ele, estagnaríamos. O teorema de Gödel garante que sempre haverá trabalho para os matemáticos. Acho que a Teoria-M vai fazer o mesmo pelos físicos. Tenho certeza de que Dirac aprovaria tudo isso”⁵. Outra não é a opinião do renomado físico e matemático Freeman Dyson, para quem o teorema da incompletude de Gödel implica a impossibilidade de uma *Theory of Everything*⁶.

No âmbito da Ciência do Direito Penal, o “mito do fim” (chamemo-lo assim) não é um signo próprio dos nossos tempos. Não! Pronunciamentos no sentido de que “já não há mais trabalho a se fazer” são mais antigos do que poderíamos supor. Conta-se que Francesco Carrara, *il sommo maestro di Pisa*, ao finalizar, em 1870, o último volume do seu monumental *Programma del Corso di Diritto Criminale*, teria reunido os seus discípulos e os teria exortado a se dedicarem, a partir de então, a questões práticas ou até mesmo ao Direito Processual Penal, por acreditar no caráter exaustivo (e definitivo!) de sua obra⁷ ⁸. Pobre Carrara! Não poderia imaginar os rumos que a sua Ciência tomaria...

⁵ Hawking, texto da conferência *Gödel and the end of physics*, pronunciada pelo autor no dia 20 de julho de 2002 no *Centre for Mathematical Sciences, Cambridge*, por ocasião do *Dirac Centennial Celebration*. Hawking faz referência no texto à Teoria-M, elaborada, na década de 90, pelo físico norte-americano Edward Witten, com o objetivo de mostrar que as cinco versões da “teoria das supercordas” (*Superstrings Theory*) eram, na realidade, cinco modos distintos de descrever uma única teoria. A “teoria das supercordas” causou, no início dos anos 80, uma grande expectativa na comunidade científica, por sua promessa de unificação das forças fundamentais da natureza, mas logo depois mostrou-se problemática em razão das (já referidas) cinco versões nas quais se fracionava, o que implicava na existência de cinco universos com propriedades distintas. O leitor interessado no tema pode consultar o instrutivo livro de Greene, *The Elegant Universe: Superstrings, Hidden Dimensions, and the Quest for the Ultimate Theory*, New York, 1999.

⁶ Dyson, *The World on a String* em *The Scientist as Rebel*, New York, 2006, pp. 223 e ss.

⁷ Já no prefácio ao *Programma del Corso di Diritto Criminale – Parte Generale*, vol. I, 8ª ed., Firenze, 1897, pp. 8 e ss., lê-se: “*Il programma del Diritto criminale* doveva, nel mio concetto, riassumere nella più semplice formula la verità regolatrice di tutta la scienza: e contenere in si il germe della soluzione di tutti i problemi che il criminalista è chiamato a studiare (...) Trattavasi di trovare la formula esprimente questo principio; ed a quella connettere, e da quella dedurre i singoli precetti che dovevano servire di costante guida in questa importante matéria. Una formula doveva in sè contenere il germe di tutte le verità

Na atualidade, assistimos ao projeto de Joachim Hruschka de construção de uma teoria coordenada, articulada e *omniabarcante* do Direito Penal⁹. Para isso, segundo Hruschka, teríamos que edificar um sistema *more geometrico*, resultado da união e ordenação de todos os grupos de casos imagináveis. Além disso, diz o professor emérito da Universidade de Erlangen-Nürnberg, seria necessário delimitar o âmbito dentro do qual as propostas de solução de casos poderiam ser qualificadas como racionais, tendo aqui um papel decisivo as leis da lógica e a teoria da argumentação. Desse modo, sustenta Hruschka, poderíamos reduzir ao máximo insatisfatórias decisões valorativas *ad hoc*. Em suma: deveríamos *axiomatizar* toda a dogmática jurídico-penal, expressando-a num *sistema fechado e livre de contradições*.

Em seus escritos, Hruschka submete a teoria do erro, do concurso aparente de normas e do estado de necessidade, somente para citar alguns exemplos, ao método lógico-analítico, buscando demonstrar como seria possível desenvolver o trabalho sistemático no âmbito do Direito Penal. Utilizando tal método, procede à distinção entre regras de comportamento e regras de imputação, diferencia dois níveis de imputação (*imputatio facti* e *imputatio iuris*) e separa a imputação ordinária da extraordinária¹⁰.

nelle quali la scienza del Diritto criminale sarebbe venuta a compendiarsi nei suoi singoli svolgimenti ed applicazioni. Io credetti di aver trovato questa formula sacramentale: e parvemi da quella tutte, ad una ad una, emanassero le grandi verità che il Diritto penale dei popoli culti ha ormai riconosciuto e proclamato nelle cattedre, nelle academie, e nel foro”. Sobre a importância histórica do *Programma* consulte-se, dentre outros, Gallo, *Il pensiero di Francesco Carrara nella cultura del suo tempo* em *RIDPP* 1988, p. 765; Padovani, *Il legislatore alla scuola della ragione: Una introduzione allo studio del “Programma” di Francesco Carrara* em *RIDPP* 1985, pp. 706 e ss.; o mesmo, *Francesco Carrara e la teoria del reato* em *RIDPP* 1988, p. 867; Cotta, *Il pensiero di Francesco Carrara nell’incontro di filosofia e scienze* em *RIDPP* 1989, p. 882; Pettoello Mantovani, *L’eredità ideologica di Francesco Carrara* em *RIDPP* 1989, p. 894.

⁸ A (curiosa) noção de que o Direito Processual Penal encontra-se num estágio muito menos avançado que o Direito Penal parece se manter até hoje. Nesse sentido, afirma Wolter, *Kriminalpolitik und Strafprozessrechtssystem* em *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin/New York, 2001, p. 1.141: “Das Strafprozessrechtssystem befindet sich anders als das über viele Jahrzehnte hinweg ausgefeilte Strafrechtssystem in einem Ur- und Rohzustand”. Na mesma linha, Bottke, *Fairness in Strafverfahren gegen Bekannt* em *Festschrift für Claus Roxin*, p. 1.243.

⁹ Hruschka, *Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?* em *JZ*, 1985, pp. 1 e ss.

¹⁰ Hruschka, *Strukturen der Zurechnung*, Berlin/New York, 1976, *passim*; o mesmo, *Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf* em *ZStW* 96, 1984, pp. 661 e ss.; o mesmo, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., Berlin/New York, 1988, *passim*; o mesmo, *Zurechnung seit Pufendorf. Insbesondere die Unterscheidungen des 18. Jahrhunderts* em Kaufmann/Renzikowski (edts.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt a. M., 2004, pp. 17 e ss.

Creio que, assim como ocorreu na Matemática e na Física, o projeto de axiomatizar o Direito Penal, tornando-o um sistema *fechado e completo*, está destinado ao fracasso. Infelizmente, não posso entrar em maiores detalhes¹¹.

Com esse breve *excursus*, pretendi mostrar que a noção de esgotamento de uma determinada área do saber não passa de um mito (*rectius*: de uma impossibilidade lógica!). Em minha opinião, as grandes questões do Direito Penal ainda estão aí... à espera de respostas cada vez melhores. E sempre estarão! Qualquer um que se dedique, com absoluta honestidade intelectual, a elas, perceberá que, mesmo ao final de uma longa jornada, seus esforços terão se assemelhado a um trabalho de Sísifo. *Dogmatica se ipsam alet!*

Expressa bem essa situação o testemunho de Gimbernat Ordeig a respeito do estado da arte de uma das *vexate quaestiones* da dogmática jurídico-penal, qual seja, os delitos comissivos por omissão. Diz o professor emérito da Universidade Complutense de Madrid: “Apesar da discussão já durar mais de 100 anos (...) ainda não conhecemos quase nada acerca do conteúdo e alcance deste instituto jurídico. Entretanto, dispomos de uma biblioteca quase interminável (...). A despeito disso, os resultados desse trabalho excepcionalmente intenso da ciência jurídico-penal não poderiam ser mais pobres (...). Pode-se afirmar que a única coisa certa a respeito dos delitos de omissão é que não há nada certo”¹².

As grandes questões da dogmática jurídico-penal ainda se encontram vivas... e assim permanecerão, por muitos e muitos anos! Ao compreendermos a perenidade de tais questões deveríamos optar, em nossa abordagem metodológica, por um processo de diálogo contínuo com os nossos interlocutores. Com isso, evitaríamos, ao máximo, respostas definitivas, preferindo o questionamento, a indagação. E nisso haveria um grande mérito!¹³

Certa feita, Wittgenstein observou que “Na Filosofia, é sempre bom fazer uma *pergunta* no lugar de apresentar uma resposta. Pois uma resposta a uma pergunta

¹¹ Para uma detalhada crítica a esse projeto cfr. Porciúncula, *La «exteriorización de lo interno»: sobre la relación entre lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal* (Tese de Doutorado), Barcelona, 2013, pp. 217 e ss.

¹² Gimbernat Ordeig, *Das unechte Unterlassungsdelikt* em *ZStW* 111, 1999, pp. 307 e ss.

¹³ Como diz Putnam, *Science and Philosophy in an Age of Science*, London, 2012, p. 50: “‘Progress’ in philosophy need not consist in ‘settling’ issues once and for all. Indeed, it does not consist of that in any serious area of human endeavor or inquiry that I know of”.

filosófica pode ser incorreta; ao passo que retrucar uma pergunta por meio de outra pergunta não o é”¹⁴. Não vejo porque isso seria falso na esfera da dogmática jurídico-penal, notadamente quando ela se volta para os seus problemas fundamentais.

Só me resta invocar as sábias palavras do meu admirado mestre espanhol Jesús-María Silva Sánchez, para animar as novas gerações a que continuem repensando as bases elementares da Ciência do Direito Penal e para insistir, veementemente, em que ainda há, sim, muito trabalho a ser feito: “É certo que, justamente agora, alguém poderia cair na tentação de pensar que, para a dogmática, ‘qualquer tempo passado foi melhor’. Com efeito, os grandes mestres alemães já se aposentaram ou estão a ponto de fazê-lo, bem como boa parte de seus sucessores – de qualquer sorte, alguns dos mais influentes e brilhantes parecem estar mais dispostos a adorar o bezerro de ouro de Bruxelas (ou quiçá de Washington) do que seguir o caminho de seus predecessores. *O tempora, o mores!* Mas, por outro lado, justamente agora é necessário fazer frente ao desfalecimento. Em meu caso pessoal, a isso contribui a convicção, que tenho tratado de reiterar publicamente nos últimos anos, de que é muito o que se pode fazer e de que a comunidade ibero-americana de penalistas conta com tudo a seu favor para fazê-lo. Basta que os jovens não ouçam os cantos da sereia que, sem dúvida, ser-lhes-ão apresentados e assumam com vigor o desafio que lhes é proposto”¹⁵.

¹⁴ Wittgenstein, *Bemerkungen über die Grundlagen der Mathematik*, Frankfurt a. M., 1984, p. 147.

¹⁵ Silva Sánchez, *Medio siglo de dogmática penal alemana (un punto de vista iberoamericano)*, Bogotá, 2013, p. 10.