

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A MODERNA LEGISLAÇÃO PENAL: O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE E A EFICÁCIA NA TUTELA DE NOVOS BENS JURÍDICOS

Daniela Portugal¹

Sumário: 1. Introdução - 2. Sobre o Estado democrático de direito - 3. Particularidades atinentes à moderna legislação penal – 3.1. Entre o respeito ao princípio da taxatividade e a proteção de novos bens jurídicos - 3.2. Dos limites ao intérprete da norma penal - 4. Direito Penal e microssistemas normativos - 5. Considerações Finais.

Resumo: O presente estudo cuida do moderno paradoxo situado entre a necessidade de adaptação legislativa aos novos objetivos jurídicos mercedores da tutela estatal e, ao mesmo tempo, o dever de obediência aos princípios que norteiam o Direito Penal, máxime o da taxatividade. Questionar-se-á quais deveres o preceito maior do Estado democrático de direito impõe ao legislador penal, e se a situação desta nova matéria criminal em uma espécie de microssistema normativo é suficiente para afastar os limites logicamente impostos ao aplicador/criador do Direito.

Palavras-chave: Democracia – Direito Penal – Taxatividade.

Abstract: This study takes the modern paradox located between the need to adapt to new legislative goals worthy of legal protection state and, at the same time, the duty of obedience to the principles underlying the criminal law, especially the strict

¹ Doutoranda em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia; professora de Direito Penal; advogada.

legality. It will be asked what duties the provision of greater democratic state law requires of the legislature, and if the situation of this new criminal matters in a kind of micro-rule is sufficient to remove the limits logically imposed to the applicator / creator of the law.

Keywords: Democracy – Criminal Law – Strict Legality.

1. INTRODUÇÃO



presente estudo analisa o atual estado de proteção dos novos bens jurídicos que passam a reclamar proteção na sociedade contemporânea, questionando se a forma como tem sido estruturado este modelo de proteção é ou não compatível com diretrizes maiores dispostas na Constituição Federal.

Para tanto, inicialmente é feita breve análise acerca do surgimento do Estado democrático de direito, avaliando o que se espera de um tal regime político, apontando-se de que forma esse valor supremo condiciona todos os demais segmentos de produção normativa.

Em seguida, passa-se à análise na anacrônica relação que se estabeleceu entre a redação adotada nestes novos tipos penais e os preceitos gerais tradicionalmente exigidos para que se dê a aplicação da lei penal, ocasião em que se refletirá sobre se a necessidade de regramento jurídico desta nova demanda é argumento suficiente para afastar a incidência de outros princípios do direito.

Posteriormente, em face da redação demasiadamente aberta e imprecisa que marca os crimes atinentes ao chamado Direito Penal moderno, serão avaliados quais limites devem ser impostos ao aplicador do direito e qual a essencial função que assume o intérprete da lei penal em um Estado democrático de direito.

Por fim, também serão estudados os limites que norteiam a construção do que se anuncia como um microsistema jurídico-penal, momento em que serão avaliados quais fundamentos teleológicos a que devem respeito estas micro-estruturas em face do ordenamento jurídico.

2. SOBRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A problemática acerca da moderna legislação penal econômica está intimamente ligada ao que se entende por Estado democrático de direito. Isto porque, em que pese se tratar de conceito variável, que sofreu e sofre constantes evoluções (e involuções) ao longo do tempo, um exame crítico do desenvolvimento histórico do seu significado é extremamente útil para que se identifique de que forma o respectivo conceito adotado reflete na própria noção de direito e de garantia de bens jurídicos fundamentais ora disseminada na sociedade contemporânea.

A idéia de democracia na modernidade nasce de uma concepção individualista, e não pluralista como se insiste em agregar, equivocadamente, ao corrente uso do termo. Adverte Bobbio se tratar de um conceito ligado a uma noção artificial de sociedade, personificando-a em sujeito individual, em que se põe o todo antes das partes, falso produto da vontade dos indivíduos.²

Esta idéia de bem maior, de vontade social, permeia o crescente desenvolvimento do Direito Penal enquanto estrutura organizada, notadamente caracterizado pela concentração, no Estado soberano, tanto do *ius puniendi*, quanto do dever de proteção de seus jurisdicionados.

Ocorre que a construção desta concepção social, não se

² BOBBIO, Norberto. *Las Promesas Incumplidas de la Democracia*. Zona Erógena. Nº 14. 1993, p. 01. Disponível em: <<http://www.educ.ar>> Acesso em: 15 jun. 2009.

trata, como também se alertou acerca do ideal democrático, de noção imune ao processo de evolução social. A modificação das estruturas de poder acaba reclamando novos significados, novas justificações, de forma que hoje se aponta para uma onda de crise da modernidade, consoante atesta Pedro Dorado Montero:

[...] estando las concepciones sociales, por los indicados motivos, em agitada y constante renovación, no tiene nada de extraño, sino que antes bien se presenta a nuestros ojos como cosa naturalíssima, el que la mente de los sociólogos y demás escritores que se ocupan en reflexionar sobre asuntos penales se halle trabajada por una honda crisis, por consecuencia de la cual, nuevas ideas van sustituyendo en las cabezas a las ideas penales antiguas y minando poco a poco los cimientos sobre que se asienta la actual construcción legislativa y práctica de los delitos y las penas, para reemplazarla con otra que responda adecuadamente a las exigencias de la vida y el pensamiento modernos. Sería un anacronismo o mantener, en maquinaria nueva, piezas antiguas, enmohecidas, que no sirvieran para nada más que para poner obstáculos al normal funcionamiento de aquélla.³

Uma nova estrutura reclama, portanto, a substituição das velhas estruturas por outras novas, que melhor se ajustem às necessidades do novo modelo adotado pela geração emergente. Foi processo natural de evolução que provocou o abandono do Estado de direito pelo Estado democrático de direito e que, atualmente, leva ao questionamento acerca da necessidade, quiçá, de uma nova substituição.

O fracasso da concepção de democracia no modelo libe-

³ MONTERO, Pedro Dorado. *Bases para un nuevo derecho penal*. Buenos Aires: Depalma, 1973, p.04.

ral se deveu ao fato de esta se fundar apenas, conforme ensina Frank Michelman, em um aspecto formal⁴. Para aquela democracia tênue, bastava a preocupação com formalidades e formas institucionais, sem merecer destaque se teria sido frustrado ou não, no plano prático, o direito de voz e influência política dos cidadãos.⁵

A preocupação com a democracia em seu aspecto formal, porém, já se tratava de grande avanço, como bem adverte Luiz Roberto Barroso, uma vez que, se não chegou a oferecer de fato, ao menos passou a incluir no imaginário popular uma nova percepção acerca dos seguintes fatores:

[...] (i) *legitimidade* – soberania popular na formação da vontade nacional, por meio do poder constituinte; (ii) *limitação do poder* – repartição de competências, processos adequados de tomada de decisão, respeito aos direitos individuais, inclusive das minorias; (iii) *valores* – incorporação à Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade.⁶

Não é por outra razão que Edvaldo Brito também afirma a importância da forma escrita da Constituição na proteção do cidadão em face do Estado:

A idéia, verdadeira, para nós, de que o constitucionalismo sintetiza todas as forças reais de poder com que se compõe a sociedade civil atuando para

⁴ MICHELMAN, Frank I. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. Traduzido por Marcelo Fensterseifer e Tiago Fensterseifer. Revisão da tradução por Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). In: SARLET, Ingo. *Direitos fundamentais, informática e comunicação*: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 51.

⁵ Ibid, loc. cit .

⁶ BARROSO, Luiz Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro*: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, p. 11.

limitar a esfera do poder político; para assegurar os direitos da personalidade humana a ela intrínsecos, por isso, anteriores às leis positivas; fornece a concepção de que a Constituição, especialmente a escrita, é um repositório das aspirações dessa sociedade e, assim, não se confunde com a forma de sua veiculação.⁷

Apesar de já importar grande avanço, não basta apenas uma dimensão puramente formal do conteúdo democrático. Com isso, ressalta Pablo Lucas Verdú que o constitucionalismo burguês, por conta de sua marcante inspiração racionalista e individualista, acabou por debilitar, aos poucos, o conceito substancial de Constituição até então cultivado, uma vez que tendia a formalizar, em excesso, o seu conteúdo⁸. Acrescenta que, para a burguesia liberal, admitir a argumentação suprapositiva revolucionária poderia significar romper com a posição vantajosa por ela adquirida.⁹

Assim, a chamada democracia tênue acabou por ser substituída por uma concepção densa, a qual, em que pese não abandonar a necessidade de observância de requisitos formais, é acrescida de um requisito material, “de acordo com o qual todos devem, como fato material mesmo, gozar de uma oportunidade justa - de fato, mais ou menos equânime - de acesso, voz e influência política, independentemente de diferenças em relação à riqueza, ou à posição ou classe social.”¹⁰

⁷ BRITO, Edivaldo. *Teoria da Constituição*. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. n. 02. jul. 1991/jun. 1991. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1992, p. 21.

⁸ VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1998, p. 25.

⁹ Ibid, loc. cit.

¹⁰ MICHELMAN, Frank I. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. Traduzido por Marcelo Fensterseifer e Tiago Fensterseifer. Revisão da tradução por Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). In: SARLET, Ingo. *Direitos fundamentais, informática e*

Aos poucos, novas tendências passam a ser seguidas, direcionadas ao combate do positivismo jurídico acrítico, repercutindo no estabelecimento de uma influência filosófica anti-formalista no direito.¹¹ É neste contexto que se estabelece o Estado social e democrático de direito, como bem ressalta Santiago Mir Puig:

[...] la fórmula ‘Estado social y democrático del derecho’ supone no solo la tentativa de someter la actuación del Estado social – a que no si quiere renunciar – a los límites formales del Estado de derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real. Se pretende, por esta vía, acoger una modalidad de Estado social – esto es, que tome partido efectivo en la vida social – al servicio de todos los ciudadanos. En cuanto social y democrático, tal Estado deberá crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo, pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá ser, además, un Estado democrático *de derecho*.¹²

Entretanto, a promessa de participação efetiva, de poder de influência do cidadão nas decisões do chamado Estado do bem estar, acaba se desintegrando com o advento do modelo econômico neocapitalista, em que o retorno ao liberalismo individual e a diminuição dos serviços de cunho prestacional acabam por levar a um constante descrédito do cidadão acerca do efetivo compromisso estatal com o respeito aos direitos fundamentais consagrados em suas respectivas constituições.

Trata-se de um paradoxo anunciado por Pablo Verdú si-

comunicação: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 51.

¹¹ VERDÚ, Pablo Lucas. op. cit., p. 30.

¹² PUIG, Santiago Mir. Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho. In: *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982, p. 71-72.

tuado entre o *ter* e o *estar* de uma Constituição, marcado pelo seguinte questionamento: estes países, que seguem *tendo* uma Constituição, *estão* com ela? Acrescentando o autor que *estar* em Constituição significa, por sua vez, aplicar os direitos e deveres socioeconômicos inscritos no Código Fundamental Sistemático.¹³

Dentre os diversos aspectos que podem ser tomados como parâmetro para responder à mencionada provocação, escolheu-se aqui a regra da legalidade e seus consectários lógicos, em face da moderna legislação criminal em matéria econômica, no âmbito da qual vêm sendo adotadas novas técnicas de elaboração de tipos penais, diante das quais se questiona se o Estado brasileiro, além de *ter* fixado a regra da legalidade, *está* ou não se mantendo fiel a ela.

Ensina Luigi Ferrajoli que a crise da legalidade representa um dos três principais aspectos da crise dos Estados democráticos contemporâneos, ao lado da crise do *Welfare State* e do Estado social:

Estamos asistiendo, incluso en los países de democracia más avanzada, a una crisis profunda y creciente del derecho, que se manifiesta en diversas formas y en múltiples planos. Distinguiré, esquemáticamente, ter aspectos de esta crisis. Al primero de ellos llamaré *crisis de la legalidad*, es decir, del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos [...]. El segundo aspecto de la crisis, sobre el que más se ha escrito, es la inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho a las del *Welfare State*, agravada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual que deriva de la *crisis del Estado social* [...]. Hay, además, un tercer aspecto de la crisis del derecho, que

¹³

VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1998, p. 44.

está ligado a la crisis del Estado nacional y que se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, un debilitamiento del constitucionalismo.”¹⁴

Esses três fatores traduziriam, em verdade, uma crise da própria democracia, uma vez que cada um dos pilares está ligado à soberania popular como traço distintivo maior do Estado democrático de direito, ora ameaçada por “formas neoabsolutistas do poder público, carente de limites e controles e governadas por interesses fortes e ocultos, dentro de nossos ordenamentos”.¹⁵

Trata-se do fenômeno denominado por Marcelo Neves de “constitucionalismo simbólico”, em que preceitos fundamentais são postos na Magna Carta não para serem realizados, mas apenas para forjar a intenção política de concretização enquanto imunizam a estrutura política contra propostas de mudança e servem à manutenção das tradicionais relações sociais:

A Constituição funciona realmente como instância reflexiva de um sistema jurídico vigente e eficaz. Já no caso da constitucionalização simbólica, à atividade constituinte e à emissão do texto constitucional não se segue uma normatividade jurídica generalizada, uma abrangente concretização normativa do texto constitucional. Assim como já afirmamos em relação à legislação simbólica (cf. item 6 do Cap. 1), o elemento de distinção é também a hipertrofiada dimensão simbólica em detrimento da realização jurídico-instrumental dos dis-

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley más débil*. 4. ed. Tradução: Andrés Ibañez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004, p. 15-16.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley más débil*. 4. ed. Tradução: Andrés Ibañez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004. Tradução livre para o português, p. 17.

positivos constitucionais.¹⁶

Por conta disso, este processo repercute na seara penal com a criação do que Ferrajoli conceitua como um sistema artificial de garantias de direitos fundamentais¹⁷, em que não há meios suficientes ou verdadeiros que protejam o indivíduo acusado de eventuais abusos por parte do titular do poder de punir.

3. PARTICULARIDADES ATINENTES À MODERNA LEGISLAÇÃO PENAL

Sendo a legalidade uma das mais relevantes regras de proteção a direitos fundamentais do homem, é importante que se diga que a sua inobservância, muito além de comprometer o ideal de um Estado de Direito, compromete, também, qualquer pretensa forma estatal democrática, já que não há que se falar em respeito à soberania popular se não há, ao lado, o respeito à lei.

Sobretudo no que toca à matéria penal, em que os direitos postos em jogo são da maior relevância, dada a fragmentariedade e subsidiariedade que caracterizam tal ramo jurídico, não há dúvidas de que a necessidade de respeito à lei quando da definição dos tipos penais merece uma conotação ainda mais severa e inflexível do que nos demais campos do direito. É o que ensina Juan Fernández Carrasquilla:

La subsidiariedad del derecho penal revela que no es este un instrumento ‘principal’ en la lucha por la paz social (lucha social contra el crimen). Se trata de un aspecto de la legitimación democrática del derecho penal, pues se reputa que la mayoría de la población no presta, presto, ni prestará su asentimiento a la aplicación judicial de penas

¹⁶ NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 87.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 19.

innecesarias. Esta subsidiariedad del derecho penal se funda en la extrema severidad de los recursos punitivos, está relacionada íntimamente con la concepción del derecho penal como última o extrema ratio de los recursos jurídicos y, desde luego, es una derivación del principio político-criminal de mínima intervención.¹⁸

As constantes mudanças que vêm sendo introduzidas ao Direito Penal, não só no contexto pátrio como também em outros ordenamentos jurídicos, têm provocado a legítima preocupação acerca dos limites do Estado neste processo de “adaptação” às novas demandas. Significa questionar-se muito mais do que quais peças deverão ser adquiridas para o novo maquinário: é refletir sobre quais antigos aparelhos podem ser abandonados.

Por tal razão, segue-se à análise das reformas penais modernas em confronto com o declarado modelo de Estado democrático de direito ora inscrito na Lei Maior de 1988. Ao analisar as mudanças sofridas na legislação criminal alemã, atesta Hassemer que todas as reformas do Direito Penal material não se concentram na Parte Geral, e sim na Especial, e ainda que “elas acentuam as determinações penais existentes e as penas cominadas, elas estendem o Direito Penal a novos setores e ao mesmo tempo se expandem nas tradicionais e nas novas áreas.”¹⁹

Neste aspecto, a realidade brasileira não difere em nada da alemã, pois mesmo uma análise perfunctória já torna visível um constante processo de endurecimento penal, que se traduz pelo aumento de penas, pela criação de novos tipos delitivos,

¹⁸ CARRASQUILLA, Juan Fernández. *Concepto y límites del derecho penal: la nueva visión politicocriminal*. Bogotá: Temis, 1992, p. 51.

¹⁹ HASSEMER, Winfried. *Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal*. In: Revista de Estudos Criminais. n. 29. Ano 8. abr. 2008. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2008, p. 10.

dentre várias outras formas de intolerância.

O grande problema da manutenção da Parte Geral e alteração desmedida da Parte Especial decorre, sobretudo, da impossibilidade de se ajustar, com perfeição, toda uma teoria geral do delito aos crimes modernos elaborados sob novas técnicas legislativas.

O primeiro fator que merece destaque é o princípio do Direito Penal enquanto *ultima ratio*, segundo o qual tal ramo jurídico funciona como última esfera de controle, isto é, proteção que, justamente por ser a mais enérgica, apenas pode funcionar como derradeiro método de proteção pelo Estado.

Deste modo, consoante esclarece Raúl Carnevali Rodríguez, enquanto o “princípio da legalidade nos indica a forma, o instrumento através do qual o Estado pode atual legitimamente, através do princípio de *ultima ratio* que é possível dar um conteúdo a tal instrumento”²⁰.

No que toca, especificamente, à legalidade, mister ressaltar a diferença nas redações dos tipos penais tradicionais e as novas construções normativas. Enquanto o Direito Penal tradicional é marcado por tipos fechados, exaustivos, de cuja redação já se extrai, com exatidão, o comando proibitivo, os novos bens jurídicos merecedores de tutela, tais como ambiente, ordem econômica, sistema financeiro nacional, reclamam construção mais aberta, capaz de admitir maior elasticidade interpretativa, sob pena de o respectivo tipo penal tornar-se defasado em muito pouco tempo, perdendo a eficácia.

Tomando-se o exemplo o Direito Penal Ambiental alemão, a doutrina alemã destaca o fenômeno “Verwaltungsakzes-

²⁰ CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl. DERECHO PENAL COMO ULTIMA RATIO. HACIA UNA POLÍTICA CRIMINAL RACIONAL. *Ius et Praxis* [online]. 2008, vol.14, n.1 [citado 2009-12-07], pp. 13-48 . ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122008000100002. Tradução livre. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0122008000100002&lng=es&nrm=iso>. Acesso em : 07 dez. 2009. p. 07.

sorietät (dependência do direito penal de decisões da administração pública) (...) a norma penal não indica diretamente o que é proibido, deixando a decisão nas mãos das autoridades administrativas.”²¹

O mesmo fenômeno ocorre na realidade brasileira, com as chamadas normas penais em branco, em que o conteúdo normativo depende de complementação externa, que pode ser dada também por lei (normas penais em branco homogêneas) ou por norma de hierarquia inferior (normas penais em branco heterogêneas).

No caso das normas penais em branco heterogêneas, a ofensa à legalidade é frontal, uma vez que a definição do comando proibitivo propriamente dito não é feita por lei, mas por decisão administrativa. Nesta hipótese, não se aceita aqui a justificativa utilizada pelos defensores de tal modelo segundo a qual o *núcleo* do tipo é posto em lei, motivo pelo qual não haveria ofensa alguma à legalidade, por se entender ser tal argumento muito mais objeto de manipulação discursiva legitimadora do instituto do que legítima justificativa de seu uso:

Isso causa um grave problema de respeito ao princípio da legalidade. O crime não é definido em lei, e sim em ato concreto da administração pública, sendo esta última encarregada de ‘concretizar’ e eventualmente atualizar os regulamentos penais. Surge também o problema de violação do princípio da igualdade, já que nada obriga, por exemplo, diferentes autoridades administrativas a decidir da mesma forma.²²

No caso das normas penais em branco homogêneas, mui-

²¹ SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri; MINHOTO, Laurindo Dias. *Direito social, regulação econômica e crise do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 63.

²² SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri; MINHOTO, Laurindo Dias. *Direito social, regulação econômica e crise do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 64.

to embora não se possa falar em ofensa direta à legalidade, é inegável o desrespeito ao seu consectário lógico, o princípio penal da taxatividade, segundo o qual não basta que o tipo penal seja descrito em lei, devendo esta ser, ainda, certa e determinada, “impondo-se ao Poder Legislativo na elaboração das leis que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos, bem como ao judiciário que os interprete restritivamente, de modo a lhe respeitar a efetividade.”²³

Além da taxatividade, outra dificuldade de ajuste dos novos tipos penais especiais aos preceitos gerais de Direito Penal é observada quando da análise da culpabilidade do agente. Ao cuidar dos postulados políticos criminais que nortearam o Projeto Alternativo alemão de reforma penal, Claus Roxin atesta que não há como abandonar, em matéria criminal, a necessidade de respeito à culpabilidade, sendo esta “condição necessária, ainda que não suficiente, de toda a pena”²⁴:

La función político-criminal del principio de culpabilidad reside en la limitación del poder estatal y en la distinción entre pena y medida de seguridad. Es decir el principio de culpabilidad representa una toma de posición respecto ao sistema de doble vía.”²⁵

Nos modernos tipos penais, acrescenta o mencionado autor, não raro se deixa de exigir a culpabilidade porque esta não é empiricamente verificável, substituindo-se tal princípio pela proporcionalidade, já que esta última também teria como fun-

²³ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 42.

²⁴ ROXIN, Claus. El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo. In: *Política criminal y reforma del derecho penal*. Tradução livre. Bogotá: Temis, 1982, p. 06.

²⁵ ROXIN, Claus. El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo. In: *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982, p. 06.

ção a limitação de interferências estatais²⁶.

Não há que se repudiar o interesse dos defensores doutrinários na inclusão deste novo modelo de comandos proibitivos na seara criminal, uma vez que legítimo, já que fundamentado na idéia segundo a qual somente assim estará o Estado a garantir a devida proteção destes novos bens jurídicos, titularizados por toda a coletividade.

Ocorre que, a defesa deste moderno modelo penal, fundamentado na ilusão de que sua aceitação implica uma proteção maior dos novos bens jurídicos, acaba por repercutir em uma proteção paradoxalmente menor destes bens. Isto porque a má redação legislativa utilizada, tipos penais abertos e de linguagem dúbia, acaba dificultando a condenação dos infratores.

Por isso que se resgata o debate suscitado no primeiro tópico do presente estudo para se questionar se esta moderna legislação é ou não fruto de um processo de constitucionalização simbólica. É importante se refletir sobre a existência de um certo interesse em se elaborar tipos penais fadados à ineficácia, uma vez que o Direito é conservador por sua própria natureza, nunca se afastando de sua função de manutenção das estruturas de poder.

A relação entre a produção de normas penais-ambientais e a sua ineficácia social pode ser explicada lembrando de dois fatores que se inter-relacionam: primeiramente, o legislador penal tende, no âmbito das normas ambientais, a empregar uma terminologia inadequada, que, além de ferir o princípio de taxatividade das normas penais (e, por conseguinte, o princípio da legalidade), cria sérios problemas de interpretação e, portanto, de aplicação da norma. Em segundo lugar, o legislador parece apenas desejar produzir normas simbólicas, despreocupando-se de seu processo de implementa-

²⁶

Ibid., p. 13.

ção.²⁷

Trata-se da chamada “legislação-álibi”, denominação cunhada por Kindermann e resgatada por Marcelo Neves, cunhada para caracterizar a norma elaborada não para produzir um efeito jurídico real, mas um efeito simbólico de contentamento social, uma falsa promessa que visa à conquista de confiança em um sistema jurídico-político falho, mediante a elaboração de “diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas”²⁸

3.1. ENTRE O RESPEITO AO PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE E A PROTEÇÃO DE NOVOS BENS JURÍDICOS

Merece um destaque especial a relação conflituosa já apontada entre a moderna legislação penal e o princípio da taxatividade. Destaca George Fletcher que a teoria da legalidade é dotada de princípios negativos e positivos, a saber:

Los negativos consideran que la principal tarea de un sistema legal debe ser proteger a la ciudadanía contra las agresiones del Estado que invariablemente pretende imponer su voluntad a los ciudadanos. Un poder descentralizado contribuye a asegurar a los ciudadanos contra el Estado. [...] El principio de legalidad positiva significa, en efecto, que el Estado está obligado a aplicar el Derecho penal e incluso a amparar a las víctimas protegidas constitucionalmente.²⁹

²⁷ SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri; MINHOTO, Laurindo Dias. *Direito social, regulação econômica e crise do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 68.

²⁸ NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 37.

²⁹ FLETCHER, George P. *Conceptos básicos de derecho penal*. Tradutor: Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p.

Quanto aos bens jurídicos, por sua vez, conforme assinala Juan Bustos Ramírez, estes têm sido teorizados de diferentes formas, podendo-se distinguir uma direção transcendental e outra imanente³⁰. A primeira desdobra-se ainda em dois pontos de vista, um jusnaturalista e outro político-criminal, aquele fundado na idéia de que o objeto jurídico de proteção residiria na própria natureza das coisas e este firmado na noção de que os bem jurídicos teriam origem na vida social, cabendo ao Direito tão somente reconhecê-los³¹. A segunda direção teórica acerca dos bens jurídicos sustenta que os bens jurídicos são imanentes à norma, deixando à cargo do legislador, que irá assinalar qual bem jurídico se está a proteger.³²

Entende-se aqui que, de fato, a indicação de quais bens jurídicos são relevantes a ponto de merecerem a tutela penal é uma escolha que cabe ao legislador, isto é, trata-se de um processo criativo, e não de mero reconhecimento, como propunham as teorias transcendentais. Cumpre ressaltar, porém, não se tratar de processo livre de escolha, de modo que faz-se imperiosa aqui nova menção ao princípio maior do Estado democrático de direito.

Tal idéia se ajusta à moderna criminologia crítica segundo a qual não mais se acredita ser o crime uma realidade pré-determinada, mas uma opção política de proteção, um processo criativo, portanto. A soberania popular seria o fator determinante para que tal processo de escolha seja reputado legítimo, e não fruto do mero decisionismo.

Por tal razão que se reitera a importância de que todo conteúdo proibitivo capaz de, em caso de inobservância, levar a uma restrição ao direito de liberdade, esteja previsto de forma

298-299.

³⁰ RAMÍREZ, Juan Bustos. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982, p.14.

³¹ Ibid., loc. cit.

³² Ibid., loc. cit.

certa e determinada em lei, já que apenas esta – e nunca as decisões de mero caráter administrativo, ainda para os que acreditam serem meramente complementares – é dotada do resultado da expressão legítima do direito fundamental de participação de cada cidadão no processo político de definição dos limites do direito de punir do Estado.

A lógica da proteção do bem jurídico mediante normas de natureza repressiva é extremamente simples e sedutora. Parte-se de dois pressupostos, inquestionáveis porque evidentes. O primeiro é que os direitos fundamentais, reconhecidos a determinados titulares pelas Constituições ou por textos normativos de direito internacional público, merecem ser efetivamente protegidos pelas autoridades estatais [...]. O segundo pressuposto diz respeito à frequência e gravidade das lesões dos direitos fundamentais [...]. Havendo muitas pessoas a desejar o mesmo bem e sendo uma delas o proprietário legal, é de se esperar que alguém dos demais tentará apoderar-se do bem de forma ilegal.³³

É preciso, portanto, estar atento aos perigos da adoção acrítica de uma teoria imanente dos bens jurídico-penais, devendo esta ser “temperada” com o conteúdo democrático expresso na legalidade formal e material:

Un derecho penal democrático debe desarrollarse con estricta sujeción a los límites propios del principio de legalidad, tanto en su vertiente formal – solo pueden establecer delitos y penas disposiciones dotadas de rango de ley anteriores al hecho enjuiciado – como en su realización material – ‘exigencia de determinación’ de las proposiciones

³³

SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri; MINHOTO, Laurindo Dias. *Direito social, regulação econômica e crise do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 47.

jurídico-penales –.³⁴

Esta perspectiva democrática mediante a qual se deve analisar as normas penais decorre do que Friedrich Müller chama de “distribuição funcional dos papéis”, segundo o qual se, por um lado, cabe ao legislador a definição do texto da norma, cabe ao intérprete o preenchimento de sua respectiva normatividade e estrutura material concreta, realizando um trabalho concretizador ativo³⁵.

Assim, o texto da norma não pode se afastar da sua função de limitar “as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro”³⁶, sob pena de transferir ao aplicador da norma um papel que não lhe cabe.

Seguindo a lição de Miguel Polaino Navarrete, não cabe ao Estado moderno a tarefa de querer autoritariamente exercer a justiça, mas a de cuidar para que o direito sirva efetivamente ao bem da comunidade³⁷, não se podendo mais separar, nos tempos atuais, a noção de justiça da de democracia e, conseqüentemente, de soberania popular.

3.2. DOS LIMITES AO INTÉRPRETE DA NORMA PENAL

Ao se questionar a função do intérprete em relação à aplicação destes novos tipos penais “defeituosos”, é importante resgatar, preliminarmente, o ensinamento de Douglas Fischer em relação ao pressuposto básico para a aplicação da sanção

³⁴ PUIG, Santiago Mir. Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho. In: *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982, p. 76.

³⁵ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho em direito constitucional*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2005, p. 41.

³⁶ Ibid., loc. cit..

³⁷ NAVARRETE, Miguel Polaino. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Fundamentos Científicos del Derecho Penal. Barcelona: Bosch, 1984, p. 129-130.

penal: “exige-se a previsão legal antecipada, definindo quais condutas e em que circunstâncias são consideradas crimes, bem como as penas a eles cominadas.”³⁸

Pode parecer óbvio ou repetitivo tratar novamente deste assunto, mas é de extrema relevância frisar que a atuação do intérprete, em um Estado que se propõe democrático de direito, só se inicia quando finda uma etapa que lhe é logicamente prévia, qual seja, a correta elaboração do tipo penal.

O problema é que nem sempre esta etapa prévia é seguida à luz da Constituição, isto é, respeitando os limites que formal ou materialmente se impõem quando da fixação do texto normativo penal, de modo que é inafastável esta constante tensão existente entre a necessidade de punição e de respeito aos direitos fundamentais mesmo do apenado:

Ora, considerações de natureza jurídica e filosófica indicam que o ponto forte do direito penal coincide com seu ponto de fraqueza. Do ponto de vista jusfilosófico, isso foi expresso com a metáfora do *fármakon*, reativada por filósofos do direito italianos para indicar os problemas de legitimação do direito penal. Como qualquer outro remédio forte, o direito penal pode facilmente se tornar um veneno, destruir o organismo que pretende curar, como indica o duplo significado do termo grego *fármakon* (meio de cura e de envenenamento). De forma mais prosaica, a dogmática dos direitos fundamentais indica o ponto fraco da intervenção penal. A solução do problema de violação de um bem mediante a aplicação de pena criminal implica a suspensão de outros bens individuais garantidos pela Constitui-

³⁸

FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e o Estado Social e Democrático de Direito*: uma teoria à luz da Constituição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 67.

ção.³⁹

Este é o equilíbrio que deve eternamente pautar o Direito Penal, quer na definição de tipos delitivos, na aplicação da lei ou na execução da pena; é a certeza, por exemplo, que se, não é possível, de um lado, a elaboração de um texto normativo suficiente, auto-aplicável, de outro, também não se autoriza a fixação de uma redação abstrata e defeituosa que inviabilize a aplicação segura da norma, isto é, incapaz de definir limites claros ao seu intérprete.

Não se quer retornar aqui ao ultrapassado paradigma de juiz “boca da lei”, mas apenas se atentar para o fato de que não se pode trabalhar em discursos extremos, quer aqueles que depositam todo o credo de segurança jurídica no texto normativo, quer aqueles que relegam ao juiz ou a qualquer outro agente estatal a função de criação do direito. Por tal razão que Juan Fernández Carrasquilla esclarece o verdadeiro sentido de se falar em um processo de politização da dogmática jurídica:

La ‘politización de la dogmática’ tampoco implica de ninguna manera que el juez no deba obediencia estricta a la ley, sino que esta tiene que ser interpretada y que toda interpretación es una compleja labor valorativa dentro del marco de los derechos fundamentales positivos (constitucionales e internacionales), la idea reguladora del Estado de derecho y el ideal comunitario de la participación democrática, la justicia social, la paz y la equidad. Si la ley está supeditada a las valoraciones implícitas en las normas constitucionales e internacionales, con mayor razón el juez – que en Colombia está obligado a impedir o excepcionar la aplicación

³⁹ RESTA, E., 1992; MESSNER, C., 1994; ANDRADE, V.R.P., 2003, *apud* SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri; MINHOTO, Laurindo Dias. *Direito social, regulação econômica e crise do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 49.

de leyes contrarias a la Constitución – se mueve dentro de la prohibición de una interpretación inconstitucional de la ley.⁴⁰

Neste sentido, todo aplicador da lei é também fiscal de sua correta elaboração, funcionando como um protetor do ideal democrática que não deve se afastar de cada conteúdo proibitivo penal, razão pela qual Pedro Manso Cabral, ao analisar as perspectivas do direito brasileiro no século XXI, prevê uma “aproximação cada vez maior, hoje já existente, entre o sistema romano e o sistema do ‘civil law’ do direito anglo-saxão. Um dos corolários desse fenômeno é o crescimento do valor da jurisprudência para ultrapassar em muito o significado da doutrina.”⁴¹

Neste processo de politização da dogmática jurídica, Modesto Saavedra analisa o papel que o juiz passa a assumir no cenário de aplicação da norma, em que se deixa de ser mero coadjuvante para protagonizar a defesa do ideal democrático, cuidando para que cada regra jurídica não se afaste do sentido maior de proteção dos direitos fundamentais consagrados no sistema jurídico:

Es decir, la crítica estará justificada en su sentido ético y jurídico allí donde se detecte una incongruencia entre una norma y los valores fundamentales del sistema jurídico em vigor, e igualmente donde se perciba la falta de plenitud del sistema jurídico em vigor, e igualmente donde se perciba la falta de plenitud del sistema por omisión indebida de quien tiene la obligación de dotar de

⁴⁰ CARRASQUILLA, Juan Fernández. *Concepto y límites del derecho penal*: la nueva visión politicocriminal. Bogotá: Temis, 1992, p. X-XI.

⁴¹ CABRAL, Pedro Manso. *Perspectivas do direito brasileiro no século XXI*. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. N. 10, jan-dez 2002. Salvador: Curso de Pós-Graduação em Direito da UFBA, 2002. p. 17.

efectividad a tales valores.⁴²

Nesta nova fase evolutiva da dogmática, a lei não deixa de cumprir sua função limitadora, apenas se abandona a ultrapassada noção de perfeita subsunção da norma ao fato, passando-se a questionar as antigas noções de verdade real e de supremacia da lei, como bem define Heron Santana:

O dogmatismo perde o seu fundamento no momento em que admitimos que o conceito não coincide com a realidade, razão pela qual Pascal afirma que toda certeza verdadeira é uma fé: acredita-se em princípio; logo após forja-se uma hipótese e em seguida procura-se as razões. O método filosófico, assim, abandonando toda esperança de obter um conhecimento direto do real, procura determinar esse real no sentido em que os valores humanos possam ser satisfeitos⁴³

Desintegrado o mito da verdade real, combina-se esta maior importância que passa a se dar ao aplicador do direito à aceitação de que deste emanarão decisões inevitavelmente passíveis de erros, uma vez que humanas, deixando-se de lado a falsa e confortável segurança que antes se atribuía ao imaginário juiz Hércules de Dworkin, que muitos ainda crêem existir.

Daí a importância do método filosófico acima exposto por Heron Santana, que supera o aprisionamento tanto à dogmática jurídica quanto à própria ciência do direito para buscar soluções mais atentas à causa do problema. É o que ensina Arthur Kaufmann:

⁴² SAAVEDRA, Modesto. *El juez entre la dogmática jurídica y la crítica del derecho*. In: Revista de Estudos Criminais. n. 08. Ano 02. jan. 2003. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2003, p. 41.

⁴³ GORDILHO, Heron José de Santana. *Por uma dogmática pós-moderna*. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. n. 16. Ano 2008.1. Salvador: Curso de Pós-Graduação em Direito da UFBA, 2008. p. 59.

A filosofia do direito é um ramo da filosofia, não é um ramo da ciência do direito [...]. Em síntese, na filosofia está sempre em causa o ‘essencial’. Portanto, a filosofia do direito não se distingue dos outros ramos da filosofia por ser mais especial, mas por que reflecte, filosoficamente, sobre questões jurídicas essenciais, sobre problemas jurídicos fundamentais, discutindo-os e dando-lhes, tanto quanto possível, uma resposta. Pode pôr-se a questão, algo negligentemente, desta maneira: na filosofia do direito, o jurista formula as perguntas e o filósofo dá as respostas [...]. Assim, a filosofia do direito não é ciência do direito; mas, sobretudo, não é dogmática jurídica.⁴⁴

No que diz respeito, especificamente, à problemática apresentada, entende-se que, ainda que se faça necessária a utilização de tipos penais mais abertos para atender a esta demanda de proteção, há um exagero por parte do legislador não só no recurso a tal técnica, como também ao hipertrofiar o Direito Penal de novos crimes diante dos quais não se sabe, ao certo, o que se quer proibir.

Como bem alerta Robert Alexy, a tópica jurídica, deve ser examinada com cautela. A técnica segundo a qual uma argumentação se origina de um topos como ponto de partida, em que as proposições das quais se parte não são verdades provadas, e sim proposições plausíveis e razoáveis não pode ser generalizada a ponto de se levar a crer que a solução de problemas deve ser fruto da vontade arbitrária⁴⁵.

Idêntica preocupação é manifestada por Boaventura de

⁴⁴ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito, teoria do direito e dogmática jurídica*. In: Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Tradução: Marcos Keel. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried [Org]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 25.

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 31.

Sousa Santos, ao analisar a íntima relação existente entre o discurso e o exercício de poder:

Ao fazer-se assentar a legitimidade da reprodução jurídica num conhecimento cuja vigência no seio do auditório o próprio princípio, enquanto tal, nega ou pelo menos admite não existir, atribuem-se consequências jurídicas materiais a uma ficção que, aliás, o é cada vez mais, à medida que se profissionaliza o trabalho jurídico e a *ciência* jurídica se apropria da *consciência* jurídica. Por via de tais consequências, o auditório é coagido a dar cumprimento à sua própria ficção. A subordinação estrutural a que neste processo foram submetidos os resíduos de oralidade no discurso jurídico torna-se patente de múltiplas formas, inclusivamente através dos refinamentos analíticos e exegéticos a que foram submetidos os *topoi* por parte da ciência jurídica, refinamentos esses que relevam de uma lógica sistêmica e, como tal, estranha à gênese tópica.⁴⁶

Mesmo se admitindo ser inevitável a carga subjetiva do intérprete que condiciona sua decisão, não pode ser este o único fator a motivar uma solução jurídica. De acordo com o psicólogo José Leon Crochik, “a subjetividade implica a adaptação para poder ir além dela, o que significa que pela própria mediação da cultura o indivíduo pode pensá-la”⁴⁷, de maneira que não há como dissociá-la das leis que regem a sociedade, motivo pelo qual não se pode admitir que o resultado do processo interpretativo seja a mera vontade individual do aplicador

⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder* – ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica 6.ed. – Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 110.

⁴⁷ CROCHIK, José Leon. Os desafios atuais do estudo da subjetividade na Psicologia. *Psicol. USP* [online]. 1998, vol.9, n.2, pp. 69-85. ISSN 0103-6564. doi: 10.1590/S0103-65641998000200003. p. 02. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/scielo>>. Acesso em : 07 dez. 2009.

da norma, mas antes de um complexo de fatores em que o texto normativo funciona como indispensável limite.

Neste sentido, mesmo compreendendo-se que a moderna criminalidade exige uma técnica de redação própria, acredita-se que a verdadeira causa do excesso reside não em uma suposta necessidade ontológica de tamanho grau de abertura, mas da não declarada razão de que aqueles tipos, por acabarem por definir, indiretamente, uma nova clientela penal, são elaborados para que não funcionem corretamente.

Pedro Manso Cabral é extremamente preciso ao definir o direito como uma forma inafastável de manutenção das relações de poder:

Ele é de natureza conservadora. A revolução é o que mais teme o direito porque representa a morte da ampla teia de normas, que está organizada para conter e regular as sociedades. Estas normas são inspiradas pelos detentores do poder com a ajuda do jurista que as formula com os necessários disfarces e sutilezas; aplica-as também outro profissional de direito que é integrante do poder judiciário. O direito sempre tem, pois, uma posição ancilar em relação aos poderosos. Isso não mudou e não mudará nunca.⁴⁸

Não se pode, portanto, à pretexto de acomodar aos anseios da sociedade que clama por uma punição deste novo inimigo do Estado – o infrator nesta moderna criminalidade – mediante o que já se explicou ser uma “legislação-álibi”, dismantelar uma teia de garantias que têm respaldo constitucional, máxime a necessidade suprema de respeito à legalidade e, no que tange ao Direito Penal, a taxatividade normativa.

⁴⁸ CABRAL, Pedro Manso. *Perspectivas do direito brasileiro no século XXI*. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. N. 10, jan-dez 2002. Salvador: Curso de Pós-Graduação em Direito da UFBA, 2002. p. 16.

Isto porque, como já se viu, ainda que as alterações apenas se operem na Parte Especial do Código, ou nas legislações extravagantes que trazem novos tipos penais, não há como olvidar o impacto que tal mudança provoca na estrutura interpretativa do Direito Penal, nos preceitos gerais que lhe norteiam a aplicação e que foram conquistados ao longo de uma evolução histórica de acúmulo de garantias.

Com isso, tanto o legislador quanto o intérprete não podem se afastar dos deveres de otimização contidos nos princípios consagrados na Lei Fundamental, sobretudo o da segurança jurídica, do qual se extrai a necessidade de respeito à legalidade e à taxatividade, seja para a sua concretização na *máxima* medida, como propõe Alexy, ou, como prefere Humberto Ávila, para cumprir com o dever de realização na medida *necessária*.⁴⁹

4. DIREITO PENAL E MICROSSISTEMAS NORMATIVOS

É importante ressaltar, ademais, que mesmo a situação desta moderna criminalidade em um microsistema normativo, dotado, pois, de regras próprias de interpretação e de preceitos gerais autônomos e peculiares que lhe individualizem não é argumento que justifique o desrespeito aos princípios maiores constitucionais.

Conforme adverte Norberto Bobbio, já resta superada a teoria tradicional segundo a qual o ordenamento se compõe de normas jurídicas, tendo-se, em uma moderna perspectiva, que as normas jurídicas, em verdade, que são aquelas que vêm a fazer parte de um ordenamento jurídico⁵⁰.

Este ordenamento, por sua vez, é dotado de unidade e

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8. ed. São Paulo. Malheiros, 2008, p. 54.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1996, p. 29.

completude. A unidade deste todo complexo se extrai de sua construção escalonada, em que suas diversas normas não estão todas situadas no mesmo plano, havendo uma norma superior sobre a qual repousa a sua unidade, norma suprema esta a que se dá o nome de *norma fundamental*.⁵¹

Trata-se, portanto, de um ponto de convergência que tem a força de unir os mais diversos segmentos jurídicos que se apresentam, de modo que, “devido à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores e inferiores, ele tem uma *estrutura hierárquica*. As normas de um ordenamento são dispostas em *ordem hierárquica*”.⁵²

O dogma da completude, em seu lugar, estabelece “uma condição necessária para os ordenamentos em que valem estas duas regras: 1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem a seu exame; 2) deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema.”⁵³

Assim, o Estado concentra em si o poder de punir justamente porque é detentor do monopólio da produção jurídica. Se esta produção passa a apresentar defeitos de uso, mais do que a substituição do texto normativo, questiona-se se não é hora de refletir sobre a própria função do estado moderno quando da proteção da sociedade.

Salienta Claus Wilhelm Canaris que o pensamento sistemático pressupõe o cumprimento de uma *função* significativa na ciência jurídica de concretização de valores fundamentais:

Isso depende de as características do conceito geral de sistema se poderem ordenar em correspondência com os fenômenos jurídicos. 2. As características do conceito geral do sistema são a ordem e a unidade. Eles encontram a sua correspondência jurídica nas ideias da adequação valorativa e da

⁵¹ Id., *ibid.*, p. 49.

⁵² *Ibid.* loc. cit..

⁵³ Id., *ibid.*, p. 118.

unidade interior do Direito; estas não são apenas pressuposições de uma jurisprudência que se entenda a si própria como Ciência e premissas evidentes dos metodos tradicionais de interpretação, mas também, e sobretudo, consequências do princípio da igualdade e da tendência generalizadora da justiça, portanto, mediatamente, da própria ‘ideia de Direito’.”⁵⁴

Acrescenta o mencionado autor que tal sistema não é fechado, mas antes aberto, em razão da “mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais”⁵⁵. Atesta, ainda, que tal abertura não representa contradição alguma com o pensamento jurídico sistemático “é, pelo contrário, possivelmente, uma especialidade da Ciência do Direito, pois ela resulta logo do seu objecto , designadamente, da essência do Direito como um fenómeno situado no processo da História e, por isso, mutável.”⁵⁶

Este pensamento sistemático impõe a cada norma jurídica, para que seja reputada validamente integrante do ordenamento jurídico, a composição harmônica de um conteúdo teleológico único, devendo ser interpretadas como “parte do conjunto da ordem jurídica e sobre o pano de fundo das conexões relevantes”⁵⁷, servindo, portanto, “para a garantia e a realização da adequação valorativa e de unidade interior do Direito, porquanto mostra as inconsequências valorativas, proporcionando, com isso, o aperfeiçoamento do Direito”⁵⁸.

Não há, portanto, como se admitir um suposto microsistema que se utilize das peculiaridades de seu objeto para ignorar toda uma cadeia de garantias posta. Neste sentido, leciona Douglas Fischer que “a constituição é um ordenamento que

⁵⁴ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. p. 279.

⁵⁵ Id., *ibid.*, p. 281.

⁵⁶ *Ibid.*, loc. cit., p. 281.

⁵⁷ Id., *ibid.*, p. 283.

⁵⁸ *Ibid.*, loc. cit., p. 283.

reside em posição hierárquica superior, mas dessa premissa não deflui se deva adotar um *panconstitucionalismo*, senão apenas sedimentar que a Constituição ocupa a função central do sistema vigente.⁵⁹

A força normativa da Constituição somente será expressa e exteriorizada em sua plenitude a partir de uma adequada interpretação de seu conteúdo material, ancorada na faticidade e na historicidade, circunstâncias que recomendam ao intérprete não se separar da realidade, examinando os fenômenos de forma multidimensional.⁶⁰

Inserindo o Direito Penal neste pensamento sistemático, ensina Arturo Rocco que cabe ao Estado limitar o objeto de investigação direta desta ciência jurídica especial, por meio do direito penal positivo⁶¹, em que não se pode afastar do papel fundamental que assume a lei enquanto pressuposto prévio necessário à aplicação da pena.

Neste sentido, talvez a melhor solução para esta crescente criminalidade moderna não seja a provocação do “inchaço” do campo de abrangência do Direito Penal, mas uma preocupação efetiva com a eficácia na proibição de certas condutas lesivas à coletividade. Trata-se, portanto, de buscar novos caminhos, é o que sugere Maria Auxiliadora Minahim:

[...] mesmo as alternativas ao cárcere se apresentam como forma de restrição, de limitação da liberdade e de interdição do desejo, a que se referiu Freud. Apresentam, portanto o inexorável compo-

⁵⁹ FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e o Estado Social e Democrático de Direito*: uma teoria à luz da Constituição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 224.

⁶⁰ FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e o Estado Social e Democrático de Direito*: uma teoria à luz da Constituição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 224-225.

⁶¹ ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1999, p. 10.

nente de sofrimento que integra as sanções penais como resposta ao crime, embora se aproximem de um ideal mais compatível com os valores que se cultivam no século XXI. Não significam, porém o fim da trajetória. A meta pode ser a extinção do castigo, o *dar outra face*, possível utopia na espécie humana vulnerável a dor. Constitui, todavia um ideal pelo qual vale a pena propugnar.⁶²

Com isso, é importante resgatar a verdadeira importância dos princípios fundamentais dispostos na Lei Maior, refletindo-se sobre o caráter condicionante e estruturante que estes devem assumir no ordenamento jurídico, consoante afirma Dworkin:

As proposições draconianas simples, segundo as quais o crime deve ser punido e todo aquele que interpretar mal a lei deve suportar as conseqüências, possuem uma influência extraordinária tanto sobre a imaginação profissional como sobre a imaginação popular. Mas a regra jurídica é mais complexa e mais inteligente do que isso e é importante que ela sobreviva.⁶³

Deve-se, portanto, deixar de apelar para uma legislação penal meramente simbólica e defeituosa para a busca de soluções que impliquem não só o menor sacrifício a direitos fundamentais como também, a maior proteção de bens jurídicos indispensáveis à coletividade. Deve-se sim considerar as particularidades que marcam cada ramo que integra o ordenamento jurídico, mas desde que tal fato nunca vise ao afastamento da Constituição Federal enquanto referencial jurídico-político e da diretriz democrática enquanto mandamento teleológico do Es-

⁶² MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Pena e Sofrimento*. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. n. 17. Ano 2008.2. Salvador: Curso de Pós-Graduação em Direito da UFBA, 2008. p. 29.

⁶³ Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 341.

tado brasileiro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Diante do quanto exposto, pode-se observar que:

- A. O Estado democrático de direito aponta para um dever formal e outro material de observância, de modo que se deve respeito tanto à necessidade de lei para restrição de direitos fundamentais, máxime no que tange às proibições com previsão de sanção penal, quanto à substancial atenção que se deve dar à soberania popular na estruturação das diretrizes do Estado. Neste sentido, não há como se admitir tipos penais que excluam o legislador de sua função precípua, relegando à autoridade administrativa a definição, ainda que secundária, do conteúdo normativo proibitivo.
- B. Não há como conservar estes modernos tipos delitivos no bojo de proteção do Direito Penal sem desnaturar a teia de garantias fundamentais conquistada ao longo do desenvolvimento histórico de tal ramo jurídico especial, de modo que é importante refletir se ao sacrifício de tão relevantes valores se segue, efetivamente, uma política de proteção de novos bens jurídicos ou se apenas está a criar um modelo simbólico de tutela, guiado pela intenção de manutenção das estruturas de poder.
- C. A aplicação do pensamento tópico não autoriza a institucionalização de um puro decisionismo por parte do aplicador da norma, sobretudo da norma penal, de modo que não há como se afastar da função limitadora que exerce o texto legal, que deverá servir como ponto de partida para a construção, por parte do intérprete, da norma jurídica.

D. Situar esta moderna legislação penal em um microsistema jurídico, dotado de particularidades merecedoras de regras próprias não é argumento legítimo e bastante para afastar tal modelo de punição de referenciais sistemáticos maiores, devendo ser respeitada a unidade e completude do ordenamento jurídico, em que os direitos fundamentais dispostos no Texto Constitucional e o ideal democrático que norteia o Estado brasileiro não podem ser ignorados sob o argumento de maximização da segurança social.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. 355p.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Las Promesas Incumplidas de la Democracia*. Zona Erógena. Nº 14. 1993. Disponível em: <<http://www.educ.ar>> Acesso em: 15 jun. 2009.
- BRITO, Edivaldo. *Teoria da Constituição*. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. n. 02. jul. 1991/jun. 1991. Salvador: Centro Editorial e Didático da

- UFBA, 1992, p. 21.
- CABRAL, Pedro Manso. *Perspectivas do direito brasileiro no século XXI*. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. N. 10, jan-dez 2002. Salvador: Curso de Pós-Graduação em Direito da UFBA, 2002. p. 15-18.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*.
- CARNEVALI RODRIGUEZ, Raúl. DERECHO PENAL COMO ULTIMA RATIO. HACIA UNA POLÍTICA CRIMINAL RACIONAL. *Ius et Praxis* [online]. 2008, vol.14, n.1 [citado 2009-12-07], pp. 13-48 . ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122008000100002. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0122008000100002&lng=es&nrm=iso>. Acesso em : 07 dez. 2009.
- CARRASQUILLA, Juan Fernández. *Concepto y límites del derecho penal: la nueva visión politicocriminal*. Bogotá: Temis, 1992. 171p.
- CROCHIK, José Leon. Os desafios atuais do estudo da subjetividade na Psicologia. *Psicol. USP* [online]. 1998, vol.9, n.2, pp. 69-85. ISSN 0103-6564. doi: 10.1590/S0103-65641998000200003. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/scielo>>. Acesso em : 07 dez. 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley más débil*. 4. ed. Tradução: Andrés Ibañez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004. 180p.
- FISCHER, Douglas. *Delinquência Econômica e o Estado Social e Democrático de Direito: uma teoria à luz da Constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. 256p.
- FLETCHER, George P. *Conceptos basicos de derecho penal*.

- Tradutor: Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. 307p.
- GORDILHO, Heron José de Santana. *Por uma dogmática pós moderna*. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. n. 16. Ano 2008.1. Salvador: Curso de Pós-Graduação em Direito da UFBA, 2008. p. 47-61.
- HASSEMER, Winfried. *Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal*. In: Revista de Estudos Criminais. n. 29. Ano 8. abr. 2008. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2008, p. 10.
- KAUFMANN, Arthur. *Fiilosofia do direito, teoria do direito e dogmática jurídica*. In: Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Tradução: Marcos Keel. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried [Org]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 25.
- MICHELMAN, Frank I. *Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos*. Traduzido por Marcelo Fensterseifer e Tiago Fensterseifer. Revisão da tradução por Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). In: SARLET, Ingo. *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Pena e Sofrimento*. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. n. 17. Ano 2008.2. Salvador: Curso de Pós-Graduação em Direito da UFBA, 2008. p. 17-29.
- MONTERO, Pedro Dorado. *Bases para un nuevo derecho penal*. Buenos Aires: Depalma, 1973. 171p.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho em direito constitucional*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2005.
- NAVARRETE, Miguel Polaino. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Fundamentos Científicos del Derecho Penal. Barcelona: Bosch, 1984. 546p.

- NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- PUIG, Santiago Mir. Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho. In: *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982. p. 67-167.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 451p.
- RAMÍREZ, Juan Bustos. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982. 185p.
- ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1999. 87p.
- ROXIN, Claus. El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo. In: *Política criminal y reforma del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982, p. 05-27.
- SAAVEDRA, Modesto. *El juez entre la dogmática jurídica y la crítica del derecho*. In: Revista de Estudos Criminais. n. 08. Ano 02. jan. 2003. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2003, p. 23-53.
- SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri; MINHOTO, Laurindo Dias. *Direito social, regulação econômica e crise do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. 200p.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder – ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica* 6.ed. – Porto Alegre: SAFE, 1999.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1998.